

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

DIEGO HERMÍNIO STEFANUTTO FALAVINHA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação
do direito à saúde na sociedade brasileira**

**FRANCA
2013**

DIEGO HERMÍNIO STEFANUTTO FALAVINHA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS
PÚBLICAS: uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação
do direito à saúde na sociedade brasileira**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Borba Marchetto

**FRANCA
2013**

Falavinha, Diego Hermínio Stefanutto

A judicialização da saúde e o controle judicial de políticas públicas : uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira / Diego Hermínio Stefanutto Falavinha. – Franca : [s.n.], 2013
193 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Patrícia Borba Marchetto

1. Controle da constitucionalidade. 2. Direito à saúde – Brasil.
3. Poder judiciario. 4. Eficácia e validade do direito. I. Título.

CDD – 341.27

DIEGO HERMÍNIO STEFANUTTO FALAVINHA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Profa. Dra. Patrícia Borba Marchetto

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____, de _____ de 2013.

**Aos meus pais, ao Pedro
e à Laura.**

AGRADECIMENTOS

É uma tarefa complicada oferecer agradecimentos de maneira tão formal e suscetível a esquecimentos de pessoas importantes que influenciaram na produção deste trabalho. No entanto, também seria impossível não eternizar algumas delas. Começo em primeiro lugar a agradecer meus pais, Hermínio e Ana, por ensinarem os primeiros passos, oferecerem suporte para todas as minhas realizações e pelo amor incondicional que me conferiram, sendo verdadeiros amigos e companheiros de vida.

A Natália, por fazer parte desta conquista, por anos de verdadeiro afeto, compartilhando memoráveis momentos e conversando dos mais variados assuntos, demonstrando ser uma verdadeira companheira capaz de comungar amizade e amor em uma única relação.

A todos meus familiares, Avós e Avôs, Tios e Tias, Primos e Primas, os quais me proporcionaram inúmeros momentos de felicidade, pois nada melhor que ir almoçar na casa dos avós e relembrar dos tranquilos momentos da infância e de que não se precisa de muito para viver, apenas felicidade.

Aos amigos Bruno, Pedro, Diego, Ilissa, Marin, Caio, Emili, Estevan, Lyon, exemplos de pura amizade, que sempre proporcionam prazerosos momentos de descontração, essenciais para ‘fugir’ de alguns momentos de tensão inerentes a vida acadêmica. Fica muito mais fácil caminhar ao lado de vocês, muito obrigado. Brunão, ‘valeu’ por ser o irmão que eu não tive.

A Professora Doutora Patrícia Borba Marchetto, por me aceitar como seu orientando, demonstrando ser uma pessoa de grande conhecimento (em todos os sentidos), sempre disposta e atenciosa em sanar dúvidas e apoiar meus projetos, sendo grande incentivadora em momentos difíceis.

Aos primeiros ‘professores’ que cruzaram meu caminho e me auxiliaram, direta ou indiretamente na escolha da área acadêmica, Saulo Stefanone Alle e Carlos Eduardo de Freitas Fazoli. Aos Professores que conheci no mestrado, em especial, Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Eduardo Saad Diniz, Elisabete Maniglia, Paulo César Corrêa Borges. Neste mesmo sentido, agradeço ao Doutor Herivelto de Almeida, por ter me ensinado a escrever as primeiras peças processuais e sempre estar disposto a conversar sobre os mais variados temas, sempre com um crítico olhar que lhe é peculiar.

A todos os colegas do mestrado que foram fundamentais tanto do ponto de vista acadêmico quanto pessoal e com certeza tornaram Franca uma cidade mais acolhedora.

Não poderia deixar de mencionar o Arlei e o Rogério que ao seu modo, contribuíram de maneira significativa para o deslinde deste trabalho. No mesmo sentido, ofereço agradecimentos ao Rafael e ao João Emílio.

Por fim, agradeço à Professora Doutra Lydia Neves Bastos Telles Nunes que contribuiu positivamente para o término desta dissertação ao fazer importantes críticas e apontamentos na banca de qualificação, agradeço a CAPES pela bolsa concedida e a todos os funcionários do UNESP/Franca, em especial, Ícaro, sempre disposto a ajudar nas dificuldades burocráticas do curso e, Laura, por auxiliar de maneira importante na revisão da formatação e referências deste trabalho.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto. **A judicialização da saúde e o controle judicial de políticas públicas**: uma análise de como o poder judiciário pode contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira. 2013. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista –Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RESUMO

O fenômeno do crescente número de demandas que começaram a ingressar nos tribunais, nos últimos anos, pleiteando bens ou serviços da saúde (medicamentos, cirurgias, próteses, etc.) ao lado de suas decisões, que frequentemente concedem tais pedidos, obrigando o governo a cumpri-las, rotulou-se de 'judicialização da saúde' e pode desestabilizar os orçamentos públicos e influenciar negativamente em políticas públicas. Desta forma, o Poder Judiciário é alvo de inúmeras críticas que duvidam da sua possibilidade de contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira. O objetivo desse trabalho é compreender se o Poder Judiciário, no Brasil, é o principal responsável pela existência de uma 'judicialização da saúde' excessiva capaz de onerar o governo e a sociedade através de decisões judiciais que determinam a prestação de bens e serviços da saúde (medicamentos, cirurgias, próteses, internações, etc.) de forma desmedida para grande parte dos indivíduos que buscam os tribunais, gerando desequilíbrio nas políticas públicas existentes e gastos desnecessários ao governo. Para alcançar o objetivo, o trabalho buscou criar subsídios para responder os seguintes questionamentos: i) A intervenção do Poder Judiciário na saúde é responsável por causar uma 'judicialização da saúde' excessiva capaz de gerar vultosos gastos para o governo e desequilibrar políticas públicas?; ii) O Poder Judiciário deve continuar a interferir nas demandas que envolvam o direito social à saúde com intuito de garanti-lo e efetivá-lo?; iii) Em caso afirmativo, quais os meios de auxiliar o Poder Judiciário nas decisões sobre o direito à saúde e exercer um efetivo controle judicial de políticas públicas? Com o desenvolvimento dos capítulos, foi possível observar que o Poder Judiciário não é o único responsável pelo desordenado processo de judicialização, porém, para contribuir de maneira positiva na efetivação do direito à saúde deve buscar meios para adequar suas decisões as complexas lides que envolvem o direito social à saúde, olvidando a criação de um controle judicial de políticas públicas.

Palavras-chave: poder judiciário. judicialização. saúde. controle. políticas públicas.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto. **A judicialização da saúde e o controle judicial de políticas públicas**: uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira. 2013. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista –Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RIASSUNTO

Il fenomeno del crescente numero di richieste che inizia a frequentare i tribunali in questi ultimi anni, sostenendo prodotti o servizi di salute (farmaci, chirurgia, protesi, ecc.) Accanto ai loro decisioni, che spesso concedono tali richieste, costringendo il governo a soddisfarle è etichettato ' intervento giudiziario della salute ' e può destabilizzare i bilanci pubblici e negativamente influenzare la politica pubblica. Così, il potere giudiziario è il bersaglio di numerose critiche che mettono in dubbio la loro capacità di contribuire alla realizzazione del diritto alla salute nella società brasiliana. Lo scopo di questo studio è quello di comprendere se la magistratura, in Brasile, è il primo responsabile per l'esistenza di un ' intervento giudiziario in materia di salute' eccessivo grado di carico del governo e della società attraverso le decisioni giudiziarie che determinano la fornitura di beni e servizi sanitari (farmaci, chirurgia, protesi, ospedale, ecc.) così dilagante per la maggior parte delle persone in cerca di tribunali, creando squilibrio nella politica esistente e spese inutili al governo. Per raggiungere l'obiettivo, lo studio ha cercato di creare sussidi per rispondere alle seguenti domande: i) L'intervento del magistratura è responsabile di causare un intervento giudiziario eccessivo grado di generare spesa consistente per il governo e disturbare l'ordine pubblico?; ii) la magistratura dovrebbe continuare a interferire con le richieste che coinvolgono il diritto sociale alla salute, al fine di garantire e attualizzarlo?; iii) In caso affermativo, che cosa vuol dire di assistere la magistratura a decidere il diritto di salute e di esercitare un controllo giurisdizionale efficace delle politiche pubbliche? Con lo sviluppo dei capitoli, si è osservato che la magistratura non è l'unico responsabile per il processo disordinato di legalizzazione, tuttavia, contribuire positivamente alla realizzazione del diritto alla salute, deve trovare il modo di adattare le loro fatiche decisioni complesse che coinvolgono diritto sociale alla salute, dimenticando la creazione di una politica pubblica giudiziaria.

Parole-chiave: magistratura. giudiziaria. salute. controllare. politiche pubbliche.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 ENQUADRAMENTO TEÓRICO SOBRE CONSTITUIÇÃO E DIREITOS SOCIAIS, E A FORMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	15
1.1 Para uma compreensão sobre o conceito de Constituição.....	15
1.2 Estado Democrático e Social de Direito Brasileiro.....	21
1.3 Fundamentos e objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil.....	24
1.4 Direitos Sociais.....	26
<i>1.4.1 Compreensão do custo dos direitos.....</i>	<i>26</i>
<i>1.4.2 Os direitos sociais no cenário jurídico-social brasileiro.....</i>	<i>28</i>
<i>1.4.3 Os Direitos Sociais no Direito Constitucional brasileiro.....</i>	<i>34</i>
1.5 Formação do direito à saúde no cenário brasileiro e sua positivação na Constituição de 1988.....	36
<i>1.5.1 O Conceito de Saúde.....</i>	<i>40</i>
<i>1.5.2 Os Princípios Constitucionais do Direito à Saúde.....</i>	<i>42</i>
<i>1.5.2.1 Teoria dos princípios: perspectivas e teoria adotada neste tópico.....</i>	<i>43</i>
<i>1.5.2.2 A fundamentalidade.....</i>	<i>44</i>
<i>1.5.2.3 A responsabilidade estatal.....</i>	<i>44</i>
<i>1.5.2.4 O acesso universal e igualitário, a gratuidade e a integralidade.....</i>	<i>45</i>
CAPÍTULO 2 COMPREENSÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS RAZÕES PARA UM CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	48
2.1 Políticas Públicas.....	48
<i>2.1.1 Compreensão e conceituação das políticas públicas.....</i>	<i>48</i>
<i>2.1.2 A Formação das Políticas Públicas.....</i>	<i>53</i>
<i>2.1.3 Políticas Públicas e o Estado Democrático e Social de Direito Brasileiro.....</i>	<i>55</i>
<i>2.1.4 A relação entre discricionariedade, políticas públicas e sociedade.....</i>	<i>56</i>
2.2 A Política Pública de saúde no Cenário brasileiro: perspectivas teóricas e práticas..	58
<i>2.2.1 O Sistema Único de Saúde e sua perspectiva constitucional.....</i>	<i>58</i>
<i>2.2.2 Diretrizes do Sistema Único de Saúde.....</i>	<i>62</i>

2.2.2.1 A unicidade.....	62
2.2.2.2 A regionalização e a hierarquização.....	63
2.2.2.3 A descentralização.....	64
2.2.2.4 Participação da sociedade.....	65
2.3 As razões para um controle de políticas públicas na área da saúde.....	67

**CAPÍTULO 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A FORMAÇÃO DA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CENÁRIO
BRASILEIRO.....74**

3.1 Breve introdução a temática da 'judicialização da política' no caso brasileiro.....	74
3.2 Judicialização da política.....	76
3.2.1 <i>O que significa 'judicialização da política'? O(s) sentido(s) aplicado(s) no Brasil e a possibilidade de uma compreensão nacional.....</i>	80
3.2.2. <i>'Judicialização da política' e 'ativismo judicial': breve aproximação.....</i>	83
3.3 A Judicialização da Saúde.....	85
3.3.1 <i>Compreensão no cenário brasileiro.....</i>	85
3.3.2 <i>Críticas à intervenção do Poder Judiciário na área da saúde e dos demais direitos sociais.....</i>	89
3.3.2.1 <i>Análise das críticas sob a perspectiva da teoria da separação dos poderes.....</i>	93
3.3.2.2 <i>Análise das críticas sob a perspectiva da ineficiência estatal e da corrupção.....</i>	101
3.3.2.3 <i>Análise das críticas sob a perspectiva da saúde como bem mercadológico.....</i>	110
3.3.2.4 <i>Análise das críticas sob a perspectiva das decisões do STF e do STJ.....</i>	118
3.3.2.4.1 <i>Decisões do STF.....</i>	116
3.3.2.4.2 <i>Decisões do STJ.....</i>	119
3.4 O Poder Judiciário e a inexistência de um controle judicial de políticas públicas...122	

**CAPÍTULO 4 REFLEXÕES PARA A CRIAÇÃO DE UM CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS CAPAZ DE AUXILIAR NA EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE.....124**

4.1 Mecanismos para deslocar as demandas relativas à saúde do Poder Judiciário para outras esferas decisórias.....	126
4.1.1 <i>Atuação extrajudicial da Defensoria Pública e Pedido Administrativo.....</i>	126
4.1.2 <i>Atuação extrajudicial do Ministério Público.....</i>	129
4.1.3 <i>Conferências de saúde e Conselhos de saúde.....</i>	131

4.2 Formas de auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente.....	135
4.2.1 <i>Acesso à Justiça</i>	137
4.2.2 <i>Meios de identificação de demandas mal intencionadas</i>	139
4.2.3 <i>Diálogo entre atores sociais</i>	141
4.2.3.1 <i>Noções gerais sobre teorias do diálogo e métodos dialógicos: reflexões sobre sua aplicação no cenário brasileiro para auxiliar demandas individuais e coletivas relativas à saúde</i>	142
CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS.....	160
ANEXOS	
ANEXO A – Decisões do STF.....	180
ANEXO B – Decisões do STJ.....	190

INTRODUÇÃO

A busca pela efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira perfaz um longo caminho de afirmação histórica e social perpetrado por lutas sociais. O movimento sanitário iniciado na década de 1970 foi um dos principais responsáveis por pressionar a máquina estatal a reconhecer o direito à saúde. Influenciando na elaboração do texto constitucional de 1988, foi capaz de positivizar o direito à saúde e criar uma política pública universal, gratuita, integral e de responsabilidade do Estado, baseada num Sistema Único de Saúde (SUS), diferente dos moldes segregatórios implantados pelo velho regime.

A nova ordem constitucional apresenta o plano de construção de um Estado Democrático e Social de Direito, preocupado com o estabelecimento de uma igualdade material, baseada no primado da dignidade da pessoa humana e na promoção de justiça social. Com base nessas diretrizes a Constituição de 1988 fortaleceu algumas instituições (Poder Judiciário, Ministério Público) e criou outras instituições (Defensoria Pública) com o objetivo de albergar um sistema de controle político, social e jurídico do Estado para promoção dos dispositivos constitucionais.

Com o fortalecimento do Poder Judiciário, a sociedade que antes buscava meios políticos para pressionar o Estado a reconhecer e garantir seus direitos, como no caso da saúde, passou a vislumbrar na seara judicial uma possibilidade de efetivá-los ante a omissão governamental.

Recorrer ao Poder Judiciário para garantir algum direito, em especial o direito à saúde, tornou-se algo frequente na sociedade brasileira e tudo eclodiu pelo grande resultado ocasionado na busca judicial de medicamentos para o *Human immunodeficiency vírus/ Acquired Immunodeficiency Syndrome (HIV/AIDS)*.

Em meados dos anos 1990, muitas ações buscavam fornecimento de medicamentos do coquetel anti-retroviral. O Estado pressionado juridicamente pelos tribunais, a fornecer tais medicamentos, e pela sociedade em geral, que clamava pela criação de política pública eficiente para tal enfermidade, acabou desenvolvendo um programa de distribuição gratuita de medicamentos.

A partir deste momento, as ações judiciais requisitando medicamentos e demais bens e serviços da saúde em todas as áreas obtiveram um aumento exorbitante que condicionadas ao seu sucesso promovido pelos tribunais, que quase sempre concedem tais pleitos sob o preceito de estarem garantindo o direito à saúde, acabou por gerar uma excessiva

e desmedida 'judicialização da saúde' capaz de influenciar negativamente no orçamento público e desestabilizar políticas públicas existentes.

O Poder Judiciário passou a sofrer inúmeras críticas e é nessa perspectiva que o presente trabalho tem como objetivo compreender se o Poder Judiciário é o principal responsável pela existência de uma 'judicialização da saúde' excessiva podendo onerar o governo e a sociedade brasileiros através de decisões judiciais que determinam a prestação de bens e serviços da saúde (medicamentos, cirurgias, próteses, internações, etc.) de forma desmedida para grande parte dos indivíduos que buscam os tribunais, gerando desequilíbrio nas políticas públicas existentes e vultosos gastos desnecessários ao governo.

O objetivo está pautado nas seguintes indagações: i) A intervenção do Poder Judiciário na saúde é responsável por causar uma 'judicialização da saúde' excessiva capaz de gerar vultosos gastos para o governo e desequilibrar políticas públicas?; ii) O Poder Judiciário deve continuar a interferir nas demandas que envolvam o direito social à saúde com intuito de garanti-lo e efetivá-lo?; iii) Em caso afirmativo, quais os meios de auxiliar o Poder Judiciário nas decisões sobre o direito à saúde e exercer um efetivo controle judicial de políticas públicas?

A hipótese de trabalho baseia-se em que o Poder Judiciário não é o único responsável por uma 'judicialização da saúde' excessiva e que deve continuar intervindo na área da saúde através de um controle judicial de políticas públicas, organizado e capaz de efetivar o direito à saúde de maneira condizente com as necessidades sociais e os dispositivos constitucionais.

Para alcançar o objetivo e buscar a pertinência da hipótese o trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, buscou-se tratar de conceitos elementares sobre constituição, direitos sociais e direito à saúde, enquadrando teoricamente as perspectivas de constituição a ser utilizada ao longo do trabalho, dentro de uma realidade capaz de amoldar as dimensões, jurídica e política, possíveis de serem trabalhadas com o direito à saúde. Também, o estudo dos direitos sociais foi de demasiada importância para compreender noções básicas como seu lugar na ordem constitucional, sua característica política, sua efetividade como forma de justiça social e os custos dispensados para todos os direitos. Com essa abordagem sobre os direitos sociais, adentrou-se de maneira satisfatória e com boa base teórica na análise específica do direito à saúde e sua formação no cenário brasileiro, tendo como ponto de partida as lutas empreendidas pelo movimento sanitário até seu reconhecimento constitucional e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

No segundo capítulo, buscou-se analisar as compreensões teóricas e práticas sobre políticas públicas e o Sistema Único de Saúde (SUS), buscando a gênese elementar do que realmente é uma política pública, traçando sua relação com a ordem constitucional vigente com intuito de propiciar uma reflexão mais aprofundada sobre a complexa realidade das políticas públicas, sua relação com o Direito, em especial, com os tribunais. Partilhando do estudo das políticas públicas, adentrou-se na análise das premissas básicas do Sistema Único de Saúde – SUS, pois se trata da política pública base para trabalhar o tema ‘judicialização da saúde’. Ao final do capítulo, com os conhecimentos adquiridos ao longo do trabalho, demonstrou-se as razões e a necessidade de um controle de políticas públicas, assinalando, que o Poder Judiciário também faz parte desta sistemática de controle.

Observa-se que o foco dos dois primeiros capítulos foi trabalhar com conceitos básicos e extremamente necessários para o regular desenvolvimento do trabalho, pois compreender a formação do direito à saúde na sociedade brasileira, a complexa noção de políticas públicas e as premissas básicas do Sistema Único de Saúde (SUS) consubstanciam as posteriores análises sobre a atuação do Poder Judiciário na área da saúde.

No terceiro capítulo, a concentração do trabalho foi em desenvolver uma análise do significado de ‘judicialização da saúde’ no cenário brasileiro, abarcando as iminentes noções de ‘judicialização da política’ e ‘ativismo judicial’, mostrando-se a necessidade de compreensão de tais concepções numa perspectiva nacional e coerente com nosso ordenamento jurídico. Satisfeitas as premissas teóricas, partiu-se para apresentação das principais críticas realizadas pela doutrina em relação ao Poder Judiciário e a ‘judicialização da saúde’, sendo posteriormente embatidas com quatro análises: i) Análise das críticas sob a perspectiva da teoria da separação dos poderes; ii) análise das críticas sob a perspectiva da ineficiência estatal e da corrupção; iii) análise das críticas sob a perspectiva da saúde como bem mercadológico; e, iv) análise das críticas sob a perspectiva das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tais análises serviram para demonstrar que existem outras influências negativas ao fenômeno da ‘judicialização da saúde’, além da má atuação do Poder Judiciário, que apesar de ser reconhecido, neste trabalho, como um importante ator social para controlar políticas públicas, não possui um controle judicial de políticas públicas organizado e capaz de garantir e efetivar o direito à saúde na sociedade.

No quarto e último capítulo, ante as análises formuladas nos capítulos antecedentes, vislumbrou-se a necessidade de apresentar algumas reflexões para cooperar na formação de um controle judicial de políticas públicas realmente capaz de contribuir com a

efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira. Optou-se pela apresentação de ‘reflexões’, pois a criação de um modelo extrapolaria os limites técnicos de uma dissertação. Assim, apresentou-se a necessidade de utilização de mecanismos capazes de deslocar as demandas relativas à saúde do Poder Judiciário para outras instâncias decisórias e da criação de medidas, baseados no acesso à justiça, na identificação de demandas mal intencionadas, no incentivo da tutela coletiva e no diálogo entre os atores sociais para auxiliar o Poder Judiciário a decidir as demandas relativas à saúde de maneira mais coerente e nos ditames da ordem constitucional vigente.

Todo o desenvolvimento da pesquisa busca fornecer subsídios para contribuir com a discussão sobre a intervenção do Poder Judiciário na área da saúde e sua possibilidade de ser um ator social funcional dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos, capaz de contribuir na construção do programa constitucional de um Estado Democrático e Social de Direito. Logo, busca-se sempre sua adequação e não seu afastamento do controle das políticas públicas, pois a participação adequada de cada ator social (sociedade civil, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Legislativo, Poder Executivo, etc.) é de fundamental importância para a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária, nos ditames do texto maior.

Para não se estender a questões desconectadas do trabalho, encerra-se a presente introdução informando que o tema abordado encontra-se delimitado no projeto de pesquisa desenvolvido pela Professora Doutora Patrícia Borba Marchetto denominado “Bioética e Tutela da Vida”, que visa, entre outras investigações, a análise das políticas públicas na área da saúde e sua implicação na bioética, tendo como objetivo contextualizar a necessidade da atividade legislativa e da intervenção do Poder Judiciário na área da saúde visando a garantia da prevalência da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A referida linha de pesquisa trabalha com o referencial teórico da bioética global, da bioética social e da bioética de intervenção¹, as quais extrapolam os questionamentos estritamente relacionados com a atuação da medicina e partem para uma conjuntura da necessidade da efetivação do direito à saúde como um todo na sociedade. Desta forma, a presente pesquisa contribui sobremaneira para as reflexões bioéticas por tratar de formas de efetivar o direito à saúde na sociedade brasileira.

¹ Para maiores informações vide: Leite e Marchetto (2012 e 2011), Marchetto et al (2012), Falavinha et al (2012) e Oliveira (2011).

CAPÍTULO 1 ENQUADRAMENTO TEÓRICO SOBRE CONSTITUIÇÃO E DIREITOS SOCIAIS, E A FORMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

1.1 Para uma compreensão sobre o conceito de Constituição

Compreender o significado de constituição pode aglutinar inúmeras expressões, conceitos e classificações. Para este trabalho que trata de um tema contemporâneo relacionado ao controle judicial de políticas públicas a investigação desse conceito é de suma importância para a compreensão das relações entre política e direito.

O que se procura neste momento não é apenas analisar classificações e conceitos estáticos do que seria uma constituição, mas entender sua importância como documento jurídico e político de um Estado e de uma Sociedade buscando a colocação da teoria constitucional e da própria constituição como uma forma emancipatória de efetivação dos direitos na sociedade.

Na compreensão do conceito de constituição há necessidade de perceber a existência de elementos que se projetam além de uma lógica estritamente jurídica e dogmática, observando suas influências históricas, políticas e sociais formadas pelo processo de luta e afirmação histórica ocorrido até a positivação do texto constitucional.

Assim, há necessidade de dialogar os direitos postos constitucionalmente com a realidade brasileira e suas minúcias sociais pautadas em um cenário de evidente desigualdade e miséria, buscando a conformação de uma teoria constitucional para além da hermenêutica dogmática constitucional formalista, visando a possibilidade de cooptar posicionamentos práticos que sirvam para efetivar o texto maior na sociedade brasileira. Neste sentido:

A memória da luta que desencadeou mudanças no plano social e no próprio Direito é rapidamente diluída em meio aos debates formalistas do Direito, ainda que com sérias intenções e propósitos emancipatórios. Parece-nos que as discussões no âmbito das teorias constitucionais que percorrem a problemática da relação entre direito (Constituição) e política, por vezes, dão pouca relevância à relação ambígua entre política e direitos humanos, bem como ao efeito simbólico dos direitos humanos.

O jurista constitucional, pouco familiarizado à gramática da ação política nos termos até aqui tratados, convence-se facilmente de que o texto constitucional já recebeu todo o conteúdo político possível e que o necessário agora para a efetividade das normas está no campo da normatividade e da hermenêutica constitucional. A tensão que ainda se processa na realidade entre a ação política e a política enquanto

administração do conflito e dos interesses, bem como os elementos que atuam em favor da perda dos significados políticos dos direitos fundamentais, parecem ignorados por tais intérpretes constitucionais. Daí não causar estranheza a defesa feita por vários teóricos brasileiros, por exemplo, de um tribunal constitucional que pudesse substituir o poder constituinte. Esse último conceito é, também, uma das formas jurídicas abstratas que serve para ocultar a matéria-prima da política. (SEVERI, 2011, p. 126).

A divergência de concepções conceituais sobre a constituição e das aplicabilidades das teorias constitucionais para efetivação de seus dispositivos normativos existe a muito tempo e já foi responsável por acirradas batalhas teóricas.

Uma forma de visualização desse embates foi o conhecido *Debate de Weimar* ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, na primeira parte do século XX, onde se discutia com quem deveria ficar a guarda da constituição.

Assim, a ideia de que uma constituição se apresenta como um conjunto de normas organizadoras e estruturantes de qualquer ordenamento jurídico, dentro de uma lógica capaz de promover a limitação do poder estatal e estabelecimento da supremacia das leis, se amolda na perspectiva da teoria pura do direito (KELSEN, 1999) onde se apresenta exclusivamente a serviço da lógica jurídica, servindo de base para elaboração de normas infraconstitucionais e para seu posterior controle (guarda) através do Tribunal Constitucional, demonstrando-se clara a separação da política e do direito.

A perspectiva de constituição atribuída a teoria pura do direito kelseniana demonstra a formação de um direito constitucional puro, científico e exclusivamente jurídico, no qual questões políticas, sociológicas, antropológicas, históricas, filosóficas entre outras, não fariam parte da compreensão e aplicação das normas constitucionais, o direito (constituição) advém do Estado e se torna autossuficiente.

Em contraponto a esta concepção de Schmitt (2007) defendeu que a constituição é política e não jurídica, sendo impossível a separação do direito e da política. Carl Schmitt, conhecido como filósofo do nazismo incumbia a necessidade de guarda da constituição, para o presidente do *Reich*, que no caso era *Adolf Hitler*, não estando amparado por qualquer limite jurídico¹.

Lassale (2006), bem antes do debate de *Weimar*, no final do século XIX, já dava sinais da sua preocupação em compreender o que seria uma constituição,

¹ Apesar da infeliz opção ideológica, sua contribuição foi importante para expandir a compreensão do conceito de constituição para além dos limites jurídicos formais. Neste sentido, Bercovici (2004) e Mascaro (2013).

Início, pois, minha palestra com esta pergunta: que é uma Constituição? Qual é a verdadeira essência de uma Constituição? Em todos os lugares e a todas horas, à tarde, pela manhã e à noite, estamos ouvindo falar da Constituição e de seus problemas constitucionais. Na imprensa, nos clubes, nos cafés e nos restaurantes, é este o assunto obrigatório de todas as conversas.

E, apesar disso, ou por isso mesmo, formulada em termos precisos esta pergunta: qual será a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição?, estou certo que, entre esses milhares de pessoas que falam da mesma, existem muito poucos que possam dar-nos uma resposta satisfatória. (LASSALE, 2006).

As preocupações Lassaleanas impulsionaram a criação do conceito sociológico de constituição demonstrando sua função política na sociedade, mas com uma fundamentação diferente da apresentada por Schmitt, baseando-se na constituição como advinda de relações políticas e sociais analisando-as através de exemplos relacionados com os fatores de poder presentes na sua realidade social como monarquia, aristocracia, burguesia, banqueiros, instituições jurídicas, rei e exército, chegando a seguinte conclusão:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

Nesta conferência quis demonstrar de um modo especial o valor que representa o Exército como fator decisivo e importantíssimo do poder organizado; mas também existem outros valores como sejam as organizações dos funcionários públicos, etc., que podem ser considerados também como forças orgânicas do poder de uma sociedade.

Se alguma vez os meus ouvintes ou leitores tiverem que dar seu voto para oferecer ao país uma Constituição, estou certo que saberão como devem ser feitas estas coisas e que não limitarão a sua intervenção redigindo e assinando uma folha de papel, deixando incólumes as forças reais que mandam no país. (LASSALE, 2006).

Na perspectiva sociológica de constituição trazida por Lassale é possível compreender uma relação entre Direito, Política, Sociedade e Poder. Havendo influências diversas na própria composição de suas normas e do desenvolvimento dessas normas por um complexo de instituições e indivíduos que estão sob sua égide.

Essa rede de poder que influencia a constituição desde seu nascedouro não pode deixar de ser compreendida e considerada para a teoria constitucional, principalmente quando tratamos de questões relativas a efetivação de direitos.

A constituição não pode ser considerada uma matéria acabada na sociedade, os processos de luta originados para sua gênese devem ser pautados durante a sua vigência para conceder caracteres mais concretos para a efetividade dos seus direitos positivados.

Heller (1968) reconhece a necessidade de buscar uma relação de efetividade constitucional a partir das relações sociais, buscando uma inerente convergência da política com o direito, contrariando as ideias Kelsenianas de exclusão das influências sociais e políticas do direito, buscando a conformação de um dever ser social:

[...] o logismo normativo que representam Kelsen e a sua escola, ao contrapor ser e dever ser, de caráter jurídico, ao ser, de caráter social, sem que entre eles exista de modo algum relação, considerando o primeiro como um dever ser independentemente de toda ordem e de toda observância, atende única e unilateralmente à normatividade e esquece que todo o dever ser social se relaciona constantemente com um querer humano e que as normas sociais não são afirmações teóricas, mas exigências dirigidas à vontade do homem. (HELLER, 1968, p. 224).

Se o poder constituinte originário é a base política² revolucionária para criação de uma constituição promulgada que buscará atender os anseios sociais buscados através de lutas e inconformações com o poder estabelecido, a compreensão dos direitos positivados como normas constitucionais e as suas posteriores teorias não podem deixar de sopesar a relação fecundativa entre política e direito.

Na realidade brasileira é possível identificar essa relação nas normas constitucionais que estabelecem políticas públicas. Os artigos 196 à 200 e o artigo 60, inciso I e §3º, este últimos inserido pela emenda constitucional n.º 53, de 19 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006), instituíram no âmbito normativo constitucional as políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), as quais foram derivadas de anseios e necessidades sociais, principalmente a criação do SUS que foi fruto de longa militância do movimento sanitarista brasileiro iniciado por volta dos anos 70.

² Neste sentido: Negri (2002, p. 7) afirma que “Falar de poder constituinte é falar de democracia. Na era moderna, os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificasse cada vez mais. Em outros termos, o poder constituinte não tem sido considerado apenas a fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Sob este ponto de vista, o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que este é compreendido numa sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir norma constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática.”

Desta forma, utilizar qualquer compreensão de Constituição baseada apenas em aspectos técnicos jurídicos para efetivação de direitos sem a consideração de aspectos políticos e sociais é buscar uma efetivação fora da realidade do cenário brasileiro. Lidar com a temática do controle judicial de políticas pública implica a necessidade de considerar a Constituição em seus aspectos políticos e jurídicos. Assim,

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. (BONAVIDES, 2008, p. 461).

E esses aspectos políticos e jurídicos não podem ser cegamente importados de teorias alienígenas desconexas da história da formação de cada Constituição. Cada sociedade contém minúcias próprias que devem ser consideradas para a elaboração de uma teoria constitucional que busque realmente efetivar os direitos positivados no texto maior.

[...] a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico política e a realidade jurídica. O direito constitucional recupera, assim, segundo Pedro de Vega García, as categorias de espaço e tempo e adquire dimensões concretas e históricas. A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta. A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição, o que desqualifica a constante hostilidade da Teoria da Constituição contra o Estado. As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até. Sintomático é o fato, denunciado por autores como Olivier Beaud e Pedro de Vega García, que a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional, foi relegada ao silêncio pela Teoria da Constituição. O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição. (BERCOVICI, 2004, p. 22).

Para compreender a Constituição nos sentidos político, sociológico e jurídico partindo de uma concepção estruturante³ como forma de aplicação de seus preceitos normativos em conformidade com os anseios sociais é necessário considerar sua história através das lutas que a formaram, das relações de poder e de capital que a influenciam e as instituições e institutos jurídicos a partir de uma lógica emancipadora de efetivação dos direitos.

Para se conformar com o tema deste trabalho, que trata do controle das políticas públicas e o direito à saúde, só uma concepção de Constituição, nos moldes do parágrafo anterior, pode ser utilizada, para não cair em análises estritas que não serão capazes de compreender os fenômenos sociais e jurídicos envolvidos como um todo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) deve ser compreendida nesses aspectos para buscar sua conformação social. Não basta transformá-la apenas em uma carta de direitos distante da realidade social, pois a positivação de direitos é apenas um reforço jurídico normatizado a partir de valores já expressados e desejados na sociedade (BARROS, 2003, p. 404-405).

A necessidade de ruptura com sistema totalitário militar anterior se deu pelo desgaste social e impossibilidade de manutenção da ordem estatal e social ocasionada por pressões originárias de vários setores da sociedade. As pressões sociais que apontavam para a necessidade de uma nova constituição e um novo regime impulsionaram a convocação da Constituinte de 1987 através da Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição vigente de 1967, estabelecendo no artigo 1º a necessidade de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte⁴.

A Assembleia Constituinte foi um cenário propício para todos os setores sociais que reclamavam a necessidade de mudança da ordem totalitária imposta e os mais

³ Conceituação de constituição utilizada por José Afonso da Silva (2006, p. 39) —Busca-se, assim, formular uma concepção estruturante, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição.”

⁴ Neste sentido:—Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.” (BRASIL, 1985). Alguns doutrinadores discordam da expressão Assembléia Nacional Constituinte, preferindo conceituar como Congresso Constituinte, ante a inexistência de uma real ruptura com viés revolucionário, mas sim de um acordo político que inaugurou a Constituinte de 1987, neste sentido: Ferreira Filho (2009, p. 31-32) e José Afonso da Silva (2011, p. 88-90).

conservadores que não pretendiam efetuar grandes mudanças institucionais nos país.

Assim, apesar das estruturas dos Poderes se manterem quase intactas, advindas de uma transição negociada com o poder posto (SILVA, J. A., 2011, p. 89) para manutenção de um sistema que continuaria a preservar a “hegemonia política conservadora” (MASCARO, 2008, p. 180)⁵, a CF/88 é um marco histórico na construção de um paradigma normativo jurídico-político pautado na construção de um Estado Democrático e Social de Direito que possui no cerne de suas preocupações a dignidade da pessoa humana, a igualdade material e direitos fundamentais e sociais, verdadeiros projetos constitucionais iniciados durante as pressões sociais, positivados na carta constitucional e que necessitam ser efetivados de uma maneira satisfatória para toda a sociedade⁶.

1.2 Estado Democrático e Social de Direito Brasileiro

A consolidação de um Estado Democrático de Direito vem disposto no artigo 1º da CF/88⁷ e se traduz como um fundamento do regime democrático adotado pelo Estado brasileiro, significando a postura normativa de quebra com o regime autoritário anterior.

Uma das perspectivas possíveis de compreender o Estado Democrático de Direito brasileiro da CF/88 é a inauguração efetiva de um Estado Social, contrariando a tentativa da Constituição de 1934 que apesar de sua importância normativa ficou encurralada nos meandros das crises políticas que se desenrolavam⁸.

⁵ Neste sentido: “Se a Constituição Federal de 1988 representa uma tentativa de expurgo da política autoritária, cujos lastros de cidadania praticamente inexistiam e cujo desrespeito aos direitos humanos era notório, a hegemonia política conservadora que sucede o movimento de redemocratização representa, ao lado de ganhos simbólicos ou alguns ganhos legislativos, um pleno assentamento nos grupos políticos que, historicamente, sustentam-se em relações de cunho autoritário, nas forças policiais dos Estados da Federação, na política do abandono social e na cooptação de elites judiciárias a favor de interesses políticos.” (MASCARO, 2008, p. 180).

⁶ Neste sentido: “Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia.” (SARMENTO, 2010, p. 102).

⁷ Neste sentido: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]” (BRASIL, 1988)

⁸ A Constituição brasileira de 1934 teve grande importância na quebra do paradigma ‘liberal normativo’ para o ‘social normativo’ nos dispositivos constitucionais, assim: “A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção das constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, a questão social e da cultura. A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia mais ser tratada no Brasil como ‘caso de polícia’, como se dizia na República Velha, mas sim como ‘caso de Direito.’” (SARMENTO, 2010, p. 31). No entanto, pelo grande momento de tensão política em razão da ausência de representatividade partidária, a repressão de partidos comunistas tidos como subvergentes a ordem e a intenção Getulista de implantar um Estado com viés fascista, fez sua pouca vigência até 1937 não contemplar a concretização do Estado Social no Brasil. “Foi curtíssima a vida da Constituição de 1934: promulgada em julho de 1934, ela vigorou apenas até novembro de 1937, quando foi outorgada a Carta de 1937, dando início ao Estado Novo. Os componentes liberais e democráticos da Constituição de 1934 não resistiram à radicalização do regime e do clima social da época.” (SARMENTO, 2010, p. 35).

Estado Social que não significa, por óbvio, Estado Socialista, apesar de grande influência das lutas sociais pautadas pelos trabalhadores no início do século XX para reconhecimento de direitos sociais, que possuíam em suas ideologias a influência das idéias marxistas.

Canotilho (2003, p. 385) retrata a passagem da ideologia liberal para a social:

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da conscientização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadores e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade. Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia de necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade.

A conformação de um Estado Democrático de Direito sob a perspectiva de um Estado Social, objeto da CF/88 é a conformação do princípio democrático aliado a necessidade de colocar os direitos sociais como forma de buscar a igualdade material nas relações sociais, uma idéia de promoção de justiça social.

A opção pelo modelo econômico capitalista baseado no livre comércio e outras perspectivas liberais observáveis a partir da leitura do artigo 170 e seus incisos na CF/88⁹ não exclui a preocupação com questões sociais e coletivas, determinantes dos fundamentos e objetivos da Constituição, que serão analisados adiante, capazes de operar como forma de equilíbrio entre o exagerado individualismo capitalista liberal e a harmonização igualitária social, buscando a promoção de uma justiça social capaz de promover a igualdade material na sociedade.

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implementar: é que ele

⁹ Neste sentido: —Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988).

conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.

Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais. (BONAVIDES, 2011, p. 184).

Perez Luño (2007, p. 193, tradução nossa) também evidencia a inserção dos direitos sociais e as perspectiva do Estado Social como forma de buscar um equilíbrio igualitário real na sociedade através da tensão entre concepções de direitos com funções diferentes, mas complementares, com a finalidade de promover um bem-estar social, assim,

Os direitos sociais surgiram na transição do Estado liberal para o Estado social de Direito [...] No Estado social de Direito os poderes públicos assumem a responsabilidade de proporcionar para todos os cidadãos as prestações e serviços públicos adequados para atender suas necessidades vitais [...].

O Estado Democrático de Direito brasileiro obedece a esses contornos básicos entre a escolha de um modelo econômico capitalista e a disposição de contornos sociais para buscar a igualdade material. Tal perspectiva no plano teórico normativo constitucional serve para balizar todo o sistema originado das intenções propostas na CF/88 advindas de anseios de diversos setores da sociedade na construção da redemocratização do país a partir de 1985. Entretanto, vale lembrar duas perspectivas correntes no cenário brasileiro que dificultam a instauração plena do Estado Democrático de Direito e suas diretrizes sociais.

Primeiro, Faoro (2001) com sua ainda atual concepção patrimonialista do Estado brasileiro, demonstra que a confusão dos interesses públicos com os interesses privados é evento permanente na contemporaneidade do Brasil sendo capaz de influenciar em decisões políticas que deveriam ter como elemento norteador a normatividade constitucional baseada nas premissas sociais construídas historicamente na sociedade brasileira e que acabam tomando contornos individuais em detrimento da sociedade.

Segundo, Bercovici (2005, p. 45-68) que demonstra a necessidade de uma integração social, econômica e política para se alcançar a superação do subdesenvolvimento para uma real transformação e concretização plena do Estado Democrático de Direito, como disposto no texto da CF/88, no entanto, essa integração se tornou dificultada por um antagonismo existente no cenário brasileiro entre a criação de situações econômicas que visam conce-

der prevalência a interesses privados e corporativos e situações sociais baseadas em um Estado interventor, favoráveis ao desenvolvimento do país.

No sentido de evitar a cooptação do capital e dos interesses individuais em prevalência aos da sociedade é que a compreensão dos fundamentos, objetivos, direitos fundamentais e sociais inaugurados no cenário brasileiro na Constituição de 1988 devem operar para a efetiva construção de um Estado Social e Democrático de Direito.

1.3 Fundamentos e objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil

Os fundamentos e os objetivos da CF/88 estão dispostos nos artigos 1º e 3º do texto constitucional. Os fundamentos são cinco: i) soberania; ii) cidadania; iii) dignidade da pessoa humana; iv) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, v) o pluralismo político. Os objetivos são quatro: i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ii) garantir o desenvolvimento nacional; iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988)¹⁰.

A função dos fundamentos e os objetivos constitucionais é servir de norte para a efetividade do programa constitucional estabelecido pela CF/88, pautado na construção de um Estado Democrático e Social de Direito (SILVA, J. A., 2006; BONAVIDES, 2008). Os fundamentos e os objetivos operam uma importante relação com os direitos sociais, incluindo o direito à saúde (objeto deste trabalho), pois trazem elementos basilares para guiar as opções políticas na promoção de tais direitos.

A dignidade da pessoa humana se satisfaz como grande princípio do Estado Democrático de Direito brasileiro e coloca-se como uma obrigação política e jurídica de que todo indivíduo possui direito às condições mínimas de digna existência humana. Seu conceito é aberto e indeterminado, mas capaz de condicionar a necessidade de uma efetividade concreta das normas da CF/88, assim Sarlet (2007, p. 62) a defende como

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes

¹⁰ Não é objetivo deste tópico e nem consta como interessante ao trabalho aprofundar as pormenoridades de cada fundamento e objetivo da CF/88, mas, sim, mostrar a necessidade de serem levados em consideração nas opções políticas a fim de efetivar as demais normas constitucionais, em especial, os direitos sociais.

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desta forma, os direitos à alimentação, à saúde e à educação devem ser orientados na perspectiva de uma efetivação digna para toda a sociedade, considerando que a dignidade da pessoa humana é “[...] um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.” (SILVA, J. A., 2006, p. 105).

Essa forma de atingir tais direitos dentro de uma conformidade digna na sua efetivação coaduna com os objetivos dispostos no artigo 3º da CF/88. Desta feita, assiste razão Bonavides (2008, p. 380-384)¹¹ ao afirmar que o que falta para a CF/88 é sua efetivação, pois todos os direitos já estão positivamente garantidos e a ordem constitucional é favorável para sua concretização, mas que certas vezes ficam esquecidos em promessas normativas constitucionais que nunca se tornam realidade e deturpados por uma “crise da estatalidade social”, onde operam a Sociedade, o Estado e o Governo.

As opções políticas devem estar consonantes a matéria constitucional, não por mera obrigação jurídica, mas por conformidade com uma construção idealizada nos movimentos da sociedade que pressionaram a mudança do regime totalitário para o regime democrático.

Não satisfazer os objetivos Constitucionais é subverter um desejo histórico e afirmado na CF/88 aos interesses patrimoniais e individuais de forma prejudicial e que não encontram respaldo nas diretrizes constitucionais. A exemplificação dessa situação é conformada pela preocupação na hora do governo alocar recursos de maneira coerente para criação de políticas públicas que efetivem direitos sociais dentro das perspectivas fundamentais e objetivas da CF/88 ou na hora de pessoas ligadas ao Estado não buscarem formas corruptoras de enriquecimento em detrimento do social, entre diversas outras possibilidades que serão trabalhadas ao longo do texto.

De qualquer forma, a utilização dos fundamentos e objetivos constitucionais deve estar em consonância com aspectos históricos, relativos aos motivos que levaram tal direito a

¹¹ Neste sentido: “[...] o grande problema do momento constitucional brasileiro é o de como aplicar a Constituição. Esta questão porém não cabe unicamente ao Direito Constitucional resolver, mas deve ter por igual a audiência da Ciência Política.[...] (BONAVIDES, 2008, p. 381.). E ainda: “Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida [...] Com efeito, na Constituição de 1988 as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora.” (BONAVIDES, 2008, p. 382).

conquistar sua positivação, sociológicos e políticos, baseados na compreensão atual da sociedade e suas necessidades, e, por fim, jurídico, como forma de orientação normativa constitucional e umas das opções da sociedade para garantia de seus direitos.

Por isso se faz necessária a compreensão dos Direitos Sociais, do Direito à Saúde e das Políticas Públicas para colocá-los de forma satisfatória perante o Poder Judiciário para a criação de um controle judicial adequado e coerente com as necessidades sociais.

1.4 Direitos Sociais

1.4.1 Compreensão do custo dos direitos

Os direitos sociais possuem uma notória compreensão de serem constituídos como direito prestacionais ou positivos que para serem efetivados necessitam exclusivamente da ação do Estado dependente de recursos financeiros (SILVA, J. A., 2006; BONAVIDES 2008; FERREIRA FILHO, 2009).

A dispensa de recursos financeiros seria exclusivamente para a promoção dos direitos sociais, pois os direitos individuais, tidos como negativos, para serem efetivados bastaria uma não ação do Estado. De fato, direitos ‘custam dinheiro’ e a denominação ‘direitos’ deve ser conformada em sentido amplo, abarcando uma totalidade de direitos, individuais e sociais, nos ditames do estudo realizado por Holmes e Sunstein (1999) no livro *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*.

A tese lançada em 1999 traz importante estudo sobre o custo dos direitos, ao analisar que tantos os direitos negativos – tidos como de primeira geração, ligados a uma perspectiva liberal – quanto os direitos positivos – genericamente intitulados de segunda geração, ligados a perspectiva social – exigem a disposição de recursos financeiros para serem efetivados.

Logo, qualquer direito, seja ele individual ou social, demanda gastos e planejamento para serem efetivados perante a sociedade. Direitos como voto, propriedade, registro civil, entre outros, devem possuir grandes estruturas para serem garantidos.

Tribunais, cartórios, servidores, magistrado, entre os diversos profissionais e mais os próprios instrumentos de trabalho e a construção de espaços, são prioritários para a efetivação de tais direitos individuais.

O comum e pouco explorado ensinamento de que direitos negativos não exigem

custos do Estado, não merece prosperar, Holmes e Sunstein (1999, p. 234-235) em uma tabela de gastos relacionados com o governo norte-americano apontam que o sistema de justiça gasta cerca de US\$ 5.224.000.000 e a proteção de direitos relativos à propriedade cerca de US\$ 6.622.000.000 (HOLMES ;SUNSTEIN, 1999, p. 234-235).

Em contrapartida, o governo americano tem uma despesa de aproximadamente US\$ 2.132.000.000 com a educação, ou seja, um valor bem inferior ao disponibilizado para outros direitos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 235-236).

No cenário brasileiro, podemos observar parecida disposição de recursos, ao verificar que no ano de 2012 uma parte do gasto para manutenção das estruturas dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público da União (MPU) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi dispensado cerca de R\$ 8.495.828.291,00, considerando os limites de empenho e movimentação financeira que cabe a esses entes (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2011), em contrapartida o orçamento para saúde relativo a manutenção das infraestruturas de Postos Comunitários, Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e Unidades Básicas de Saúde (UBS) foi de R\$ 1.137.000.000,00 (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2011).

Todos os direitos, sejam eles civis, políticos, econômicos e culturais têm um custo, e prescrevem as duas obrigações negativas e positivas. Os direitos civis não se esgotam por obrigações de abstenção por parte do Estado: exigem comportamentos positivos, como regulamentações, destinadas a definir o alcance e as limitações da atividade administrativa, direitos regulamentares, o exercício do poder de polícia, proteção contra interferência ilegal do Estado e de outras pessoas, a eventual condenação pelo Poder Judiciário em caso de violação, a promoção do acesso ao bem, que é o sujeito de direito. Basta rever mentalmente a grande quantidade de recursos alocados pelo Estado para a proteção dos direitos de propriedade: destina-se a grande parte da atividade da justiça civil e criminal, muito do trabalho da polícia, os registros de imóveis, automotivos e outros registros especiais, serviços cadastrais, o estabelecimento e controle de zoneamento e uso do solo, e assim por diante. Todas essas atividades envolvem, naturalmente, um custo para o Estado, sem as quais os direitos não seria, inteligíveis, e o exercício não teria nenhuma garantia. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2009, p. 4, tradução nossa).

Esse cenário de custos para promoção dos direitos na sociedade levanta questões sobre a noção de recursos escassos, fato que se comunica com a chamada teoria da reserva do possível¹², porém, é possível observar que a preocupação com a promoção dos direitos

¹² Maiores apontamentos sobre a teoria da reserva do possível e a noção de recursos escassos serão realizados ao longo do trabalho.

individuais é mais corrente em nossa sociedade do que os direitos sociais, e esse fato se assimila com a própria história e formação dos direitos sociais no cenário brasileiro e as posteriores escolhas políticas baseadas em uma política neoliberal que potencializa o investimento no 'econômico' em detrimento do 'social'.

Desta forma, há uma cultura política enraizada no governo em promover mais as estruturas básicas para garantia de direitos individuais do que de direitos sociais. Dispensam-se muito mais valores para garantir o direito à propriedade, direito à ação, direito ao voto, do que direito à saúde, educação, entre outros.

1.4.2 Os direitos sociais no cenário jurídico-social brasileiro

É possível conceber os direitos sociais no cenário brasileiro como verdadeiros direitos originados no seio da sociedade, pois foram advindos das mobilizações sociais que pressionaram os poderes postos para terem condições mais dignas e protetivas de trabalho, saúde, educação, entre outras, que buscam um verdadeiro equilíbrio social¹³.

Com a criação de indústrias e a necessidade de trabalhadores nesses novos seguimentos, surgem nos meios urbanos uma camada média que se une contrária às oligarquias, demonstrando a fraqueza do atual sistema e impulsionando uma revolução. Essa nova classe que surgia nos meios urbanos se contrapunha a oligarquia rural e pugnava melhores condições sociais, se inicia neste tempo, importantes movimentos e ideais para a construção e reconhecimento dos direitos sociais¹⁴ no Brasil.

Com a revolução de 1930 se iniciou um importante momento no Brasil. O governo provisório instalado até 1934 já respirava algumas tendências do Estado Social como

¹³ Neste sentido: —Os movimentos sociais são os indicadores mais expressivos para a análise do funcionamento das sociedades. Traduzem o permanente movimento das forças sociais, permitindo identificar as tensões entre os diferentes grupos de interesses e expondo as veias abertas dos complexos mecanismos de desenvolvimento das sociedades. Em cada momento histórico, são os movimentos sociais que revelam, como um sismógrafo, as áreas de carência estrutural, os focos de insatisfação, os desejos coletivos, permitindo a realização de uma verdadeira topografia das relações sociais. Tanto sua forma como seu conteúdo são condicionados pela específica constelação histórica, razão pela qual não se pode compreendê-los sem remissão direta às determinações históricas macroestruturais. Os movimentos sociais deixam entrever mais do que puras carências percebidas e demandas interpostas; eles permitem, de fato, o conhecimento do modelo de sociedade dentro da qual se articulam, cujas feridas se tornam, por intermédio deles, materialmente visíveis.” (SOARES DO BEM, 2006, p. 1138).

¹⁴ —A longo da década de 1920, as bases políticas, sociais e econômicas do sistema rural-oligárquico entram em crise. Surge o tenentismo, movimento de oposição ao regime que congregava setores do jovem oficialato do Exército, e se baseava num vago ideário que englobava lutas contra a fraude eleitoral, o poder das oligarquias e a corrupção do governo. Na mesma época, uma nova classe média se afirma nos principais centro urbanos, com aspirações e valores divergentes daqueles das tradicionais elites agrárias que até então governavam o país. Por outro lado, ganha vulto no país a ‘questão social’, com o aumento da força política dos trabalhadores nas cidades, que passaram a se organizar melhor e a reivindicar direitos.” (SARMENTO, 2010, p. 27):

a criação dos Ministérios da educação, saúde e do trabalho, indústria e comércio, impulsionados pelas estratégias interventores do *New Deal* americano e a constituição alemã de Weimar de 1919.

Em contrapartida, a tendência dos regimes autoritários começa a surgir os fascistas na Itália, Franco na Espanha, Salazar em Portugal e o início do regime nazista começavam a apresentar um novo tempo de regimes totalitários e temerosos para a sociedade.

No Brasil, em meio a revolução constitucionalista de 1932 e demais acontecimentos que pugnavam por uma reconstitucionalização do país, promulga-se a primeira constituição de caráter social em 1934, desligando-se do regime liberal estatudinese do século XIX¹⁵, impõe importantes mudanças e –A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia mais ser tratada no Brasil como ‘caso de polícia’, como se dizia na Primeira República, mas sim como ‘caso de Direito’.” (SARMENTO, 2010, p. 31)¹⁶

O texto inovador e de caráter social não foi capaz de acompanhar as recorrentes crises enfrentadas pelo Estado brasileiro. Com evidente influencia do impacto de ideologias nacionalistas que emergiam no cenário europeu o Brasil atravessa um embate ideológico pelo poder expressado entre os representantes do partido da Ação Integralista Brasileira, de caráter fascista influenciados por Mussolini e Hitler, e a Aliança Nacional Libertadora, como partido de esquerda que se compunha do clandestino Partido Comunista¹⁷.

A constituição de 1934 durou apenas quatro anos e o Estado brasileiro sucumbiu a um golpe de Estado arquitetado por Getúlio Vargas que desrespeitando o preceito constitucional que não previa reeleição ingressa no poder, implantando a ditadura no Brasil.

Toda essa articulação política se baseou na criação de uma farsa denominada

¹⁵A constituição de 1891 que inaugura o período republicano brasileiro possuía traços do liberalismo norte americano inaugurando o sistema presidencialista e a forma federativa de governo, ao contrário da constituição monárquica de 1824 que tinha influências liberais europeias baseadas na construção de poder moderador (neste sentido: SARMENTO, 2010).

¹⁶ Neste sentido, José Afonso da Silva (2011, p. 69) comenta o viés social da constituição de 1934 que –Feve em conta a *questão social*, que para a Primeira República era tida como simples *questão de polícia*. Pretendeu instaurar um Estado Social, que possibilitasse a todos existência digna. A liberdade econômica ficava subordinada à observância desse princípio de justiça. A lei deveria promover o amparo da produção e estabelecer as condições do trabalho na cidade e no campo, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País, e definia os direitos básicos dos trabalhadores, assim como reconhecia os sindicatos autônomos e as convenções coletivas de trabalho”

¹⁷ Cujos ideais tiveram importante influência no Brasil, ao movimentar a classe de trabalhadores urbanos para reivindicar melhores condições de vida e efetividade de direitos sociais, que mais tarde foi dissolvido pelo governo, como explica Sarmiento (2010, p. 35) ao relatar que –Em 11 de julho de 1935, invocando a Lei de Segurança Nacional recém-editada, que proibia a existência de partidos que visassem à subversão, pela ameaça ou violência, da ordem política nacional, o Governo dissolve a Aliança Nacional Libertadora, adotando como pretexto um discurso de Luis Carlos Prestes, seu Presidente de honra, que clamara pela derrubada do governo odioso de Vargas.”

plano Cohen¹⁸, que foi divulgado pelo General Góes Monteiro como uma estratégia para os comunistas tomarem o poder (MEZZARROBA, 1992).

O sonho de implantação de um Estado Democrático e Social de Direito em terras brasileiras fica apenas no papel. Em 1937 é outorgada a nova constituição com traços fascistas e autoritários, redigida por Francisco Campos, que logo no preâmbulo já dispunha sobre o suposto perigo comunista e a ameaça de guerras civis¹⁹.

Os direitos sociais positivados na constituição de 1934 não tinham um capítulo específico, mas a alma de formação de um Estado Social circundava as positavações normativas dos capítulos relacionadas a 'ordem social e econômica' e da 'família, da educação e da cultura', estabelecendo previsões que apresentavam a garantia de tais direitos, como o

¹⁸ Sobre o plano Cohen: “[...] por sugestão de GOES MONTEIRO aos comandantes militares, iniciaram-se as discussões de preparação para um golpe, com a revogação da Constituição, a única forma de garantir a unidade militar e liquidar definitivamente a subversão bolchevique. Marcadas as eleições presidenciais para o início de 1938, o ano de 1937 foi decisivo para o projeto continuísta de VARGAS e para realização dos desejos golpistas da hierarquia militar. Para tanto, seria necessário o apoio popular, bem como o respaldo "legal", através da concessão do "estado de guerra" pelo Congresso Nacional, o que possibilitaria total liberdade para o governo preparar o golpe final.

Nesta conjuntura é que surge o Plano Cohen. Este, segundo a versão oficial teria sido elaborado pelo "Comintern" e visava a tomada do poder no Brasil. O nome do Plano, esclarecido em 1958, referia-se ao dirigente do "Comintern" BELA KUN. Sendo que, de acordo com explicações de GUSTAVO BARROSO (notório anti-semita e pró-nazista) ao autor intelectual do Plano, OLYMPIO MOURÃO FILHO, "Kun" e "Cohen" significavam a mesma coisa.

O objetivo do Plano era criar um ambiente emocional, propício a rápida aceitação do golpe e da nova Constituição, como medidas de emergência e de salvação nacional, pela população. Para isso, foram antecipadas em dois meses as homenagens às vítimas militares ocorridas com a "intentona" de novembro de 35. Ou seja, em 22 de setembro de 37, realizou-se uma romaria cívica e militar ao local onde foram enterrados os mortos do movimento de 35. Na oportunidade VARGAS foi incisivo ao afirmar que o ato representava uma lição de patriotismo e de advertência aos comunistas e fracos que não tinham coragem para defender a Pátria. Concluindo, frisou, enfaticamente, que naquele momento, o povo, o Exército e as Forças Armadas estavam unidos.

Em 27 de setembro de 37, num encontro da cúpula militar, foi introduzido na pauta de discussão o Plano [sic] Cohen que, de acordo com GOES MONTEIRO, seria um Plano de ação judaico-comunista. E para obstruí-lo, as Forças Armadas necessitavam da concessão do "estado de guerra". Terminada a reunião ficou aprovado que um novo regime deveria ser instituído. O qual não poderia ser caracterizado como uma ditadura militar, nem deveria privilegiar pessoalmente qualquer militar.” (MEZZARROBA, 1992, p. 92-93).

¹⁹ Neste sentido, segue o preâmbulo da Constituição de 1937: —ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país.” (BRASIL, 1937).

artigo 121²⁰, que estabeleceu diversos direitos trabalhistas como salário mínimo, repouso semanal remunerado, limitação da jornada de trabalho, férias, entre outros, o artigo 10²¹ sobre a saúde e o artigo 150²², que estabeleceu disposições sobre educação, entre diversos outros artigos que demonstravam uma nova aproximação do Estado com os anseios sociais impulsionados pelas correntes mobilizações sociais.

No entanto, a positivação de tais direitos não garante a efetividade deles na sociedade e a Constituição de 1934 teve vida curta, logo substituída, como já mencionado neste trabalho, pela Constituição de aspectos fascistas de 1937, e o projeto de um Estado Social iniciado em 1934 e da garantia de direitos sociais capazes de igualar as relações sociais é postergado até 1988, mas o cenário social inaugurado continuou a fazer parte da sociedade brasileira que através de mobilizações sociais como o movimento sanitário, buscando a criação de um novo modelo para saúde, as greves dos trabalhadores, as 'grandes greves' de trabalhadores, ocorridas no regime militar, o movimento estudantil, o movimento feminista, entre vários outros, que persistiram na luta pelo reconhecimento e efetivação de direitos sociais, desaguando na Constituição 'cidadã' de 1988, onde tais direitos conquistaram sua positivação em lugar de destaque na normativa constitucional (SOARES DO BEM, 2006)

Enquanto a luta por direitos sociais (saúde, trabalho, educação, etc.) fazia parte da pauta de setores mais fragilizados da sociedade, a crescente cultura jurídica de preservação de direitos de primeira geração olvidando o cunho de proteção patrimonialista civilista se desenvolvia na criação de importantes diplomas legais como o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil em 1973, bem como a estruturação de um Poder Judiciário capaz de

²⁰ Para leitura do artigo: —Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.” (BRASIL, 1934).

²¹ Para leitura do artigo: —~~Art~~ 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas; [...].” (BRASIL, 1934).

²² Para leitura do artigo: —~~Art~~ 150 - Compete à União: a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País; [...] a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos; b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível; [...].” (BRASIL, 1934).

solucionar lides obrigacionais (contratos, propriedade, etc.).

O Estado brasileiro patrimonialista preocupava-se mais em determinar proteção legal e efetiva para direitos que circundavam o capital do que para direitos que visavam um equilíbrio social.

Neste sentido, Mascaro (2008, p. 92, 105):

A legalidade, como instância técnica favorável a uma burguesia nacional nas suas relações produtivas e mercantis, no caso brasileiro encontra não apenas a estabilização jurídica da propriedade privada ou do contrato, mas, para além disso, encontra a instrumentalização dos meios jurídicos como forma de favorecimento de relações de fomento e privilégio [...] (MASCARO, 2008, p. 92).

A dinâmica de reprodução capitalista parece sempre atingir seu mais alto patamar histórico de estabilidade na neutralização da instância político-jurídica. A saída de formas políticas absolutistas ou de fundo voluntarista é a grande conquista moderna da reprodução capitalista. De um lado, a autonomia técnica do Estado dominado pelo direito assegura o contrato e a propriedade, dando-lhes estabilidade e previsibilidade. De outro lado, neutraliza as possibilidades da política e, desse modo, torna a instância político-estatal refém da lógica econômica. (MASCARO, 2008, p. 105)

Essa perspectiva da formação histórica dos direitos sociais no Brasil, seu processo de positivação e a cultura de efetivação dos direitos individuais, no plano político e jurídico, possibilita a compreensão da razão dos direitos individuais serem mais garantidos pelo Estado do que os direitos sociais. Fato que contraria a compreensão clássica de que os direitos individuais para serem efetivados necessitam apenas de uma abstinência estatal, pois como visto, trata-se de uma opção política e jurídica sua efetivação na sociedade.

Tal lógica, no caso brasileiro, segue até 1988, quando no processo de redemocratização os direitos sociais também ganham um espaço de destaque no texto constitucional.

No entanto, opções políticas neoliberais, ainda com traços conservadores e contrárias a ordem social estabelecida na constituição de 1988 foram capazes de suprimir a vontade popular de mudança e rompimento com todas as lembranças do antigo regime. Por óbvio, a transformação democrática ocorrido no pós 1988 foi positiva e positivadora de direitos, mas como salienta José Afonso da Silva (2011, p. 210-211)

Estamos vivendo, sim, um momento histórico de amplas liberdades políticas, o que é extraordinariamente saudável e condição necessária para a luta pela efetivação da promessa de nossa Constituição quando, no 'Preâmbulo', se

propõe a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e quando afirma, no art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito que tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade não será, porém, autêntica e real enquanto não se construírem as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social. O País vive, sim, num regime de amplas liberdades, mas não vive ainda num regime democrático, se entendermos por 'democracia' um processo de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos humanos.

Assim, apesar de todas as lutas sociais engendradas durante o século XX até a conquista da constituição 'cidadã' de 1988, o Brasil ainda concentra sua preocupação principal baseada no desenvolvimento econômico e não no desenvolvimento social, prezando suas posições políticas ao arripio das diretrizes constitucionais que inauguraram um projeto de justiça social para o desenvolvimento do país.

Há um dissenso entre as conquistas constitucionais de 1988 e as opções políticas pós 1988. Logo no início da década de 1990 impulsionado pelo neoliberalismo inaugurado por Thatcher na Inglaterra e Reagan nos Estados Unidos da América na década de 1980²³, o Estado brasileiro não continua de maneira satisfatória a construção dos direitos sociais, agora positivados constitucionalmente e com força normativa, e não altera o enfoque da política desenvolvimentista da ditadura militar, buscando investimentos que prezam a abertura do mercado nacional, a privatização de serviços públicos, entre outras medidas, pensadas em uma lógica exclusivamente econômica.

A cultura histórica brasileira de manter gastos com direitos individuais, prezando o capital e a propriedade, não foi interrompida com o processo de redemocratização de 1988, mantendo-se com as amarras conservadoras de políticas econômicas e sociais que privilegiam os mais abastados em detrimento dos mais necessitados,

²³ Para uma breve explicação sobre o neoliberalismo: —"A década de 1980 foi marcada pelo surto de ideologia neoliberal. Ele se iniciou com vitória da Mme. Thatcher como primeira-ministra da Inglaterra e a eleição de Ronald Reagan como presidente dos Estados Unidos. Neste período as políticas econômicas dos países mais poderosos estiveram dirigidas a uma desregulamentação de vários mercados, à privatização de certas empresas, ao aumento da competitividade internacional. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, sobretudo, tais medidas se complementaram com a diminuição de impostos sobre as camadas mais ricas da população e cortes importantes dos gastos sociais." (SANTOS, 2010, p. 119).

[...] o modelo hegemônico que se instala na década de 1990, e que dá a direção efetiva da realidade econômico-social brasileira, é profundamente destoante da planificação jurídico institucional advinda da redemocratização. De certa maneira, a violência do contraste chega ao ponto de tornar plenamente ignorado o sentido jurídico-institucional da Constituição de 1988 para, em seu lugar, consolidar uma hegemonia de cunho conservador liberalizante. (MASCARO, 2008, p. 175)²⁴

O conceito de desenvolvimento não é expandido como na perspectiva do economista Ignacy Sachs (1993)²⁵ e se mantém como sinônimo de economia 'forte', deixando as diretrizes constitucionais socializantes de lado.

Por fim, é possível compreender que os direitos sociais no cenário brasileiro foram advindos de constante afirmação histórica perpetrada pela luta social de camadas menos beneficiadas da sociedade, buscando estabelecer um equilíbrio material nas relações sociais, e que tais fatores foram incorporados de maneira íntegra no texto Constitucional de 1988, demonstrando uma função de orientar as questões políticas e econômicas dentro de uma lógica para buscar a efetividade de tais direitos. No entanto, a cultura político-econômica utilizada no pós 1988 continua a não privilegiar de maneira satisfatória as questões sociais, havendo um leve melhoramento com o governo petista que passou a criar mais investimentos e programas para setores sociais, mas ainda sendo uma política de caráter econômico que não condiz com as necessidades da sociedade.

1.4.3 Os Direitos Sociais no Direito Constitucional brasileiro

A positivação dos direitos sociais no texto constitucional de 1988 lhes garantiu um lugar de destaque como norma constitucional, através de todo desenvolvimento sócio-jurídico já demonstrado.

Os direitos sociais estão inseridos no texto constitucional no Título II – Dos

²⁴ Ainda, para completar o pensamento: –Se a Constituição Federal de 1988 representa uma tentativa de expurgo da política autoritária, cujos lastros de cidadania praticamente inexistiam e cujo desrespeito aos direitos humanos era notório, a hegemonia política conservadora que sucede o movimento de redemocratização representa, um pleno assentamento nos grupos políticos que, historicamente, sustentam-se em relações de cunho autoritário, nas forças policiais dos Estados da Federação, na política de abandono social e na cooptação de elites judiciárias a favor de interesses políticos. Assim sendo, no plano político-institucional, a própria legalidade se esvai, e os princípios constitucionais dos direitos humanos se tornam inefetivos tendo em vista que a dominação autoritária contra a qual se insurgiam é a mesma que persiste na hegemonia política da década de 1990.” (MASCARO, 2008, p. 180).

²⁵ Para Sachs (1993, p. 37-38) o conceito de ‘desenvolvimento’ não deve ser caracterizado apenas por aspectos econômicos, há necessidade de conceber um ‘ecodesenvolvimento’ baseado em 05 fatores básicos: i) Sustentabilidade social; ii) Sustentabilidade econômica; iii) Sustentabilidade ambiental; iv) Sustentabilidade espacial; e, v) Sustentabilidade cultural.

Direitos e Garantias Fundamentais”, –Capítulo II”, possuindo destaque como direitos fundamentais, ou seja, sujeitos a rigidez constitucional disposta no artigo 60, §4º, inciso IV, constituindo-se como cláusulas pétreas²⁶.

Essa centralidade dos direitos sociais advinda da construção histórica desses direitos possibilita sua compreensão como Direitos Humanos Fundamentais, pois –compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, fundamentado em um espaço simbólico de luta e ação social”. (PIOVESAN, 2005, p. 44)²⁷.

Assim, não são apenas meras normas programáticas²⁸ ausentes de eficácia imediata na sociedade, mas compõe uma construção histórica e social, que ao se positivarem como normas constitucionais em 1988 abriram a possibilidade de serem consideradas como –normas jurídicas vinculantes”, –direitos subjetivos” e –passíveis de judicialização” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 218).

Os direitos sociais além de uma vinculação jurídica, política e constitucional de orientar as ações do Estado pautados nos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, já assinalados neste trabalho, são passíveis de tutela jurisdicional, pois

²⁶ Para maiores detalhes sobre a concepção de direitos sociais como direitos fundamentais e cláusulas pétreas vide Sarlet (2009).

²⁷ Direitos Humanos Fundamentais, direitos fundamentais e direitos sociais podem fazer parte de uma mesma compreensão pactuada na formação histórica e social desses direitos e sua posterior positivação, não havendo razão prática sua distinção, apenas para colocá-los como direitos do plano internacional (direitos humanos) ou do plano nacional (direitos fundamentais), como faz Dimoulis e Martins (2012) e José Afonso da Silva (2006), entre outros. Assim, o presente trabalho compactua do posicionamento de Barros (2003, p. 39, grifo do autor): –Não há razão por que separar direitos fundamentais e direitos humanos, pondo aqueles numa situação ontológica, na qual têm concreção normativa, aparecendo definidos, firmes, positivados, reforçados na constituição jurídica do Estado, e pondo estes numa situação deontológica imprecisa e insegura, sem uma definição positiva, que deveriam ter mas não têm, daí aparecendo sem tutela ou concreção reforçada. Mesmo porque tanto uns quanto outros estão em ambas as situações.

Na verdade, o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceito jurídicos, níveis ou campos de compreensão e de extensão que podem variar do mais geral e fundamental ao mais particular e operacional. Tal variância impõe reconhecer a existência de *direitos humanos fundamentais* e *direitos humanos operacionais*: aqueles estruturais, principais destes; estes conjunturais, subsidiários daqueles; mas todos no mesmo espaço institucional, compondo um só instituto jurídico: os direitos humanos.”

²⁸ Sobre a conformação dos direitos sociais como normas programáticas Bonavides (2008, p. 245), afirma que –As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política.” e Miranda (1996, p. 218) conclui que “[...] são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-gerais, explicitam comandos valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”.

[...] as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer. [...] Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – Inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da expressão. (MELLO, 2009, p. 55-56)

E a concepção de direito subjetivo no positivismo Kelseniano é no sentido de a norma refletir um dever jurídico onde um indivíduo pode se valer do direito de ação para buscar o cumprimento desta obrigação²⁹.

Por óbvio que a complexidade de se exigir judicialmente um direito social não é solucionada pela lógica jurídica positiva, havendo necessidade de uma análise interdisciplinar, pois envolve conflitos de políticas públicas, de justiça distributiva, entre outros, como se verá ao longo deste trabalho. Entretanto, é interessante visualizar a possibilidade de compreensão dos direitos sociais como direitos subjetivos, ou seja, passíveis de tutela jurisdicional, que poderá ser individual ou coletiva.

Todas essas questões ficarão mais evidentes trabalhando com o direito à saúde, sua judicialização e o controle judicial de políticas públicas. Portanto, para finalizar este tópico, basta perceber que os direitos sociais além de sua conformação política e social receberam no texto constitucional uma força normativa jurídica, que deve ser compreendida como mais uma perspectiva para a efetividade de tais direitos.

1.5 Formação do direito à saúde no cenário brasileiro e sua positivação na Constituição de 1988

A trajetória do direito à saúde até sua acolhida como direito social na Constituição de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde passou por um processo de afirmação histórica e social ocasionado pela insatisfação e definitivo sucateamento da saúde durante os regimes totalitários militares.

A saúde como direito social pautado na melhoria das condições de vida da população, pensando em seu bem-estar social, nunca foi uma grande preocupação do Estado

²⁹ Neste sentido, segue o conceito Kelseniano: “[...] a essência do direito subjetivo, que é mais do que simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico”. (KELSEN, 1999, p. 95).

brasileiro e dos senhores que circundavam seus meandros de poder, não que lhes faltava interesse sobre o tema, mas aqueles que possuíam melhores condições financeiras e status sociais sempre procuravam alternativas particulares através de médicos contratados, remédios caros e outras formas de tratamento.

Assim, para a população comum, hipossuficiente, o avanço e estruturação do sistema de saúde brasileiro chegou dentro de uma lógica de mercado onde se relacionava saúde com ganhos ou prejuízos econômicos e financeiros.³⁰

Com o sucateamento da saúde promovido pelo regime militar acompanhado de um grande processo de individualismo e mercantilização do Sistema Nacional de Saúde – SNS, novos horizontes apontados dentro de vários seguimentos sociais começaram a emergir, visando a necessidade de redemocratização do país e de uma grande reforma sanitária que buscava garantir efetivamente o direito à saúde a todas as pessoas (SOUSA, 1994, p. 19).

Neste cenário de insatisfação surge no meio universitário, nas ruas, nos bairros mais populares, movimentações para mudar a realidade da saúde brasileira, tal fato ficou conhecido como Movimento Sanitário Brasileiro (SCOREL, 1998, p. 176; LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 15).

O ambiente universitário marcou o movimento sanitário com novos referenciais teóricos e práticos, pautados nas maiores necessidades enfrentadas pela população brasileira, e o movimento vindo dos bairros populares buscou através de mobilizações e reuniões articuladas uma pauta de reivindicações para melhorar o atendimento básico da população (SCOREL, 1998, p. 176; LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 15).

Nesta ambiência foram idealizados e criados os princípios básicos do atual Sistema Único de Saúde, inaugurado na constituição de 1988, como a universalidade do

³⁰ A lógica do interesse de mercado, dentro de uma perspectiva de ganhos ou prejuízos econômicos e financeiros pode ser comprovada através de momentos históricos brasileiros como a introdução da vacina contra varíola ocorrida em 1804 (FERNANDES, 1999; SA, 2008), onde a maior preocupação era a ausência de escravos para trabalhar nas lavouras. As questões sanitárias, durante o império e no início da república, eram “cuidado de polícia” e também foram pensadas dentro da lógica de exportação e importação de produtos nos portos brasileiros (GALVÃO, M. A. M., 1989), a campanha de vacinação em 1904, que resultou na revolta da vacina, e demais medidas contra as grandes epidemias do início do século XX também levavam em conta a necessidade de manter saudáveis os trabalhadores para produzirem mais nas primeiras indústrias brasileiras. A própria criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPS) regularizadas pela Lei Eloy Chaves em 1923 tinham a lógica de manter saudáveis os empregadores para trabalharem melhor e não gerarem prejuízos aos empregadores. No governo populista de Vargas embora tenha sido criado o Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAPS), Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP) e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com intenção de melhorar as condições de saúde, aposentadoria e relação entre empregados e empregadores, grande parte do dinheiro arrecadado pela previdência era desviado para iniciativa privada (POLÍTICAS..., 2006). No regime militar a lógica também não foi diferente, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, em 1966, e a implantação do Sistema Nacional de Saúde (SNS), além dos desvios de verbas para setores particulares, a saúde possui um caráter individualista e privilegiava a criação de instituições privadas, assim, os médicos forçavam medidas mais caras e procedimentos desnecessários para gerar maiores ganhos (SCOREL, 1998).

atendimento, a participação popular e a descentralização.

E, neste processo, vão se explicitando valores, que conformam à dimensão cultural dos movimentos e vão construindo, no campo da saúde, um discurso próprio. Estes valores dizem respeito, basicamente, a três aspectos:

1) ao conceito global de saúde — Na medida em que os movimentos reconhecem, na saúde, uma dimensão coletiva — e não apenas um problema pessoal pelo qual cada um é individualmente responsável — se explicita, também, seu condicionamento social: a situação de saúde depende diretamente das condições de vida, e não se resolve independentemente destas; [...]

2) à igualdade no acesso aos serviços de saúde — Na reivindicação de "saúde para todos" se inclui o direito a serviços de saúde universalmente acessíveis e gratuitos, o que implica a responsabilidade do Estado;

3) à exigência de participação — A necessidade de se assumir enquanto sujeito e de falar em primeira pessoa se impõe, já que a própria percepção da situação e de suas causas encontra seus parâmetros na posição que os setores sociais ocupam na estrutura social. Cada setor tem uma maneira própria de pensar sua inserção na sociedade, tomando como ponto de partida sua situação de vida. Esta interpretação diversa da realidade está na base da exigência de fazer ouvir sua voz e de participar efetivamente para poder solucionar seus problemas. Tal percepção da participação, como um valor, se origina e ao mesmo tempo se expressa na prática dos movimentos. (RIBEIRO, 1989, p. 271-272).

Através do movimento sanitário e suas constantes atuações perante a sociedade e o Estado³¹, foi realizada em 1986, entre os dias 17 e 21 de março, a VIII Conferência Nacional de Saúde, onde levaria os debates e as propostas do movimento sanitário para ser debatida em nível nacional para uma nova reforma sanitária. A importância da VIII Conferência Nacional de Saúde foi tamanha que recebeu o nome de "pré-Constituinte da Saúde" pelo presidente da república a época, José Sarney³², já que um de seus objetivos, nos ditames do artigo 1º do Regimento Especial da conferência, era estabelecer um

—[...] foro de debates sobre a saúde aberto a todos os segmentos da sociedade, [que] terá por finalidade contribuir para a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e proporcionar subsídios para a Assembléia Nacional Constituinte." (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 403).

³¹ Para demonstrar a atuação do movimento sanitário no Estado e na sociedade: — "Participação de integrantes do Movimento Sanitário na gestão federal deu-se ainda durante o governo do presidente Geisel (1974-1978), que se caracterizou pela busca de legitimidade para os modelos políticos e econômicos implantados, o que significou a abertura de canais de diálogo entre sociedade e Estado. Nessa fase, também conhecida como período de distensão, a meta era recuperar as mediações com a sociedade civil sem, contudo, perder o controle do processo." (SCOREL, 1998, p. 176).

³² Discurso de Sarney (1987, p. 31) na 8ª Conferência Nacional de Saúde: — "Faço votos de que esta conferência, pela abrangência de seus temas, pela profundidade de seus debates, pelo clima de devotamento que está presidindo as suas discussões, há de se representar a pré-Constituinte da Saúde no Brasil".

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, o tema da saúde obteve um destaque fundamental e as propostas oriundas da VIII Conferência Nacional de Saúde baseadas na criação de um Sistema Único de Saúde, atendimento integral, gratuito e universal caminharam para se positivar na nova constituição que era construída (Neste sentido: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987).

Durante a constituinte, várias sugestões foram feitas sobre a reforma sanitária e várias posições tomadas durante as audiências públicas. Aparentemente, o movimento sanitário e a sociedade, em geral, foram atendidos em suas demandas e a foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), uma política pública levada ao *status* de norma constitucional no artigo 196 e seguintes, no ápice do ordenamento jurídico, inserindo um sistema universal, integral e descentralizado³³.

Assim, ao tratar do tema da saúde no cenário brasileiro Cohn e Elias (1998, p. 28) destacam que

A nova Carta constitucional, de 1988, apresenta significativos avanços no tocante ao sistema de proteção social: nela estão presentes a universalidade do direito aos benefícios previdenciários a todos os cidadãos, contribuintes ou não do sistema, a equidade ao acesso e na forma de participação do custeio, a uniformidade e equivalência dos benefícios, a diversidade da sua base de financiamento, e a gestão administrativa descentralizada, com participação da comunidade.

Com a constitucionalização do direito à saúde e sua política os esforços centrados pela nova ordem democrática se concentraram na elaboração das normas infraconstitucionais que organizariam a complexa política pública criada na gênese constitucional.

O âmbito infraconstitucional do Sistema Único de Saúde – SUS é composto por diversos textos legiferantes e normativas administrativas, mas a base da estrutura de todo o sistema se encontra nas Leis n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990a), denominada lei orgânica da saúde e dispõe sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento das ações e serviços públicos de saúde”, e n.º 8.142 de 28 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990b) que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, através de conferências e conselhos, e “[...] sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.”.

³³Neste sentido: “Com a Constituição de 1988, o País aderiu ao modelo de atenção universalista em saúde pública. Isto é, a atenção em saúde passou a ser responsabilidade do Estado, o qual deve prover políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações e serviços públicos de acesso universal”. (GLOBEKNER, 2011, p. 50).

Uma grande estrutura se formou em torno da reforma sanitária promovida pela sede de mudanças dos movimentos sociais liderados por diversas classes. A estruturação do SUS é a primeira reforma política administrativa que realmente deu certo no cenário brasileiro (PERONDI, 2011, p. 11) e foi originada dentro do seio da sociedade. Neste sentido:

O SUS – Sistema Único de Saúde – é um exemplar caso de política pública advinda do movimento da redemocratização, de expansão das garantias sociais, que passa por um viés jurídico de reformulação de praxes e técnicas, e que, de certa maneira, pressupõe uma expansão de investimentos sociais que tem clara ligação com novas modelizações econômicas.(MASCARO, 2008, p. 170).

Assim, conclui-se que como toda a construção dos direitos sociais na sociedade brasileira, o direito à saúde pode ser considerado um direito pautado na construção democrática da luta do movimento sanitário que pretendia a criação de um modelo que não excluísse nenhum brasileiro positivando-se como norma jurídica constitucional e impondo uma compreensão político, social e jurídica para sua conformação concretizadora.

1.5.1 O Conceito de Saúde

O conceito de saúde é complexo e se abstrai na conformação cultural, histórica, social e econômica de cada sociedade³⁴. Procurar um conceito definitivo e estrito para sua compreensão é converter a saúde em demasiada imprecisão que não surtirá qualquer efeito prático para o desenvolvimento deste trabalho.

Dallari (2008, p. 93-94) explica que a saúde passou por diversos cânones de compreensão e interpretação na história da humanidade. O filósofo grego Hipócrates indica as condições da cidade e o tipo de vida dos habitantes como condicionantes das doenças. Paracelso, um médico suíço-alemão, identifica durante o século XVI, a importância de conhecimento das leis da física e da biologia para compreensão do organismo humano. Engels, já no século XIX, em meio a Revolução Industrial, reputa que as condições de vida e trabalho são determinantes para calcular o nível de saúde das pessoas. Algumas correntes também relacionam a saúde com a ausência de doença, promovendo uma visão mais mecanicista do ser humano. Assim, surge o embate entre posições que destacavam a ambiência social para

³⁴Neste sentido: –Conceitos como "saúde" ou "qualidade de vida" não podem pretender um significado válido através de referências de fontes externas. Tais conceitos implicam um grau de construção social e cultural, com diferentes significados ao longo do tempo e lugar. A sociedade deve decidir quais as diferentes possibilidades são importantes.”(RUGER, 2006, p. 313, tradução nossa)

delimitar a ocorrência de doenças e a ausência de doenças estritamente relacionadas com sua cura medicinal. Após a segunda grande guerra mundial, a saúde começa a ser compreendida fora do *locus* da doença, passando a adquirir novos parâmetros vinculados a qualidade de vida, buscando a conformação de um bem-estar físico, mental e social.

Nessa lógica, a Organização Mundial de Saúde (OMS) no preâmbulo de sua Constituição oferece o seguinte conceito de saúde: —A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1946, tradução nossa)³⁵.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, responsável pela positivação constitucional do direito à saúde, também defendeu um conceito amplo, afirmando:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987)

Concepção afirmada na positivação infraconstitucional do direito à saúde está na Lei Orgânica da Saúde Pública, Lei n.º 8.080/90:

³⁵ —Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança;
 A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.
 Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.
 A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.
 Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.
 O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.
 O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.
 A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde.
 Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.
 Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.
 Aceitando estes princípios com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1946, tradução nossa).

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (BRASIL, 1990a)

Desta forma, o conceito de saúde compreende uma interdisciplinariedade composta de vários elementos intrínsecos e extrínsecos relacionados com o ser humano. Para este trabalho a conformação da saúde buscará traduzir a possibilidade de sua garantia pelo Poder Judiciário dentro dos patamares de promoção de um bem-estar físico, mental e social, buscando a adequação do direito à saúde nestes aspectos.

Por certo, a maioria das demandas judiciais relativas à saúde, como se verá, estão ligadas na busca por uma prestação judicial através da requisição de um medicamento, de uma cirurgia, entre outras prestações, o foco é compatibilizar a prestação judicial com a lógica sócio-jurídica da Constituição para conceber mais um mecanismo para auxiliar na efetivação do direito à saúde.

1.5.2 Os Princípios Constitucionais do Direito à Saúde

Há alguns princípios norteadores do direito à saúde no ordenamento constitucional imperiosos para a compreensão das possibilidades de efetivação de tal direito perante a sociedade. O objetivo de análise se compõe da relação do artigo 6º da Constituição, que coloca o direito à saúde como direito social, com as disposições do 'Capítulo VIII – Da Ordem Social', 'Capítulo II – Da Seguridade Social', 'Seção II – Da Saúde', artigos 196 à 200, da Constituição.

Nessa consonância normativa podemos identificar cinco princípios constitucionais do direito à saúde: i) Princípio da Fundamentalidade; ii) Princípio da Responsabilidade Estatal; iii) Princípio do Acesso Universal e Igualitário; iv) Princípio da Gratuidade; e, v) Princípio da Integralidade (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 64-76).

Antes de adentrar na apresentação e explicação de cada um desses princípios é imperioso mostrar qual o sentido de princípio que será utilizado para evitar confusões teóricas.

1.5.2.1 Teoria dos princípios: perspectivas e teoria adotada neste tópico

Há teorias que partem do ponto da fundamentalidade dos princípios e instrumentalidade das regras, ou seja, conota aos princípios a característica de norma basilar ou fundamental de um sistema, e as regras, apenas dispositivos legais de aplicação através da subsunção:

No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais. Canotilho, por exemplo, fala em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. José Afonso da Silva, por sua vez, fala em princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais. Jorge Miranda fala, ainda, em princípios axiológicos fundamentais, princípios político-constitucionais e princípios constitucionais instrumentais. Luis Roberto Barroso, por fim, fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais. (SILVA, V. A., 2003, p. 611)

Ainda, há as teorias que partem de uma distinção qualitativa, como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin (2002) define que os princípios estão ao lado das regras, possuindo, além da dimensão de validade, uma dimensão de peso. Desta forma, as regras valem ou não valem, sendo totalmente aplicáveis ou não, mas em tratar-se de princípios, abre-se a possibilidade de colisão entre princípios, não havendo suscitações sobre sua validade, mas apenas seus pesos. Assim, deve prevalecer o princípio mais importante ou que tiver maior peso, no caso concreto. ~~–~~Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto.” (SILVA, V. A., 2003, p. 609).

Para Alexy (2008), princípios são mandamentos de otimização, os quais demonstram a função de serem realizados na maior medida possível, perante determinadas possibilidades fáticas e/ou jurídicas. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Assim,

[...] a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode como visto, variar. (SILVA, 2003, V. A., p. 611).

Tais teorias evidenciam posições diferentes sobre a compreensão e aplicabilidade dos princípios, assim, é possível observar que a escolha teórica realizada neste tópico, é das teorias que levam em conta os princípios como elementos norteadores de um sistema, considerando-os a partir de sua fundamentalidade.

Em regra geral, as teorias que levam em conta a distinção qualitativa entre princípios e regras como as de Dworkin (2002) e Alexy (2008), principalmente deste último autor, servem para analisar a sua aplicação nos procedimentos decisórios judiciais, pois evidenciam a utilização da proporcionalidade como um recurso para as argumentações que envolvem casos difíceis ou que tenham colisões de princípios, tema que não será trabalhado nesta pesquisa. Esclarecida a compreensão utilizada neste tópico sobre princípios, segue-se para a análise dos princípios constitucionais do direito à saúde.

1.5.2.2 A fundamentalidade

O princípio da fundamentalidade impõe o reconhecimento do direito social à saúde como um direito fundamental nos ditames já explicitados sobre o reconhecimento dos direitos sociais em geral como direitos fundamentais.

O direito à saúde é um direito de todos e sua fundamentalidade é caracterizada pela: i) Afirmação histórica na sociedade brasileira, através de uma construção política e social pelas lutas sociais impulsionadas pelo movimento sanitário; ii) Positivização como norma constitucional de direitos fundamentais, sujeita a rigidez constitucional de uma cláusula pétrea nos ditames do art. 60, inciso IV, §4º; iii) Efetivação social através de políticas públicas e a possibilidade de tutela jurisdicional individual ou coletiva por ser um direito público subjetivo.

1.5.2.3 A responsabilidade estatal

Nos ditames do texto constitucional, o direito à saúde constitui um dever do Estado e deverá ser ele o responsável por garanti-lo³⁶ perante a sociedade por meio de políticas públicas, ou seja, é seu dever primar pela alocação de recursos para a criação de

³⁶Neste sentido: –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.” (BRASIL, 1988).

políticas públicas efetivas e coerente com as necessidades sociais, porém, como todos os direitos, para ser efetivado possui 'custos públicos' (HOLMES;SUNSTEIN, 1999), logo, estará sujeito a um cenário de escassez de recursos (AMARAL, 2001), onde terão que ser realizadas 'escolhas trágicas' (CALABRESI;BOBBITT, 1978) para buscar sua conformidade social.

A responsabilidade estatal de garantir o direito à saúde estará, portanto, condicionada ao orçamento público disponível. No entanto, é importante destacar que o orçamento, ou melhor, as escolhas estratégicas para alocar recursos na composição do orçamento público também estarão sujeitas a garantir o máximo de justiça social, através da primazia pela efetivação dos direitos sociais, nos ditames do Estado Democrático e Social de Direito inaugurado em 1988.

Logo, há uma dupla dependência entre orçamento e direitos sociais, como o direito à saúde, mas os valores sociais constitucionais que foram pautados dentro de um processo histórico de construção social e política de direitos deve prevalecer em todas as escolhas políticas.

Importante destacar essa dupla dependência, para não pugnar uma importância demasiada aos limites orçamentários sem analisar se eles foram pautados dentro da lógica constitucional estabelecida em 1988.

Por fim, a responsabilidade estatal de garantia do direito à saúde estará condicionada as diretrizes constitucionais, dentro da compreensão sócio-jurídica apresentada desde o início do trabalho, havendo competência concorrente entre todos os entes da federação conforme o artigo 23, inciso II, da Constituição³⁷ e nos ditames da legislação infraconstitucional que será analisada adiante (Lei n.º 8.080/90).

1.5.2.4 O acesso universal e igualitário, a gratuidade e a integralidade

Os princípios do acesso universal e igualitário, da gratuidade e da integralidade, encontram-se dentro das pretensões sociais indicadas pelo movimento sanitário antes da constituinte de 1988, como já apresentado neste trabalho.

A interpretação desses princípios não pode apenas vincular a norma constitucional de forma abstrata (artigos 6º e 196 da CF/88), já que ela contém grande carga política e social,

³⁷—**A.** 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;” (BRASIL, 1988).

que deve ser considerada para evitar compreensões distantes da gênese constituinte e que prejudiquem a forma como se deu a afirmação histórica e social deste direito na sociedade brasileira.

Desta forma, o acesso à saúde deverá ser universal e igualitário, ou seja, para todo ser humano independente da situação financeira do indivíduo. Essa compreensão é derivada de toda luta realizada pelo movimento sanitário, visando estender para todas as pessoas e não só aos trabalhadores contribuintes do sistema previdenciário, o acesso à saúde.

Por certo, que tal pensamento se desenvolveu para beneficiar pessoas hipossuficientes que trabalhavam sem carteira assinada ou, por algum outro motivo, não contribuía para o sistema previdenciário que vigorava até 1988, pois os indivíduos mais ricos, que possuem uma posição social financeira de maior destaque na sociedade nunca necessitaram da utilização de um serviço público de saúde, pelo simples fato de terem condições econômicas suficientes para contratar médicos, hospitais e comprar medicamentos.

Talvez, essa lógica permitiria compreender a possibilidade de segregação da utilização do SUS ou da obrigação do Estado em garantir o direito à saúde para pessoas com maior poder aquisitivo. Entretanto, não é essa a lógica que deve imperar, pois o objetivo da constituinte, apoiado nos desejos do movimento sanitário, foi estabelecer um sistema universal e igualitário, incapaz de promover a discriminação de qualquer pessoa ao acesso à saúde, por ter ou não, maiores condições financeiras que outra.

Apenas para corroborar o raciocínio desenvolvido, além da leitura do tópico –2.1” deste trabalho, segue a posição de Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 72-73):

[...] no período que antecedeu a promulgação de nossa atual Constituição, a prestação da saúde foi concebida, em um extenso intervalo de tempo, como uma prestação previdenciária (INPS/INAMPS), de tal modo que só faziam jus ao atendimento estatal aqueles que contribuía para a previdência, gerando, assim, a segregação de um grande número [*sic*] pessoas, sobretudo as menos favorecidas (desempregadas...), que não podiam pagar a contribuição previdenciária. Assim, afirmou-se o acesso universal, segundo o qual qualquer ser humano – só por sê-lo – deve ter acesso a esses serviços. O comando normativo, entretanto, costuma gerar algumas polêmicas, sobretudo quando confrontado à possibilidade de pessoas de maior poder aquisitivo terem acesso ao sistema. Aponta-se, nestes casos, uma eventual violação da equidade, já que a saúde, como direito social, estaria voltada aos que não tem condições de arcar com o respectivo pagamento. Trata-se, contudo, de um falso dilema já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art. 196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja simultaneamente universal e igualitário. Logo, uma pessoa que possua condição econômica pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições [*sic*] igualdade com os demais cidadãos.

Nesta lógica, emana do artigo 198, inciso II, da CF/88³⁸, o princípio da integralidade da saúde, onde a garantia do direito à saúde pelo Estado deve consubstanciar para além da prestação dos serviços públicos, emergindo na criação de políticas públicas oriunda de uma alocação de recursos que preze o social e a saúde, de atualização constante dos meios de fiscalização e das normas administrativas sobre o tema, enfim, realizar todas as medidas possíveis para a garantia do direito à saúde.

Tudo dentro de uma lógica de gratuidade, ou seja, dentro da lógica prestacional de um serviço público gratuito que se sustenta através de receita oriunda de tributos prestigiando o princípio da gratuidade. Essa gratuidade não deve ser compreendida como benefício ou benevolência do Estado, pois na verdade se trata de contraprestação pautada na constituição onde se obtém o serviço gratuito através da arredação tributária.

Portanto, as opções políticas que prezam o social em detrimento do econômico são de grande importância para a criação de políticas públicas e serviços na área da saúde eficientes, pautando-se em toda a perspectiva constitucional de criação de um Estado Democrático e Social de Direito.

³⁸— Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...].” (BRASIL, 1988).

CAPÍTULO 2 COMPREENSÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E AS RAZÕES PARA UM CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Políticas Públicas

2.1.1 Compreensão e conceituação das políticas públicas

As políticas públicas indicam um termo polissêmico que se abarca em várias áreas do conhecimento. Buscar um conceito estático é ignorar sua abrangência para a sociedade e diminuir a sua capacidade de estudo, pois é necessário ter consciência que as políticas públicas tangenciam conceitos, formas e compreensões na Ciência Política, Sociologia, Antropologia, Filosofia, Administração Pública e Direito. Assim, mais valioso que desenvolver ou adotar um conceito de políticas públicas é saber lidar com suas especificidades e interferências em cada área, pois

Compreender a política pública envolve decifrar o poder que se concentra nas mãos dos atores governamentais, verificar o desenho constitucional de cada Estado no que se refere às incumbências dadas a cada qual para decidir as ações a serem praticadas e, também, aquelas que não serão consideradas. (DAL BOSCO, 2008, p. 243-244).

Não seguir esta compreensão sobre as políticas públicas aliado ao papel do Estado e todos os atores sociais envolvidos, esvazia a função social da pesquisa tornando-se mera flagelação mental sem qualquer valor para a sociedade. A atividade estatal, sobretudo na América Latina, com influências de um sistema positivo jurídico de tendências romano-germânicas, foi por longo período a base da formação do Estado, através de condutas legiferadas e presas aos textos legais.

Nesses países, incluindo o Brasil, o legalismo se tornou condição essencial da sua cultura e organização do Estado (SARAIVA, 2006), pela influência da construção de um Direito Administrativo para a Administração Pública como na França e Itália, ou relacionado com a forma sistêmica e científica na Alemanha (DI PIETRO, 2012)

A Administração Pública possui uma grande identidade com a lei, baseado na proteção da sociedade e dos indivíduos contra a intervenção abusiva dos poderes públicos, mas também a proteção dos poderes frente aos desejos individuais e coletivos na sociedade

civil (DAL BOSCO, 2008). Assim,

A visão jurídica das realidades estatais foi hegemônica durante longo período, que domina a segunda metade do século XIX e estende-se até a Segunda Guerra Mundial. A visão das ciências administrativas ou organizacionais aparece timidamente no começo do século XX e torna-se dominante nos Estados Unidos. Vai-se alastrando pelo mundo a partir dos anos 60; e é a que hoje prevalece. (SARAIVA, 2006, p. 21).

A atividade estatal se adaptou mais rapidamente as formas de governança administrativa nos países anglo-saxões, como os Estados Unidos, por causa de sua cultura jurídica baseada no *common law*, onde prevalecem os precedentes jurisprudenciais e a justiça [...] equiparou os atos jurídicos da administração aos atos privados, razão pela qual o Direito Administrativo não teve a elaboração e o aprofundamento que teve nos países latinos.”(SARAIVA, 2006, p. 22).

Quanto menos desenvolvido é o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado (DI PIETRO, 2012) e talvez essa afirmação seja o ponto de partida do desenvolvimento e aplicação das políticas públicas para o planejamento estatal. Isso porque, com um Direito Administrativo traduzido em um corpo de normas rígidas direcionadas à Administração Pública, o governo fica menos adaptável a lidar com determinadas situações que necessitam intervenções, o que um sistema estritamente legal de Administração Pública não permite. Assim, a história e desenvolvimento da Administração Pública foi mais satisfatória em terreno anglo-saxão, sobretudo o norte-americano,

Os estudos pioneiros de administração pública foram os de Woodrow Wilson, professor de Ciência Política da Universidade de Princeton e , posteriormente, presidente dos Estado Unidos. Sua preocupação, no anos próximos a 1880, era a criação de uma classe administrativa apartidária, selecionada na base do mérito, para, assim, neutralizar o nepotismo e o favoritismos que dominavam a administração pública norte-americana do século XIX. Wilson acreditava que o ‘negócio do governo é organizar o interesse comum contra os interesse especiais’. Para ele, a melhor forma de desenvolver a administração pública era tomar do *management* empresarial as normas de disciplina e de mérito na manutenção do cargo e nas promoções. (SARAIVA, 2006, p. 22-23).

O não desenvolvimento de um Direito Administrativo positivado e por vezes enraizado nas normas constitucionais de organização do Estado permitiu em terreno anglo-

saxão um intercâmbio de conceitos da ciência administrativa aplicados a ambientes empresariais para a elaboração do planejamento governamental. Aplicação impensável nos países de tradição romano-germânica como o Brasil, pelo fato de que a Administração Pública estava adstrita ao princípio da legalidade, fossilizando as alternativas governamentais em leis rígidas de pouco alcance social e impossibilitando uma administração capaz de trabalhar com variáveis de acontecimentos que necessitem uma certa liberdade para sua atuação.

Em solo norte-americano, até 1930 o administrador público era considerado apenas um mero executor de políticas e só a partir daí, com o crescimento do aparato estatal que seu conceito começa a ser compreendido como formulador de políticas públicas (FISCHER, 1984). Em meados do século XX, com a ideia de que a Administração Pública deve trabalhar com variáveis e objetivos organizacionais diferentes (SARAIVA, 2006) foi possível compreender que as políticas públicas se traduzem em processo decisório composto de inúmeras variáveis (PALLARES, 1988), ou seja, algo que se aproximava muito das realidades empresariais globalizadas que apareciam na época.

Essa gênese das políticas públicas e do planejamento estatal foi gerada através de estudos pautados na administração de empresas. Entretanto, para a imagem do Estado não ficar relacionada com a ambiência empresarial foi criada a Administração Pública como disciplina distinta (DRUCKER, 1999). A Administração Pública compreendendo a atividade estatal como dinâmica começa a desenvolver estudos pautados em técnicas políticas de governar.

No pós-segunda guerra mundial, com um cenário internacional globalizado, o âmbito estatal começa a desenvolver grandes sistemas de planejamentos governamentais, com a criação de órgãos como comissões, ministérios, corporações, destinados a elaborar planos de desenvolvimento. A máquina estatal se estrutura e a ideia de política pública emerge como base do planejamento estatal trazendo ricos conceitos derivados das transformações operadas no campo da tecnologia, da economia e da administração (SARAIVA, 2006).

[...] nossa [países ibéricos] ‘teoria’ da administração pública ficou presa entre as considerações jurídico-constitucionais (repertórios de leis e regulamentos, âmbitos de competência e jurisdição, instâncias e procedimentos formais) e as considerações administrativas menores sobre cumprimento de ordens e execução de decisões prévias. Ao aproximar a administração pública do processo decisório das políticas e da sua complexa colocação em prática, seria possível resgatar seu esquecido sentido clássico de governo, de bom governo, e poder-se-ia reconstruir a visão integral de seu objeto de estudo. (VILLANUEVA, 1992, p. 8).

O processo de política pública mostra-se como forma moderna de lidar com as incertezas decorrentes das rápidas mudanças do contexto. Começa com os esforços de alguns países europeus, do Japão, dos Estados Unidos e do Canadá para responder, de forma mais eficiente, às demandas e necessidades sociais, econômicas, políticas, etc. Portanto, a política pública pode assumir diversas perspectivas e deve ser compreendida dentro da lógica do planejamento estatal de cada governo.

Para auxiliar essa ampla compreensão do que seriam as políticas públicas, vale apresentar algumas conceituações, sem querer escolher um conceito fechado e estático, impróprio para um instituto que navega por várias áreas de conhecimento, mas tentando demonstrar as principais características que compõe uma política pública.

Nas palavras de Saraiva (2006, p. 28-29):

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. [...] Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ação ou omissão, preventiva ou corretiva, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.

De forma geral, para Bucci (2002, p. 241) —Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” Ainda, para Grau (2008, p. 21) —A expressão políticas públicas designa todas as atuações do estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”.

As políticas públicas podem ser econômicas ou sociais, devendo ambas contemplar os preceitos constitucionais, pois terão influencia direta na sociedade —[...] com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos.” (APPIO, 2006, p. 136).

As políticas públicas, como se observa, nunca irão possuir um conceito estático e pré-determinado, mas compreendê-las com alguns elementos básicos como processos

decisórios’, _objetivos de grupos da sociedade’, _planejamento’, _alocação de recursos’, são essenciais para vislumbrar o universo que caminham.

Algumas características básicas indicadas pelos dicionários de ciência política e descritos por Saraiva (2006, p. 31) são a identificação dos seguintes componentes das políticas públicas:

[...] a) institucional: a política é elaborada ou decidida por autoridade formal legalmente constituída no âmbito da sua competência e é coletivamente vinculante; b) decisório: a política é um conjunto-sequência de decisões, relativo à escolha de fins e/ou meios, de longo ou curto alcance, numa situação específica e como resposta a problemas e necessidades; c) comportamental, implica ação ou inação, fazer ou não fazer nada; mas uma política é, acima de tudo, um curso de ação e não apenas uma decisão singular; d) causal: são os produtos de ações que têm efeitos no sistema político e social.

Um universo interdisciplinar deve ser compreendido pelos juristas como necessário para estudá-las e entendê-las, como assevera Bucci (2006, p. 2):

[...] definir as políticas públicas como campo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade. Alguns institutos e categorias jurídicas tradicionais, hoje despidos de seu sentido legitimador original, buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. Ter-se firmado como campo autônomo, dotado de _objetividade’ e _cientificidade’ – desafios do positivismo jurídicos - , é um objetivo até certo ponto realizado pelo Direito, o que permite a seus pesquisadores voltar os olhos às demandas sociais que fundamentam a construção das formas jurídicas.

Portanto, a compreensão interdisciplinar das políticas públicas constitui pré-requisito para estudá-las e isso fica evidente com a infinidade de faces e ramos de atuação que ela pode se engendrar.

Neste sentido, Villanueva (1992, p. 22):

[...] política pode denotar várias coisas: em campo de atividade governamental (políticas de saúde, educacional, comercial), um propósito geral a ser realizado (política de emprego estável para os jovens), uma situação social desejada (política de restauração de centros históricos, contra o tabagismo, de segurança). Uma proposta de ação específica (política de reflorestamento dos parques nacionais, de alfabetização de adultos), uma norma ou normas que existem para determinada problemática (política, econômica, energética, urbana), um conjunto de objetivos e programas de

ação que o governo tem em um campo de questões (política de produtividade agrícola, de exportação, de luta contra a pobreza). Ou a política como produto e resultado de específica atividade governamental, o comportamento governamental de fato (a política habitacional conseguiu construir n número de casas, a política de emprego criou n postos de trabalho), o impacto real da atividade governamental (diminuição do crime urbano, aumento da conclusão do ciclo básico de estudos, diminuição dos preços ao consumidor, redução da inflação), o modelo teórico ou a tecnologia aplicável em que se sustenta uma política governamental (política da energia, política de renda regressiva, política de ajuste e estabilização).

É possível conceber que, as políticas públicas são a base do planejamento governamental e devem estar pautadas nas necessidades do Estado e da sociedade, condicionada a matéria constitucional, não apenas na acepção jurídica, mas social e política, fomentando a construção de uma verdadeira sociedade justa, livre e igualitária, não havendo espaço para criação de políticas públicas em moldes neoliberais destoantes do programa constitucional brasileiro de criação de um Estado Democrático e Social de Direito.

2.1.2 A formação das políticas públicas

As políticas públicas como parte do planejamento governamental trabalham com processos decisórios e alocação de recursos, que devem ser pautados nas necessidades da sociedade, como forma de buscar a concretização dos preceitos constitucionais em busca de uma sociedade mais digna e igual. Esses aspectos remontam sua compreensão material, mas é necessário verificar os passos de sua formulação dentro do processo político e demonstrar o complexo processo para a formação de uma política pública.

Há inúmeras teorias sobre o processo de formulação de políticas públicas (SOUZA, 2006), existindo vários modelos que indicam uma grade sequencial que compõem as etapas de sua criação. Em cada estágio da política pública é possível observar a delimitação de seus atores e ações a serem empreendidas.

Dentre alguns modelos de formulação de políticas públicas podemos destacar o que levam em conta o “tipo da política”, o “incrementalismo”, o “ciclo das políticas públicas”, o “garbage can ou lata de lixo”, o de “condição de defesa” (*advocacy coalition*), de “Arenas Sociais”, de “equilíbrio interrompido” e os influenciados pelo “novo gerencialismo público e pelo ajuste fiscal” (SOUZA, 2006).

Capella (1996) trouxe para o Brasil a teoria cíclica denominada *Multiple Streams Model* de John Kingdon, apresentada em sua obra *Agendas, alternatives, and public policies*.

Tal teoria se baseia em questões ligadas mais ao processo decisório e aponta quatro processos na formação das políticas públicas: (i) o estabelecimento de uma agenda de políticas públicas (*agenda setting*); (ii) a consideração das alternativas para a formulação de políticas públicas (*policy stream*); (iii) a escolha dominante entre o conjunto de alternativas disponíveis; e (iv) a implementação da decisão (CAPELLA, 1996).

Medauar (2012, p. 181) identifica cinco fases básicas do processo de formulação das políticas públicas:

[...] a) identificação do problema e sua inserção na agenda governamental; b) formulação do plano ou programa ou estratégia para sua solução (p. ex.: quais métodos, meios, atores, prazos etc.); c) previsão e alocação de recursos financeiros e provisão de outros recursos; d) implementação; e) análise dos resultados e, se for o caso, encerramento do programa ou projeto.

Saraiva (2006) em divisão próxima a apresentada por Medauar (2012) além de identificar as fases, as explica no processo de formulação de políticas públicas.

Em um primeiro momento denominado “agenda” o poder pública identifica determinado pleito e o insere em uma lista de prioridades, ou seja, “inclui na agenda” governamental determinados fatos sociais que veem a ser interpretados como problemas públicos.

Observa-se que essa fase está ligada a processos de uma identificação prévia dos problemas, ligados à pressões sociais e/ou evidentes problemas que são perceptíveis pelo Poder Público, sendo ele o responsável por conceder importância ou não para determinada questão.

Desta feita, segue a importância da representação popular, sociedade civil e outros atores sociais para forçar ou, ao menos, demonstrar para o Poder Público as áreas mais carentes e os problemas mais latentes a serem resolvidos.

Em segundo, inicia-se a fase da elaboração da política, que consiste na identificação real e análise do problema suscitado, avaliando possíveis alternativas para a sua solução ou satisfação, bem como avaliando e estabelecendo custos, consequências e prioridades.

Consistente em um processo técnico e interdisciplinar, a elaboração e planejamento de uma política pública deve significar a escolha de medidas capazes de solucionar ou amenizar o problema encontrado no seio da sociedade, pelo menos em uma perspectiva de objetivos constitucionais, como no caso do Estado brasileiro.

Em terceiro, tem-se a formulação da política, que consiste na seleção da alternativa mais razoável dentre as avaliações realizadas nas fases anteriores, estabelecendo objetivos, marco jurídico, administrativo e financeiro.

Em quarto, segue o procedimento de implementação, iniciando uma fase real de planejamento, através da organização do aparelho administrativo, recursos humanos, financeiros e materiais necessários para a execução da política pública. É nesta fase que se coloca em prática a política idealizada.

Em quinto, ocorre a execução da política, baseado em um conjunto de ações que visam alcançar os objetivos estabelecidos realizando a política pública.

Em sexto e sétimo, tem respectivamente as fases de acompanhamento e avaliação, através de um processo de supervisão da execução da política e sua constante avaliação dos efeitos produzidos na sociedade.

Por óbvio, que os esquemas mencionados servem para visualizar de forma didática a formulação de uma política pública, pois o procedimento não é linear como parece, existindo intervenções e inversões em cada parte do processo de criação, mas, obrigatoriamente, as fases citadas estarão presentes mesmo que fora da ordem citada. O processo de formulação é complexo e com interações das mais diversas áreas do conhecimento. Essa é a percepção que os pesquisadores e profissionais da área do Direito deve possuir ao lidar com políticas públicas.

2.1.3 Políticas públicas e o Estado Democrático e Social de Direito Brasileiro

Afirmar que as políticas públicas devem obedecer as diretrizes constitucionais parece óbvio e, *prima facie*, desnecessário desenvolver qualquer análise sobre tal perspectiva. No entanto, é importante destacar que a cultura histórica, social e jurídica brasileira sempre pretendeu construir e garantir mais os direitos individuais do que os sociais e isso se seguiu mesmo com o advento do atual texto constitucional em 1988, por causa da orientação neoliberal de política a ser seguida no país. Neste viés, cabe relacionar tal perspectiva com o que foi desenvolvido sobre a compreensão e a formulação das políticas públicas.

As políticas públicas envolvem um processo de formulação complexo e sua conceituação é difícil, porém, compreender que as políticas públicas podem servir para qualquer objetivo governamental é teoricamente simples. Isso porque, as políticas públicas podem ser direcionadas para qualquer setor da sociedade como economia, indústria, comércio,

saúde, educação, meio ambiente, etc., e quem faz essas escolhas e prioriza determinadas áreas em detrimento de outras é o governo.

Dessa forma, compreender que as políticas públicas apresentam uma característica de ambivalência na sua formação, que pode transmutar em favorável ou desfavorável para a sociedade, é fator essencial para diagnosticar tamanhas incoerências sociais de conhecimento notório no cenário brasileiro.

Essa característica ambivalente da técnica de formação das políticas públicas deve ser condicionada aos objetivos e princípios constitucionais, aliados ao projeto de constituição de um Estado Democrático e Social de Direito, nos moldes já apresentados, buscando na compreensão histórica e social das normas constitucionais junto com as necessidades evidentes de uma sociedade desigual o desenvolvimento de políticas que façam prevalecer direitos sociais, a fim de buscar uma concreta igualdade. Tal fato, representa a finalidade das políticas públicas no cenário político, social e jurídico brasileiro, pois ela não pode servir a interesses individuais de governantes descomprometidos, preocupados com a manutenção de uma rede de poder e capital que não busca a prevalência do desenvolvimento de um Estado Democrático e Social de Direito.

Nesta compreensão, cabe pautar que a discricionariedade existente na elaboração das políticas públicas deve estar condicionada as disposições constitucionais e as reais necessidades da população brasileira, como será desenvolvido no próximo tópico.

2.1.4 A relação entre discricionariedade, políticas públicas e sociedade

A Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, ante a existência do princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas, significando que os atos são vinculados à lei e a autoridade não pode ultrapassar os limites que a lei, sob pena de constituir ilegalidade (DI PIETRO, 2007, p. 196).

No entanto, há casos que autorizam a Administração Pública utilizar uma certa discricionariedade, pois não são especificamente delineados pela lei, cabendo a governança realizá-los conforme sua própria convicção, é \rightarrow campo das políticas públicas [que] é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa.” (DAL BOSCO, 2008, p.

385), mas atos discricionários, como as políticas públicas, embora não vinculados estritamente a lei, devem obedecer a pressupostos para atingir uma finalidade social adequada. Assim, Bandeira de Mello (2008, p. 48) afirma que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez, das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Nessas lições, é observado que o poder discricionário da administração deve escolher opções adequadas à satisfação da finalidade legal, mas deve-se entender este conceito como finalidade constitucional ou finalidade dos direitos fundamentais, pautados nas reais necessidades da sociedade, nos ditames já desenvolvidos neste trabalho. Assim, as disposições constitucionais e as necessidades da sociedade devem ser o elemento norteador para o ato discricionário, principalmente e quase exclusivamente as relativas aos direitos fundamentais. – Θ Estado não possui discricionariedade na efetivação dos direitos fundamentais. Estes estão imperativamente previstos na Constituição e não estão sujeitos a qualquer análise de conveniência e oportunidade quanto à sua concretização.” (FAZOLI;RIPOLI, 2008, p. 15).

Portanto, há necessidade em pautar escolhas que satisfaçam as necessidades básicas de população como saúde, transporte, educação, moradia, ou seja, não há espaço na lógica constitucional brasileira para contrapor objetivos sociais que buscam a igualdade material com objetivos estritamente individuais que vislumbram o enriquecimento do poderio político e do capital.

Assim, para Dal Bosco (2008, p. 373)

[...] discricionária é aquela tomada entre duas ou mais soluções, todas da mesma forma válidas conforme o Direito. Logo, o poder discricionário funda-se em dois argumentos: a natureza daquilo sobre o que se decide – critério da importância e critério da dificuldade técnica ou valorativa – e a posição institucional da Administração, para a qual, o ordenamento constitucional atribui uma função configuradora da ordem social. Não se pode tomar a discricionariedade como um pretexto para decisões ineficientes, sejam as que não atendam, ou que atendam de forma deficiente ao interesse público implícito na finalidade legal.

Conclui-se que a discricionariedade merece ser respeitada, mas condicionada aos interesses sociais e aos preceitos constitucionais, como já desenvolvido neste trabalho.

2.2 A Política Pública de saúde no Cenário brasileiro: perspectivas teóricas e práticas

Cada política pública apresenta âmbitos de influência e intervenção social muito específicos e para aproximar os objetos de estudo sobre a 'judicialização da saúde' e o 'controle judicial de políticas' públicos é imperioso trazer as mínimas perspectivas teóricas que formam o atual sistema de saúde brasileiro.

A política pública de saúde foi incorporada na constituição brasileira de 1988 através dos esforços empreendidos pelo movimento sanitário na busca de um sistema único de saúde que prezaria pela universalidade, integralidade, gratuidade e equidade. Portanto, através desta lógica sanitaria que nasce o SUS – Sistema Único de Saúde na Constituição da República Federativa do Brasil e os próximos tópicos serão responsáveis por refletir normativamente a estruturação desse sistema.

2.2.1 O Sistema Único de Saúde e sua perspectiva constitucional

O sistema de saúde possui uma natureza híbrida perfazendo-se em público e privado, o primeiro formado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e o segundo também conhecido como sistema de saúde suplementar. O SUS, uma política pública positivada no texto constitucional, derivada dos anseios e lutas sociais promovidas pelo movimento sanitário, apresenta sua conformação básica entre os artigos 196 e 200 da CF/88 e no plano infraconstitucional vem disciplinado pelas Leis n.º 8.142/90 e 8.080/90, além de inúmeras portarias, resoluções e demais normativas administrativas do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), entre outros órgãos administrativos.

O objetivo deste tópico é apresentar o desenho normativo básico do SUS avaliando se sua formatação está de acordo com os anseios sociais que impulsionaram sua criação na constituinte e se as normas posteriores (em especial a Lei n.º 8.080/90) se apresentam também compatíveis neste contexto social que se tornou também jurídico-constitucional. Neste primeiro momento, vale tecer algumas impressões sobre o SUS na constituição.

Ao avaliar as disposições contidas entre os artigos 196 e 200¹ é possível observar que no plano abstrato normativo o texto constitucional apresenta em quase sua inteireza conformidade com os anseios sociais que impulsiona a criação do SUS. Neste sentido, basta observar a colocação dos princípios da fundamentalidade, universalidade e igualdade, integralidade, responsabilidade estatal e gratuidade no contexto constitucional, através de uma rede hierarquizada e regionalizada

¹ –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. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I – os percentuais de que trata o § 2º; II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.” (BRASIL, 1988).

Interessante observar que a política pública de saúde única da constituição não se resolve apenas na caracterização de prevenção e prestação de serviços de saúde em específico, alcançado toda uma sistemática que envolve as clássicas questões sanitárias, o direito à alimentação, saneamento básico, desenvolvimento de tecnologias, entre outros, nos ditames do artigo 200².

O ponto nevrálgico que caminha a curtos passos para uma solução é o problema do financiamento da saúde. Até 1993 o Ministério da Saúde recebia recursos do Ministério da Previdência Social ligado ao extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), desta forma, como não havia definição constitucional de qual o percentual de aplicação dos recursos para a saúde, comprometeu-se de forma impactante o desenvolvimento regular das diretrizes constitucionais e formação do Sistema Único de Saúde.

Aliada a lógica da política neoliberal da época, o novo projeto para a saúde brasileira via-se enfraquecido pela ausência de valores financeiros capazes de vincular um projeto coerente para todo o território nacional. Neste cenário, surgem novas pressões sociais para estabelecer um plano orçamentário normativo constitucional capaz de vincular de maneira obrigatória os valores que deveriam ser dispensados à saúde foi criada a Proposta de Emenda Constitucional 169 (PEC 169) que vem a ser votada e aprovada apenas no ano 2000, se tornando a Emenda Constitucional n.º 29, que foi capaz de estabelecer, em suma, a obrigação de dispensação de recursos mínimos para a área da saúde, envolvendo todos os

² Neste ponto, é importante destacar a amplitude que perfaz a política pública de saúde no Brasil. Assim, ela se traduz em uma complexa rede de ações e programas que dificilmente poderia ser tratada com satisfação nesta dissertação. Mapelli Júnior, Coimbra e Matos (2012, p. 31-41) apresentam cerca de 31 normas, entre leis, portarias, resoluções, decretos, que dispõem sobre algum ponto da política de saúde. Além do artigo 200, da CF/88, apresentado, a Lei n.º 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, apresenta no inciso I, de seu artigo 6º, um rol não taxativo do que constitui o campo de ação do SUS, entre eles há saúde do trabalhador, vigilância nutricional e segurança alimentar, colaboração na proteção do meio ambiente, entre outras: —Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.” (BRASIL, 1990). Evidente a variada quantidade de ações políticas possíveis no campo da saúde, o objetivo deste tópico é exatamente demonstrar essa complexa rede que se forma e dar respaldo, nas próximas partes, para a necessidade do Poder Judiciário se reestruturar para conceber a difícil compreensão de todo esse emaranhado de possíveis e, por vezes, existentes políticas.

entes da federação³.

Como se não bastasse os quase dez anos para aprovação da Emenda Constitucional n. 29, sua regulamentação por lei complementar, se deu apenas em 2012 pela Lei Complementar n.º 141 (BRASIL, 2012a), ou seja, aproximadamente 20 anos para implantar integralmente a primeira sistemática de financiamento do SUS. Direitos necessitam de 'dinheiro' e são 'custosos' e os recursos são ditos como 'escassos', logo a preocupação política do Estado brasileiro deveria estar em privilegiar a construção de direitos sociais e a proposta de um SUS efetivo e não deixando a imposição de marcos normativos de regulação mínima do orçamento para projetarem-se em longo tempo, desprestigiando o projeto constitucional normatizado pelos anseios das lutas do movimento sanitário.

Neste sentido, segue a crítica colocada por Jatene (2010, p. 51-52):

O problema do setor público de saúde começou em 1990, quando os grandes hospitais do Rio de Janeiro, que eram os melhores do país, passaram a trabalhar com o que lhe pagava o Sistema Único de Saúde, que, sabidamente, não cobre o custeio. Os prédios se deterioraram, os equipamentos ficaram obsoletos... Tivemos a suprema vergonha de ver o Hospital da Marinha montar barraca de campanha na porta do Hospital Souza Aguiar, que era o maior serviço de emergência que havia no País, para atender afetados pela dengue. O Hospital Universitário, em Niterói, que era uma beleza, está degradado. Assisti, pela televisão, um médico sugerir que se implodisse o hospital porque não tinha mais solução... Até 1990, quem sustentava a assistência médica hospitalar era a Previdência Social. De repente a Previdência se retirou e não foi posto nada no lugar... Estamos subindo devagar, mas não conseguimos compensar. Precisamos urgentemente regulamentar a Emenda Constitucional 29 e precisamos de recursos que venham nos ajudar.

No plano normativo teórico a incompatibilidade de maior relevância na sistemática do SUS foi a referida ausência de patamares mínimos para aplicação na saúde.

Após longos anos de espera, a Lei Complementar n.º 141 de 2012 (BRASIL, 2012a), estabeleceu tais patamares. Assim, ao menos, no plano normativo a questão dos recursos para a saúde foi regulada, mas, falta relacionar como estão sendo dispostos tais recursos, como a União dispõe tais recursos que serão divididos entre União, Estados, Distrito

³ Neste sentido, Mapelli Júnior, Coimbra e Matos (2012, p. 83) destacam que “[...] em face da pressão social, parlamentares comprometidos com a saúde pública, liderados pelo Deputado Federal Eduardo Jorge, elaboraram em 1993, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 169), visando estabelecer na Constituição Federal a vinculação de recursos definitivos e suficientes para a saúde. Em setembro de 2000, a referida PEC foi votada e aprovada, transmutando-se na Emenda Constitucional n.º 29, que deu nova estrutura normativa ao artigo 198 da Constituição Federal. Pelo que se observa da leitura do § 2º do referido artigo União, Estados, Distrito Federal e Municípios ficaram obrigados a aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre os produtos de suas arrecadações.”

Federal e Município⁴.

Em geral, o plano constitucional foi capaz de sistematizar minimamente as principais pretensões do movimento sanitário e, além dos princípios já apresentados, também foi capaz de incluir no artigo 198 a criação de uma rede única, regionalizada, hierarquizada e descentralizada, pautada na participação da sociedade. Diretrizes do SUS que serão a seguir apresentadas.

2.2.2 Diretrizes do Sistema Único de Saúde

2.2.2.1 A unicidade

A base do SUS ao lado dos princípios da fundamentalidade, universalidade e igualdade, integralidade, responsabilidade estatal e gratuidade é a unicidade do sistema⁵, pois estabelece a necessidade de articulação una de todos os serviços na área da saúde, dentro de uma lógica organizada, para evitar disparidades sociais. Sem essa diretriz não seria possível falar em Sistema Único de Saúde, pois não haveria a possibilidade de formatação de uma política pública una e para todo o cenário brasileiro, pautada em uma lógica de cooperação federativa.

Essa lógica de cooperação federativa se perfaz na possibilidade de procurar a complementaridade de tratamentos e possibilidades dentro do SUS. Por exemplo, em cidades muito pequenas onde seria impossível a manutenção de determinado atendimento ou tratamento de saúde, qualquer indivíduo pode suprir a ausência de tal serviço em uma cidade vizinha, se o sistema não fosse uno e operasse nessa compreensão de cooperação federativa, tal medida seria, *prima facie*, impossível.

Outro fator importante da diretriz da unicidade é

⁴ Vide: –Art. 6º Os Estados e o Distrito federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea –a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios, [...] Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15 (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os art. 158 e a alínea –b” do inciso I do caput e o §3º do art. 159, todos da Constituição federal. { Art. 8º O Distrito federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.” (BRASIL, 2012a).

⁵ Neste sentido: –A idéia de sistema, nesta passagem, expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços etc.) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde. A afirmação constitucional está imbuída, portanto, de vários significados, dentre outros, o de que todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde integram o sistema único.” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 77).

[...] impedir a instrumentalização do sistema único pelo privado, proibindo que o paciente recorra ao sistema público exclusivamente para obter medicamentos, exames clínicos e tratamentos cirúrgicos prescritos por médicos particulares. (SOUZA, 2011, p. 167).

Esta compreensão é necessária para evitar possíveis abusos perpetrados por planos de saúde privados que se isentam de suas obrigações e transmitem ao Estado a função de suprir sua premeditada inadimplência.

2.2.2.2 A regionalização e a hierarquização

A diretriz da regionalização e a da hierarquização do SUS se encontram no artigo 198 da CF/88 e devem ter compreensão conjunta. A ideia de regionalizar o sistema de saúde é de estabelecer a organização por circunscrições territoriais, a fim de orientar as necessidades e possibilidades de conduzir a política de saúde pela particularidade de cada região.

Um exemplo dessa organização regionalizada é a formação de Departamentos Regionais de Saúde (DSR) divididos em cada Estado da federação por regiões, assim, no Estado de São Paulo temos 17 DSR's que subordinados à Coordenadoria de Regiões de Saúde, “[...] coordenam as atividades da Secretária de Saúde no âmbito regional.” (MAPELLI JÚNIOR; COIMBRA; MATOS, 2012, p. 50).

Hierarquização do sistema significa a distribuição do atendimento em diferentes níveis de complexidade que são basicamente divididos em: i) primários, considerados de pequena complexidade como primeiras consultas, curativos, etc.; ii) secundários, que apresentam um grau de complexidade intermediário, representados por pequenas cirurgias, o engessamento de um braço, etc.; e, iii) terciário, que são de alta complexidade, exemplificados como uma ponte de safena, tratamento de uma infecção generalizada, entre outros (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 83).

Essa compreensão do significado das diretrizes apresentadas é essencial para lidar com o SUS, pois há necessidade de otimizar a sua utilização dentro desses padrões estabelecidos para evitar abusos e prejuízos a própria política. A hierarquização ocorre para possibilitar a criação de grandes centros de referência, onde determinadas moléstias devem ser tratadas, portanto, o uso de unidades que possuem tratamentos mais complexos

como as de nível secundário e terciário deve ser limitado para suas específicas funções⁶.

2.2.2.3 A descentralização

A descentralização do sistema é uma diretriz que aponta a necessidade de organização nas atribuições de cada ente, ou seja, impõe a responsabilidade de cada ente na política única de saúde. Sua disposição está no inciso I, do artigo 198, da CF/88, e apresenta apenas uma condicionante organizativa, pois todos os entes são responsáveis comum e solidariamente na promoção da saúde nos ditames do artigo 23, inciso II, da CF/88, o que reforma a noção de cooperação federativa.

A descentralização impõe uma organização administrativa do sistema cujo principal objetivo é a criação de uma “[...] direção única em cada esfera do governo.” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 84), assim, o município é responsável direto pela prestação do serviço, independentemente de qual ente seja a entidade que se opera o SUS⁷, pois sua proximidade com a população possibilita, em tese, uma melhor perspectiva de atendimento pautado nas necessidades específicas de cada região.

Tal organização descentralizada, determinando a responsabilidade de cada ente federativo no sistema de saúde, pode ser observada nas disposições dos artigos 15 ao 19 da Lei n.º 8.080/90⁸ (BRASIL, 1990^a), responsável por organizar no plano infraconstitucional a política única de saúde disposta no texto constitucional.

⁶ Desta forma: —A diretrizes da hierarquização e da regionalização devem ser bem compreendidas e podem servir como importantes filtros a serem utilizados no momento da adjudicação individual e coletiva de bens sanitários [...]. Isso porque dois corolários da idéia de hierarquização e regionalização (diretamente relacionados com a economicidade dos recursos) são: i) a construção de um sistema de atendimento afunilado, que induza o paciente a ter contato inicial com o nível primário de atendimento (a grande porta de entrada no sistema) para que a partir daí seja possível o seu encaminhamento para níveis mais complexos (que possuem demanda decrescente e custo crescente em relação ao nível primário); e ii) a disponibilização seletiva de níveis de atendimento secundário e terciário em centro regionais capazes de atender à demanda de vários pequenos municípios, priorizando a alocação de recursos no nível primário de atendimento.” (SOUZA, 2011, p. 168).

⁷ Neste sentido, é o artigo 7º, inciso IX, alínea “a”, da Lei n.º 8.080/90: —Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;” (BRASIL, 1990a).

⁸ É possível observar que o artigo 15 se refere a obrigações administrativas comuns a todos os entes federados, como definição de instâncias de controle, avaliação e fiscalização de ações de saúde, elaboração de normas técnicas, padrões de qualidade, entre outros, o artigo 16 apresenta as competências da União que, em suma, pautam no desenvolvimento de políticas públicas nacionais, programas de fiscalização e apoio financeiro para os Estados, Distrito Federal e Municípios, o artigo 17 é responsável por dispor sobre as competências Estaduais, que em regra repetem as disposições do artigo 16, mas com foco em promover a descentralização para os municípios, que segundo as disposições do artigo 18, é o ente federado que efetivamente tem contato direto com a população, pois é responsável pela execução dos serviços públicos de saúde. Por fim, o artigo 19 determina que o Distrito Federal tenha as competências dos Estados e dos Municípios.

Ao analisar os artigos observa-se no artigo 18, da referida legislação, que a função prestacional, em sentido estrito, fica para o município e o Estado e a União atuam em um plano genérico, administrativo, organizativo e financeiro. Desta feita, sob pena de sobrecarregar demasiadamente os municípios há a necessidade de compreender que a diretriz da descentralização da saúde não significa desonerar os demais entes de eventuais responsabilidades prestacionais vinculadas ao município. No entanto, é possível afirmar a existência de uma municipalização da saúde.

É importante destacar que essa diretriz de descentralização se substancia em um processo, dinâmico por natureza, o que significa que a efetivação dele não implica resultados estáticos, mas a qualificação de uma dinâmica de funcionamento que objetive o repasse de responsabilidades e recursos para o Município. Dentro desse dinamismo, admitem-se, por evidente, retrocessos. Assim, caso um Município não esteja realizando adequadamente o esperado atendimento integral da população, nada impede, antes aconselha, que o Estado assuma a gestão desses recursos, até que haja uma normalização do atendimento. A mesma lógica se aplica na relação entre a União e os Estados. (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 86-87).

A descentralização é interessante para conformação das diretrizes da hierarquização e descentralização, bem como para manter uma qualidade a prestação do serviço público de saúde pela proximidade que o município tem da população, porém, para não sobrecarregar a municipalidade e desonerar os demais entes federativos, deve ser compreendida a existência de responsabilidade comum e solidária existente entre todos, para uma satisfatória promoção dos serviços da saúde.

2.2.2.4 Participação da sociedade

A diretriz da participação da sociedade no SUS representa um fundamento muito importante, perfazendo uma das principais reivindicações das lutas sociais do movimento sanitário.

A participação da sociedade é garantida normativamente pelo artigo 198, inciso III, CF/88, (BRASIL, 1988) ao dispor que constitui diretriz do SUS a participação da comunidade e sua matéria é tão importante que se apresenta regulamentada

infraconstitucionalmente em legislação própria, a Lei n.º 8.142/90⁹ (BRASIL, 1990b).

A participação comunitária na política de saúde afirma a lógica dos fundamentos e objetivos constitucionais, sacramentando o projeto de construção de um Estado Democrático e Social de Direito. Essa participação se perfaz através das conferências de saúde e Dos conselhos de saúde e constitui ferramenta essencial para a formação de novas políticas e aprimoramento das já existentes.

É perceptível a influência dos anseios sociais do movimento sanitário antes de 88 e sua canalização na VIII Conferência Nacional da Saúde, no atual texto constitucional e na normativa legal, buscando garantir de maneira legiferante a participação comunitária. A participação não é apática, pois tem poder de deliberação, ou seja, decisão. Desta forma, traduz-se em importante instrumento democrático para continuar a luta sanitária anterior a constituição, visando, além da garantia abstrata normativa, mas se perfazendo em normativa efetiva na sociedade.

A participação da sociedade deve ser ampla, todos os assuntos que diretamente ou indiretamente influenciem nas políticas públicas de saúde estão aptos a interferência da sociedade seja por audiências públicas, organizações da sociedade civil, entre outros. E tal fundamentação é baseada no próprio contexto constitucional que saúda o princípio democrático através de toda a projeção de criação de um Estado Democrático e Social de Direito, bem como na normativa constitucional do inciso III, do artigo 198 e dos anseios propugnados nas lutas do movimento sanitário.

⁹ A Lei n.º 8.142/90 trata da participação da sociedade na área no SUS em seu artigo 1º: —Atr 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. § 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. § 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.” (BRASIL, 1990b)

2.3 As razões para um controle de políticas públicas na área da saúde

As políticas públicas estão presentes na organização estatal como mecanismos administrativos de planejamento governamental através de processos decisórios que deveriam visar as necessidades da sociedade e cumprir seus objetivos constitucionais.

No plano abstrato normativo, apresentado no tópico anterior, ficou demonstrado que de uma forma geral a política pública de saúde criada na constituição e dissipada em diversas normas infraconstitucionais, em especial as Leis n.º 8.080/90 e n.º 8.142/1990, se apresenta em conformidade com a pretensões da sociedade brasileira. Também é certo que a política pública de saúde sofreu positivas e significativas mudanças de grande notoriedade ao se comparar com o sistema segregatório existente antes da CF/88.

No relatório brasileiro apresentado à Revisão Periódica Universal (RPU) de 2012, da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁰, trouxe interessantes informações sobre essa transformação ao apontar vários pontos positivos da saúde brasileira, como se retrata a seguir:

30. O Brasil tem investido no modelo de atendimento integral e multidisciplinar, proporcionado, entre outros, pela Estratégia de Saúde da Família (ESF). Presente em 5.290 municípios e com cobertura de 52,6% da população brasileira, a ESF foi primordial para a redução da mortalidade e desnutrição infantil e da gravidez na adolescência, assim como para ampliar a cobertura vacinal. Estima-se que, nos últimos três anos, mais de 126 mil internações hospitalares tenham sido evitadas graças à ESF.

31. Ainda, a fim de fortalecer as ações de atenção à saúde do bebê e de promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, em 2011, foi lançada a Rede Cegonha, com orçamento de R\$ 9,4 bilhões. A Rede consiste em um conjunto de medidas para garantir a 61 milhões de brasileiras em idade fértil um atendimento adequado, seguro e humanizado por meio do SUS.

32. O Governo instituiu ainda, em 2011, o Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da

¹⁰Segundo o sítio da Organização das Nações Unidas (UNITED NATIONS, 2012, tradução nossa) —A Revisão Periódica Universal (RPU) é um processo único, que envolve uma revisão dos registros de direitos humanos de todos os Estados membros da ONU . O RPU é um processo de direcionamento Estatal, sob os auspícios do Conselho de Direitos Humanos, que oferece a oportunidade para que cada Estado demonstrar ações tomadas para melhorar a situação dos direitos humanos em países e para cumprir as suas obrigações de direitos humanos. [...] O RPU foi criado através da Assembléia Geral da ONU em 15 de março de 2006 pela resolução 60/251, que estabeleceu o próprio Conselho de Direitos Humanos. É um processo cooperativo que, até outubro de 2011, tem sido revisados os registros de direitos humanos de todos os 193 Estados-membros das Nações Unidas . Atualmente, nenhum outro mecanismo universal deste tipo existe. [...] O objetivo final deste mecanismo é melhorar a situação dos direitos humanos em todos os países e diminuir as violações dos direitos humanos onde quer que ocorram.”

Mortalidade Materna, no âmbito da Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM), coordenada e executada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, com a finalidade de garantir a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade da atenção à saúde materna, notadamente nas gestações de risco.

33. Cumpre destacar, também, o lançamento em fevereiro de 2011 do Programa Saúde Não Tem Preço, que garante acesso gratuito a medicamentos de hipertensão e diabetes à população brasileira. Atualmente, os remédios são distribuídos por mais de 20 mil farmácias, que já atenderam a 7,8 milhões de pessoas. Outros 14 tipos de medicamentos também são oferecidos com até 90% de desconto para tratamento de doenças como asma, rinite, mal de Parkinson e glaucoma, além de fraldas geriátricas e anticoncepcionais.” (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2012)

Tal cenário se demonstra razoavelmente plausível e induz uma falsa impressão de que o governo brasileiro está cumprindo com excelência e de maneira satisfatória, na área da saúde, o projeto constitucional de um Estado Democrático e Social de Direito. No entanto, a realidade retratada na sociedade brasileira demonstra que a saúde pública possui graves problemas que não necessitam de grandes esforços científicos para se exemplificarem, basta procurar o retrato diário de notícias vinculadas aos diversos meios de comunicação para comprovar as grandes dificuldades da saúde no cenário brasileiro e a distância das normas do sistema único com os fatos¹¹.

Segundo pesquisa do IBGE o Brasil divide a saúde entre pobres e ricos, apresentando melhores condições em regiões economicamente mais fortes como o Sudeste do que em regiões mais carentes como o Nordeste, evidenciando a clareza da desigualdade que contraria os princípios e diretrizes da política pública de saúde (IBGE..., 2010).

Pessoas frequentemente morrem nas filas de hospitais por ausência de leitos, médicos e insumos básicos para o atendimento na saúde. O retrato dessas pessoas se perfaz na carência e hipossuficiência, contrariando o projeto constitucional de 1988 ao fazer permanecer um sistema segregatório na área da saúde¹². Apesar da desigual realidade,

¹¹Não se pretende fazer um mapeamento da saúde brasileira e apontar todos os seus problemas, mas apenas evidenciar o óbvio, que é o caos da saúde pública, responsável por afetar a todos, principalmente os mais necessitados. Neste sentido: —Embora seja, dentre os chamados países em desenvolvimento, um país com uma economia forte, com um PIB entre os quinze maiores do planeta, o Brasil é ao mesmo tempo um país que, na área social, padece de todos os problemas característicos dos países não-desenvolvidos. Sua já conhecida desigualdade social piora ainda mais o quadro, fazendo com que a imensa maioria da população dependa completamente da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia.” (SILVA, V. A., 2008, p. 587).

¹²Neste sentido, seguem as notícias: i) —[...] Prefeita de Ribeirão Preto-SP admite caos na saúde [...] Entre os exemplos encontrados pela prefeita em sua visita estão pacientes há cinco dias em macas esperando internação e outros que precisaram, segundo ela, levar lençol de casa para serem utilizados em suas camas [...] O principal gargalo da saúde na cidade é a ortopedia, especialidade que responde por 32% dos atendimentos nas unidades.

o Brasil se apresenta como o país que menos investe em saúde em relação aos países latino-americanos¹³.

Com esse breve retrato do Brasil, que mostra a disparidade entre o plano jurídico-formal da realidade social, é possível compreender a necessidade de um controle das políticas públicas que se apresente coerente com os planos político e jurídico brasileiro.

A necessidade de controlar as políticas públicas constitui tarefa normal e devida pela sociedade para obrigar o governo a linear suas ações em consonância com os anseios sociais, buscando a garantia do direito à boa administração

[...]eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2009, p. 22).

O direito a boa administração pública leva a crer que os poderes governamentais devem utilizar sua discricionariedade, levando em conta os preceitos do texto constitucional, para propiciar a concretização dos direitos fundamentais no meio social. A política pública em si, por ser obra de um planejamento governamental e criada para atender anseios sociais deve ser fiscalizada/controlada em todo seu processo de formulação. Isso faz com que a política

"Muitos pacientes esperam 10 horas para colocar um gesso e às vezes são internados sem necessidade", disse Darcy. Segundo ela, para minimizar o problema, será reativado o setor de ortopedia da unidade de saúde central da cidade e ainda há um estudo para criação da unidade de traumatologia de Ribeirão Preto." (PREFEITA..., 2009). ii) –'Neonatal é problema', diz prefeito de Ituiutaba após bebê esperar por leito [...] Depois do problema de falta de um espaço destinado ao atendimento de UTI Neonatal em Ituiutaba, no Triângulo Mineiro, o prefeito da cidade, Luiz Pedro Correa do Carmo, classificou o problema como 'crônico', mas afirmou que a prioridade na cidade é reformar a UTI do Hospital São José [...] Uma bebê prematura nascida na última quarta-feira (13) teve que esperar por cerca de 15 horas até conseguir uma vaga no Hospital Municipal de Uberlândia." (SEM LEITO..., 2013). iii) –'Sem leito em hospital do DF, baleado espera em corredor há três dias [...] Por falta de leito, um homem de 27 anos que foi baleado no ombro e no pé é atendido no corredor do Hospital Regional de Taguatinga, no Distrito Federal, desde domingo [...] há mais quatro pacientes na mesma situação. A Secretaria de Saúde confirmou não haver vaga, mas disse que o paciente está recebendo o tratamento necessário." (NEONATAL..., 2013).

¹³Neste sentido: –'Brasil investe menos em saúde que países vizinhos [...] Ao comentar a recente viagem que fez a Cuba para participar de reunião do Parlamento Latino-Americano (Parlatino), o senador Paulo Davim (PV-RN) disse que ficou constrangido ao constatar que o Brasil investe menos em saúde – em termos de Produto Interno Bruto (PIB) – que alguns de seus países vizinhos, 'que não têm a pujança econômica'. Segundo Davim, o Equador gasta com saúde 3,5% de seu PIB; o México, 6,2%; o Uruguai, 10%; e Cuba, 15%. O Brasil, por sua vez, destina apenas 3,7% do PIB ao setor. – Fiquei muito constrangido – repetiu Davim, que participou das reuniões da comissão de Saúde do Parlatino. Para que esse cenário mude, o senador argumentou que é preciso investir mais, "pois fica difícil construir um sistema de saúde capaz de atender às demandas da sociedade se ele não for aquinhado com os recursos necessários". Davim lembrou que o Brasil oferece um sistema público de saúde universal, o Sistema Único de Saúde (SUS). – Enquanto não resolvermos a questão do financiamento do sistema, não poderemos colher os resultados desejados, do ponto de vista dos indicadores de saúde pública – ressaltou." (DAVIM..., 2013).

pública criada sintetize e represente as reais necessidades da sociedade, sem ser forma de manipulação dos senhores que estão no poder e seus grupos com interesses específicos e segregatórios.

As políticas públicas devem obedecer algumas premissas para que sejam direcionadas para as reais necessidades sociais como a vinculação a vontade da população e aos objetivos, direitos e demais disposições da Constituição. Aliás, a previsão de controle das políticas públicas já vem embutida em sua própria essência. Desde a sua criação até sua execução há instrumentos ligados a população e demais instituições do Estado como o Poder Executivo, Legislativo, Tribunal de Contas, Ministério Público, entre outras.

Ante as considerações feitas, as razões para o controle das políticas públicas podem ser evidenciadas a partir de três pontos: i) opção constitucional, político-jurídica, de formação de um Estado Democrático e Social de Direito; ii) fundamento social, pautado na evidente desigualdade existente na sociedade brasileira, em especial no caso da saúde, com diversas deficiências que prejudicam sua plena garantia nos ditames dos anseios sociais e propugnaram a criação da política pública constitucional de saúde; e, iii) fundamento jurídico, através das imposições normativas constitucionais relativas a possibilidade de controle por diversos atores sociais e pela coerência com seus fundamentos e objetivos.

A opção constitucional, político-jurídica, de formação de um Estado Democrático e Social de Direito impõe a necessidade de uma rede complexa de controle onde todos os atores estão aptos a contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

As lutas sociais anteriores a 1988 possuem, de maneira geral, um foco contra o regime totalitário estabelecido. A sociedade brasileira democrática, inaugurada na CF/88, quebra esse paradigma unidirecional quase que único e abre uma gama de possibilidades, garantidas constitucionalmente, ou seja, de maneira político-jurídica, para a sociedade empreender ações multidirecionais para alcançar os fundamentos e objetivos constitucionais.

A sociedade torna-se declaradamente complexa com diversas redes de atores sociais que devem interagir democraticamente para um objetivo constitucional comum¹⁴, que na constituição brasileira se demonstra condizente com as perspectivas sociais e históricas que auxiliaram na sua formação, e que se transforma como marco positivador de um esperança,

¹⁴Schneider (2005, p. 49) ao tratar da relação entre políticas públicas e sociedades complexas demonstra a existência de uma rede de políticas públicas responsáveis por sua formação e implementação: “[...] o conceito de políticas públicas implica uma visão da realidade na qual as políticas públicas não são formuladas e implementadas apenas por um único ator público (o Estado), mas que também atores privados ou sociais participam nesse processo de produção e oferta de bens públicos. Além, disso, está compreendido aí que o Estado não é mais entendido como uma 'hierarquia pública' sempre integrada, senão que ele próprio representa uma rede de organizações relativamente autônomas.”

pois reflete o passado e orienta o futuro para a construção de um Estado efetivamente democrático e social.

Assim, na perspectiva democrática, Pontes de Miranda (2002, p. 97), na primeira edição de sua obra “Democracia, Liberdade e Igualdade: os três caminhos” no ano de 1944, já alertava que:

Com a democracia, em vez de somente um ou alguns concorrerem para a formação do poder, todos concorrem. Assim, com a simples atuação democrática, obtêm-se: a) válvula para o sentimento de poder, que se expande no sentido do interesse comum, ou, pelo menos, da colaboração, o que, de si só, dá aos indivíduos compensação benéfica (anagógica); b) aplicação de tal sentimento ou, mesmo, afeto, no sentido do respeito a liberdade e aos direitos dos outros; c) progressiva educação, tendente à solução igualitária dos problemas.

Nesta lógica é que se materializa a constituição de 1988, que com base na democracia e na formação de um Estado Social, pulverizou as possibilidades de direção¹⁵ da sociedade brasileira. Abriu possibilidades claras para participação popular (Art. 82, *caput*, art. 198, inciso III, e art. 204, inciso II, todos da CF/88), fortaleceu o Ministério Público (Art. 129 e seguintes da CF/88) e o Poder Judiciário (Art. 92 e seguintes da CF/88), criou a Defensoria Pública (Art. 134 da CF/88), ampliou o rol de legitimados para propositura de ações do controle concentrado de constitucionalidade (Art. 103 da CF/88). Fatores que se incluem como os próprios fundamentos jurídicos do controle de políticas públicas. Tudo moldado dentro dos fundamentos e objetivos constitucionais já mencionados.

Aliando essa opção constitucional com os outros dois fundamentos (social e jurídico) é possível conceber a possibilidade de controlar políticas públicas dentro de uma sistemática capaz de englobar todos os atores envolvidos. Assim, é possível conceber uma

¹⁵Neste sentido, sobre a direção do Estado em um direito constitucional contemporâneo: “[...] a direção não deve conceber-se como ordem autocrática do Estado soberano juridicamente imposta, antes deve compreender esquemas múltiplos de mecanismos accionados por vários actores sociais. É nesta perspectiva que se orienta a *análise neoinstitucionalista* centrada nos vários actores sociais e nos vários instrumentos de direcção. O conceito de direcção é, assim, um conceito analítico que engloba *vários meios de direcção* ao lado do direito (mercado, finanças, organizações). Daí que seja importante salientar a centralidade directora do direito em um Estado de direito democrático, mas não a sua exclusividade, impondo-se mesmo a conjugação de vários instrumentos de direcção para que sejam obtidos os fins desejados. Em segundo lugar, a direcção pressupõe *actores sociais* [...] o institucionalismo centrado nos actores depende de uma *direcção político-social* entendida como um sistema intencional e comunicativo de acção influenciadora da conformação de relações sociais orientadas para o bem comum. O que é absolutamente necessário, neste modo de ver as coisas, é dar centralidade regulativa aos sistemas de interacção sociais por meio do seus actores individuais ou colectivos. A partir desse conceito analítico de direcção, o instutucionalismo centrado nos actores defende uma 'nova estatalidade', uma 'nova arquitectura de Estado', em que se recortem novas formas institucionalizadas de *cooperação* e de *comunicação* entre: i) os actores sociais mais importantes e os interesses politicamente organizados; e ii) o Estado e as organizações políticas.” (CANOTILHO, 2010, p. 24-25, grifo do autor).

semelhança do sistema de 'controle da administração pública', concebida no Direito Administrativo, com o 'controle de políticas públicas', com suas devidas adequações e dentro da compreensão ampla de controle.

O controle da administração pública, em suma, é concebido pela possibilidade de um controle interno realizado pela própria administração, controle parlamentar, realizado pelo Poder Legislativo, controle pelo Tribunal de Contas, olvidando a avaliação financeira em específico, controle pelo Ministério Público, controle social e o controle judicial (MEDAUAR, 2012)¹⁶. As políticas públicas também podem ter uma configuração sistemática de controle parecida com o 'controle da administração pública', pois um controle interno, se apresentaria pela própria capacidade do ente formulador da política, em regra o Executivo, para diretamente ou indiretamente por seus órgãos, fiscalizar a execução de determinada política. O controle parlamentar, pode ser realizado pelo Poder Legislativo, ao aprovar as contas do Poder Executivo, o que pode ser transmitido também ao Tribunal de Contas, ou na análise de projetos de lei que contam com a formação de políticas públicas. O controle pelo Ministério Público, implica na sua função de guardião da sociedade, podendo agir extrajudicial ou judicialmente, em casos relativos a saúde, educação, moradia, etc. . O controle social, que pode ser exercido por qualquer cidadão ou por grupos civis organizados, através avaliação das políticas públicas, participação popular, levando denúncias para outros órgãos, etc. . E, por fim, o controle judicial que será objeto de análise pormenorizada nas próximas partes deste trabalho.

Há políticas públicas que se apresentam inefetivas para a solução de determinados problemas sociais, outras sequer existem. O problema da inefetividade de determinada política pública se dá pela falta de concreção social, ou seja, sua incapacidade de projetar

¹⁶Medauar (2012, 30-31) aponta a existência de duas compreensões sobre a expressão controle dirigida a administração pública. A primeira, como sentido estrito e, a segunda, como sentido amplo. Assim, esclarece as duas e explica a escolha da compreensão ampla de controle em seu trabalho: –Em acepção restrita considera-se controle a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador em decorrência do confronto que realizou. Daí o conceito seguinte: Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.

Em concepção ampla, o controle significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente. Na acepção ampla se inclui o chamado controle social, do que fornece exemplo a representação contra irregularidades a Tribunais de Contas – cidadão que representou não adota medidas jurídicas relativas a decisões ou a agentes, de forma direta, mas pode desencadear a atividade do órgão de controle.

Neste livro adota-se a acepção ampla de controle, para admitir atuações de controle sobre a Administração Pública, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, juridicamente, a decisão ou o agente. Mas a opção por esta linha não significa atribuir a qualquer manifestação ou atuação referente ao poder público a natureza de controle, pois uma acepção amplíssima de controle impediria sua caracterização. E se reconhece a importância da medida (ainda que não aplicada por qualquer razão) para a eficácia do controle.”

efeitos satisfatórios e concretos no seio da sociedade. O problema da inexistência, obviamente, se dá pela ausência de políticas públicas para determinados problemas socialmente relevantes.

A necessidade de controlar as políticas públicas é indiscutível e o Poder Judiciário faz parte desse controle, mas é necessário estabelecer passos e estudos cuidadosos para não causar maiores injustiças, buscando a criação de um controle judicial consonante com as disposições constitucionais, capaz de efetivar seus fundamentos e objetivos, para auxiliar o projeto de um Estado Democrático e Social de Direito. Desta forma, prossegue o trabalho, dentro da temática da política pública saúde, especialmente o fenômeno da judicialização da saúde.

CAPÍTULO 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A FORMAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CENÁRIO BRASILEIRO

3.1 Breve introdução a temática da 'judicialização da política' no caso brasileiro

O Poder Judiciário antes da constituição de 1988 pela instabilidade governamental não gozava de liberdade suficiente para garantir de maneira satisfatória as normas constitucionais, em especial, as relativas a direitos fundamentais. A tensão entre os poderes era latente sendo em alguns momentos históricos a autonomia do Poder Judiciário usurpada por poderes totalitários constituídos no próprio governo ou por grande influência social (coronelismo, militarismo, entre outros). Nestas perspectivas, a construção de Poder Judiciário apto a guardar as normas constitucionais e interferir de maneira legítima perante as abusividades cometidas em períodos obscuros ficou limitada.

Ainda com esta limitação da liberdade do Poder Judiciário é possível encontrar algumas decisões importantes que refletiam uma atuação garantidora de direitos, como no RHC 2244 de 1905¹, quando o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de *Habeas Corpus* preventivo, contra fiscais da polícia sanitária, responsáveis por promover a campanha de vacinação obrigatória idealizada por Oswaldo Cruz e conduzida pelo governo federal, para

¹Neste sentido, segue o acórdão: “Vistos e relatados estes autos de recurso de habeas corpus preventivo, interposto pelo Dr. Pedro Tavares Junior em favor de Manoel Furtunato de Araujo Costa. Dos mesmos consta que, tendo este recebido pela segunda vez intimação de um inspetor sanitário para franquear a casa de sua residência, esta à rua D. Eugenia C 2 desta Capital, a fim de nele proceder-se a desinfecção por motivo da febre amarela, ocorrido em prédio contíguo, e por parecer ilegal esta intimação, dela podendo resultar injusta coação, impetra o recorrente uma ordem de habeas corpus preventiva ao Juiz Seccional da 2ª vara do Distrito Federal sob o fundamento de que, garantido como é, pela Constituição da República a inviolabilidade do domicílio do cidadão, sendo apenas permitida a entrada em casa, mesmo de dia, sem consentimento do morador unicamente em casos e pela forma prescrita na Lei, a iminência da entrada forçada em casa do paciente para as operações do expurgo sanitário, autorizado pelo Regulamento anexo ao Decreto nº 5.156, de 8 de Março de 1904. [...] Isto posto, e considerando que, mesmo sem contrariar a doutrina firmada por diversos arestos deste Tribunal, de que o habeas corpus apenas visa garantir a liberdade física do cidadão, era admissível o pedido do recorrente desde que a intimação expedida pelo inspetor sanitário e recebida pelo paciente possa dar ensejo a uma coação física, sendo como é, facultado àquela autoridade, em caso de resistência, requisitar o auxílio da polícia para que a operação sanitária do expurgo seja levada a efeito imediatamente, conforme é expresso no artigo 172 do citado Regulamento nº 5.156. Considerando, porém, que a entrada forçada em casa do cidadão para o serviço de desinfecção, sendo apenas autorizada por disposição regulamentar, importa flagrante violação do artigo 72 § 11 da Constituição Federal, o qual cometeu a Lei o encargo de prescrever em quais casos é permitido, de dia, a entrada em casa particular sem consentimento do respectivo morador. [...]. Considerando, pois, que sendo inconstitucional a disposição regulamentar que faculta à autoridade sanitária penetrar, até com o auxílio da força pública, em casa particular para levar a efeito operações de expurgo, a coação de que tal ato possa provir é manifestamente injusta, e portanto, a iminência dela importa ameaça de constrangimento ilegal que legitima a concessão do habeas corpus preventivo: Acórdão dá provimento ao recurso para, concedendo o impetrado habeas corpus preventivo, mandar que cesse incontinentemente a ameaça de constrangimento ilegal a que se refere o recorrente, resultante da iminência da entrada da autoridade sanitária em casa do paciente, sem consentimento deste, não havendo lei alguma que autorize tal entrada.” (BRASIL, 1905).

não ingressarem na residência de um morador do Rio de Janeiro, denominado Manoel Furtunato de Araújo Costa, por entender como violação de domicílio a entrada forçada em residência fora das disposições constitucionais.

Em contrapartida, no período anterior a 1988 também ocorreram decisões que sofrendo verdadeira intervenção do regime totalitário tomaram medidas contrárias a garantia de qualquer direito fundamental, como o HC 26155, em que o Supremo Tribunal Federal considerou Olga Benário Prestes, judia alemã, militante comunista e companheira de Luiz Carlos Prestes, principal representante das ideias comunistas no Brasil através da Aliança Nacional Libertadora, como uma ameaça a segurança nacional negando a ordem de *Habeas Corpus* possibilitando sua extradição para a Alemanha nazista², demonstrando uma clara influência do governo Vargas, com ideias fascistas, que viria depois a golpear o Estado e instaurar de vez sua era ditatorial.

O Poder Judiciário brasileiro no período pré-constituente de 1988 possuía decisões importantes, a fim de garantir direito, mas também, por diversas vezes, estava limitado a observar estritamente vontades políticas superiores³. Fato que não escapou de um debate doutrinário que dura séculos, o da influência da Política no Direito e *vice-versa*⁴.

Após esta breve introdução, é necessário explorar alguns pontos para compreensão da judicialização da política e depois adequar tal compreensão ao fenômeno da judicialização da saúde, isso porque, ambas apresentam estrita relação, já que a saúde, como direito social, envolve sua garantia por alocação de recursos e políticas públicas. Portanto, as análises posteriores conduzem a compreensão do fenômeno da judicialização da política, seu debate contemporâneo e sua conformação com a história institucional do Poder Judiciário brasileiro. Após, a compreensão de todos esses fatores, os principais pontos e conclusões serão relacionados com o fenômeno da ‘judicialização da saúde’, avançando nos dilemas

² Neste sentido: “Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de Maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, a fim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país. A Corte Suprema, indeferindo não somente a requisição dos autos do respectivo processo administrativo, como também o comparecimento da paciente e bem assim a perícia médica afim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e Atendendo a que a mesma paciente é estrangeira e a sua permanência no país compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça: Atendendo a que, em casos tais não há como invocar a garantia constitucional do habeas corpus, à vista do disposto no art. 2 do decreto n. 702, de 21 de março deste ano: Acordam por maioria, não tomar conhecimento do pedido. Custas pelo impetrante. Corte Suprema, 17 de junho de 1936. - E. Lins, presidente. - Bento de Faria, relator. (A decisão foi a seguinte: “Não conheceram do pedido, contra os votos dos senhores ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espinola, que conheciam e indeferiam.”)” (BRASIL, 1936). Para maiores detalhes vide a obra de Moraes (1993).

³ Neste sentido Vide no sítio do Supremo Tribunal Federal o *link* denominado ‘julgamentos históricos’.

⁴ A afirmação de que a discussão dura séculos é extraída da discussão do conceito de constituição já apresentada na primeira parte deste trabalho, onde há autores de várias datas e séculos discutindo o tema.

específicos desta temática.

3.2 Judicialização da política

O termo 'judicialização da política' é contemporâneo e remonta estudos realizados no início da década de 1990. Tal atualidade dos estudos em torno desta temática se faz pelo fortalecimento do Poder Judiciário e dos direitos fundamentais nas constituições do pós-segunda guerra mundial.

Os Tribunais Constitucionais se tornaram cerne de uma arena pública onde assuntos de grande influência social (políticas públicas, células tronco, corrupção, entre outros⁵) são discutidos em suas audiências e suas decisões esperadas por toda a sociedade. No cenário brasileiro é evidente a maior participação política do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que após 1988 expandiu suas funções e sua autonomia para tornar-se um verdadeiro poder institucional⁶.

De uma maneira global, os aspectos que mais influenciaram a centralização do Poder Judiciário com instituição de grande importância na garantia de direitos nasceram na reconstrução dos direitos humanos no pós-segunda guerra mundial que pautaram uma guinada na compreensão e positivação de direitos nas constituições contemporâneas.

Os Estados nazi-facistas de Hitler e Mussolini causaram tamanha revolta na ambiência internacional pelo fato de colocarem o ser humano na pior condição já imaginada, reduzindo pessoas a situações degradantes, humilhantes, horripilantes e mortíferas. Tudo amparado por um sistema de direito positivo que não reconhecia direitos a todos os seres humanos e segregava alguns como se fossem inferiores. Judeus, negros e homossexuais eram

⁵ Para corroborar tal afirmação basta observar a própria jurisprudência da Corte Constitucional no último ano de 2012 que julgou casos importantes sobre decisões sobre poder de investigação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (ADI 46438), necessidade de representação criminal na Lei Maria da Penha (constitucionalidade da Lei Ficha Limpa (ADCs 29 e 30; ADI 4578), possibilidade de aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), titularidade de terras Quilombolas (ADI 3239), constitucionalidade de cotas para alunos negros em universidades públicas (ADPF 186), constitucionalidade da política pública ProUni (ADI 3330), entre diversos outros casos (BRASIL, 2012b).

⁶ Neste sentido, Sadek (2013, p. 15) afirma que –Θ desenho institucional presidencialista determinado pela Constituição de 1988 conferiu estatuto de poder ao Judiciário. Sua identidade foi alterada [Durante o regime militar, especialmente depois de 1969, o Judiciário não gozava de independência nem de autonomia. Não se tratava, de fato, de um poder independente.] De aplicador das leis e dos códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Ademais, a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supraindividuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico – foi alcançado a uma posição de primeira grandeza.”

torturados, mortos e jogados como lixo em valas abertas, buscando uma eugenia social para perpetração e domínio da raça pura, ariana, dita como superior.

Representando uma “violência moral que chocou a consciência da humanidade” (PIOVESAN, 2012, p. 59), as atrocidades serviram para iniciar a conquista de direitos humanos internacionais e universais, “[...] esses direitos não mais poderiam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser ‘inerentes’ e ‘inalienáveis’, e, portanto, não mais poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivos.” (PIOVESAN, 2012, p. 59).

Em 1945 a Carta da ONU é criada e apresenta uma forma abrangente de tratamento dos Direitos Humanos, se caracterizando um verdadeiro *pactum societatis* de vocação universal, relativizando o clássico princípio da soberania, estabelecendo uma cooperação Internacional entre os Estados, e enaltecendo o respeito aos direitos e liberdades fundamentais em âmbito internacional (LAFER, 2008).

Nasce mais tarde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) com um surpreendente consenso inter-estatal sobre a relevância dos Direitos Humanos, considerando a diversidade dos regimes políticos, dos sistemas filosóficos e religiosos e das tradições culturais dos Estados-membros da ONU (LAFER, 2008). Inicia-se um processo de reconhecimento positivo dos Direitos Humanos em nível internacional, capaz de orientar as ordens jurídicas nacionais ocidentais influenciando as novas constituições com um grande rol de direitos como forma de limitar a ação estatal e propiciar um ambiente de bem-estar social.

A importância desse processo de positivação dos Direitos Humanos em nível mundial foi o *status* de reconhecimento do ser humano como um sujeito de direitos internacional, condição somente reconhecida pelos Estados nacionais.⁷

A Declaração de Direitos Humanos de 1948, em regra geral, não tinha o condão de impor obrigações legais, pois não era um tratado e não possuía força de lei, nas palavras de Roosevelt em 1948:

Ao aprovar esta Declaração hoje, é de primeira importância ter a clareza das características básicas deste documento. Ele não é um tratado; ele não é uma acordo internacional. Ele não é e não pretende ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, que será selada com aprovação dos povos de todas as Nações. (ROOSEVELT apud PIOVESAN, 2012, p. 146).

⁷ Neste sentido, Piovesan (2012) cita a lição de Leuterpach: “Os indivíduos passaram a adquirir um *status* e uma estrutura que os transformaram de objetos de compaixão internacional em sujeitos de direito internacional.”

Lógico que o impacto da Declaração de Direitos Humanos de 1948 entre os Estados, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), o medo do retrocesso e reincidência na violação de Direitos Humanos como ocorrido na segunda grande guerra, criaram várias teses de aplicação da declaração⁸, bem como surgiu a necessidade da assinatura de dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Deixando de lado questões pertinentes a temática específica do Direito Internacional e a teoria dos tratados internacionais, o importante é destacar a inauguração de um novo momento para o Direito, onde, alguns doutrinados afirmam ter ocorrido uma aproximação da moral e do direito⁹ servindo este momento para superar as teses positivistas formalistas que visavam apenas a manutenção de uma ordem jurídica sem pensar em questões de direitos humanos e justiça.

Nessa ambiência internacional, eclode o Estado Democrático de Direito, o qual contou para o desenvolvimento do novo pensamento jurídico influenciando as constituições da Alemanha (1949), Itália (1947), Portugal (1976) e Espanha (1978), as quais se apresentam como um marco para os diplomas constitucionais posteriores, incluindo o Brasil em 1988, inaugurando um novo rol de direitos fundamentais e expandindo a jurisdição constitucional através da reestruturação e criação de Tribunais constitucionais que serviriam para manutenção da nova ordem em respeito aos direitos positivados.

Outro aspecto que influenciou na judicialização da política é o fenômeno da constitucionalização do direito ao firmar a “[...] a irradiação das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito.” (SILVA, V. A., 2005, p. 38). Ou seja, é a quebra do paradigma do Estado Liberal e sua codificação privatista que possuía espaço mais importante no ordenamento jurídico que a constituição, a qual servia apenas como forma de organização do Estado, não sendo capaz de interferir diretamente na vida particular.

Interessante compreender que essa constitucionalização se dá pela i) reforma legislativa, através de reformas na legislação infraconstitucional; ii) irradiação do direito constitucional para a sociedade como um todo; e, iii) atores da constitucionalização – legislador, judiciário e doutrina jurídica (SILVA, V. A., 2005).

⁸ Há posições que indicam que a Declaração de Direitos Humanos de 1948 passou a ter um *status* de direito internacional costumeiro, há os que negam sua qualidade jurídica e aqueles que defendem seus *status* jurídico e de vinculação internacional. Neste sentido, vide Piovesan (2012, p. 205) e Accioly, Nascimento e Silva, e Casella (2011, p. 495).

⁹ Neste sentido, vide os autores Alexy (1994), Piovesan (2012), Barroso (2010) e Bonavides (2008).

Muitos dos direitos reconhecidos pelas constituições do pós-segunda guerra foram frutos de grande afirmação histórica, protestos, lutas e revoluções, como no caso latino americano e, especificamente, o brasileiro (vide a luta do movimento sanitário, já relatada neste trabalho, que influenciou a constituinte de 1987 para incluir o direito à saúde no rol de direitos sociais e criar o SUS), que atravessou um longo período de ditaduras, governo inconstantes, golpes e influências de um patrimonialismo pautado na confusão dos interesses públicos e particulares.

É possível observar a atuação intensa da sociedade na luta contra a ditadura no Brasil, pretendendo o reconhecimento e a efetividade de determinados direitos como saúde, educação, moradia, distribuição de renda que se concentraram no projeto de abertura democrática. Por esses motivos que a constituição de 1988 pode ser classificada como dirigente, extensa e analítica (CANOTILHO, 2003; SILVA, J. A., 2006; BONAVIDES, 2008), pois abarca uma extensa carta de direitos e trata de diversos assuntos (constitucionaliza diversos assuntos), muitos do âmbito da política como a criação do SUS.

O que era conquistado pelas lutas sociais e pressões políticas passou a se pacificar com a entrada em vigor da nova ordem constitucional, principalmente, pelo fortalecimento do Poder Judiciário, outras instituições como o Ministério Público, a positivação de um extenso rol de direitos e demais questões constitucionalizadas.

Nesta nova realidade democrática e constitucional, aqueles que não obtinham sucesso com os poderes políticos acabaram por buscar no Poder Judiciário uma possível chance de sucesso em suas pretensões (CAPPELLETTI, 1993, p. 99). O “[...] judicial review e a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria, abrem para os cidadãos novos lugares de representação da sua vontade [...]” (VIANNA; BURGOS, 2002, p. 341). As demandas com lides sobre direitos sociais, políticas públicas entre outras, acabaram por se concentrar no Poder Judiciário, assim, nas palavras de Sarmiento (2010, p. 179) “[...] o Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos.”

Contrariando a tradição de auto-contenção judicial prevalente até 1988 (BARROSO, 2009) o Poder Judiciário brasileiro tornou-se ativista sem repensar que as novas lides sociais eram mais complexas que as lides privatistas e liberais enfrentadas ao longo de sua história institucional, formando uma cultura de efetividade de direitos através de sua atuação primordialmente inerte.

Essa é a ambiência constitucional contemporânea. Neste cenário, onde o Tribunal Constitucional se torna essencial para garantia de direitos, que se desenvolve os estudos sobre

a judicialização da política¹⁰. Mas, segue algumas indagações: O que significa Judicialização da Política? Seu sentido é aplicado ao Brasil? Há possibilidade de formação de uma compreensão brasileira de Judicialização da Política?

3.2.1 O que significa 'judicialização da política'? O(s) sentido(s) aplicado(s) no Brasil e a possibilidade de uma compreensão nacional

A lógica de compreensão do que significaria 'Judicialização da Política' remonta períodos históricos em que já era debatida a tensão entre Política e Direito, através do significado do que seria constituição, da divisão entre direito público e privado, enfim, todas as perspectivas de discussão que entonariam os limites e funções da Política e o Direito na sociedade.

No contexto já apresentado no tópico anterior, os Tribunais Constitucionais e o Poder Judiciário em geral, conquistaram um posicionamento de maior destaque nesta sociedade pós-social (CAMPILONGO, 2010, p. 30-51), protagonizando o surgimento da expressão 'Judicialização da Política', que possui uma gama de compreensões e aplicações.

Essa expressão, por sua vez acaba sendo utilizada para designar uma série enorme de fenômenos, muitos dos quais bastante diferentes entre si. Por exemplo, estão envolvidos nessa ideia problemas como (i) a crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo Executivo, (ii) a revisão de textos legais com fundamento em mecanismos diversos de controle de constitucionalidade de leis, (iii) a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico, inseridos em Constituições social-democratas e tratados internacionais, (iv) a introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres, (v) a organização de certas categorias ligadas aos setores judiciários em órgãos classistas, (vi) a adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos, (vii) a criação de instancias supra-nacionais de resolução de conflitos e produção de políticas públicas, como é o caso do Tribunal de Justiça das Comunidade Européias, ou das Corte de Strasburgo e (em menor medida) San Jose da Costa Rica, etc. (VERÍSSIMO, 2006, p. 24).

¹⁰Neste sentido: —As transições políticas que determinaram o protagonismo dos tribunais foram obviamente as transições de governos autoritários para governos democráticos e começaram muito antes da década de 1990. As transições democráticas mais significativas foram as que puseram fim aos seguintes regimes autoritários: o Nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália(1945-49); o fascismo em Portugal e na Espanha (1974-76); as ditaduras militares na América Latina (década de1980); o comunismo dos países da Europa Central e de Leste (1989 e anos seguintes); o apartheid na África do Sul (1993-1996).” (SANTOS, 2013).

A expressão é recente e remonta trabalhos apresentados em junho de 1992 no *Centro di Studi sull'Giudiziario di Bologna* o qual retratou todos os fenômenos citados acima (VERÍSSIMO, 2006) demonstrando a possibilidade de intervenção do processo jurídico em decisões que geralmente seriam tomadas por outros setores, ou seja, pautada na transferência do processo decisório em algumas matérias afetas aos órgãos de representação popular – Executivo e Legislativo – para o Judiciário. Mas, é a partir do trabalho de Tate e Vallinder (1995), denominado *The Global Expansion of Judicial Power* que o termo 'Judicialização da Política' tomou maior expressão mundial sendo utilizado em vários âmbitos nas ciências sociais e jurídicas.

Tate e Vallinder (1995) desenvolveram duas compreensões acerca da 'Judicialização da Política', baseadas na premissa de que judicializar a política é utilizar métodos comuns aos processos decisórios desenvolvidos no âmbito do Poder Judiciário para solução de problemas na arena política, abarcando duas perspectivas: i) Atuação do Poder Judiciário na possibilidade de revisão de condutas praticadas pelos Poderes Executivo e Legislativo; ii) Na utilização de procedimentos tipicamente judiciais para resolução de problemas no âmbito dos Poderes Políticos, como Comissões Parlamentares de Inquérito, Tribunais Administrativos, etc.

Observa-se duas possibilidades de sentidos contraditórios. Assim, já no trabalho de Tate e Vallinder (1995) é possível estabelecer dois sentidos diferentes para a 'Judicialização da Política', um relacionado com a própria atuação do Poder Judiciário e outro relacionado com a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, além de uma correlação com a expressão 'Politização da Justiça'. Nessa lógica conceitual que caminham os sentidos da expressão 'Judicialização da Política', possuindo várias compreensões, como já demonstrado a partir do trabalho de Veríssimo (2006).

Maciel e Koerner (2002) informam que o conceito se diluiu no cenário brasileiro, apresentando uma fluidez na utilização da expressão, por sua gama de compreensões fazendo-se necessário uma análise mais complexa sobre a temática, em questões específicas, buscando as interações sociais, políticas e jurídicas envolvidas¹¹.

¹¹Neste sentido: —A concepção original de judicialização da política é marcada por uma concepção formal das atribuições e relações de poder, assim como uma conotação de progressividade, de processo unidirecional cuja continência empírica é discutível. No Brasil, o debate público incorporou a expressão num sentido fortemente normativo e provocou a proliferação dos seus sentidos. A produção acadêmica também apresenta fluidez no uso da expressão, a qual não se torna mais do que um nome que é tomado como ponto de partida para análises cujas perspectivas são bastante divergentes. [...] Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política.” (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 130-131).

Há vários trabalhos sobre a temática da 'Judicialização da Política', com percepções diferentes¹². Portanto, responder o que significa tal expressão não é satisfatório para o desenrolar deste trabalho, pois, como demonstrado, pode haver várias significações, mas mostrar em qual compreensão de 'Judicialização da Política' se enquadra o que ocorre com a 'Judicialização da Saúde' é de grande valia para a articulação da temática proposta.

A busca de um significado mais preciso sobre 'Judicialização da Política' para o Brasil deve ser o envolvido no desenvolvimento do Poder Judiciário, da 'cultura' jurídica e das particularidades sociais e políticas no caso brasileiro. Buscando sua compreensão dentro desses limites e não amoldando (importando) cegamente concepções de outras realidades sociais e jurídicas. No caso deste trabalho, como se verá em tópico próprio, é possível contemplar seu significado como tensão entre 'Política' e 'Direito', *prima facie*, como influência do Poder Judiciário na Política, ou seja, a intervenção do Judiciário em questões tomadas ou que deveriam ser tomadas na arena política.

De uma maneira genérica, seria até possível atribuir as condições necessárias para o desenvolvimento do processo de judicialização assinaladas por Tate (1995, p. 27-37) como: i) um regime democrático de governo; ii) uma ~~política~~ "política de direitos"; iii) uso dos tribunais pela oposição para impedir a criação de leis que pelos procedimentos ordinários não impediria; iv) existência de ~~instituições~~ "instituições majoritárias inefetivas"; v) um descrédito pelas instituições originalmente responsáveis pela criação de políticas públicas; e, vi) uma proposital inércia das ~~instituições~~ "instituições majoritárias" em tomar decisões sobre casos delicados. No entanto, sem um estudo apurado no moldes já apresentados, analisando as particularidades do caso brasileiro em uma perspectiva histórica, política e jurídica, seria simplesmente uma importação sem análise de sua compatibilidade.

Isso porque, *prima facie*, como observado, há decisões do Supremo Tribunal Federal antes de 1988 capazes de influenciar na seara, assim, seria um contrassenso afirmar, no caso brasileiro, a necessidade de um regime democrático para a existência da 'judicialização da política'.

Ainda, Ferreira Filho (2009, p. 190-200) indica como institutos jurídicos precursores da judicialização da política no cenário brasileiro: i) o *habeas corpus* na constituição de 1891; ii) a institucionalização do mandado de segurança e da ação popular através da Constituição de 1934; iii) a criação do controle direto de constitucionalidade, inaugurado em 1934 e aprimorado na atual constituição; e, iv) a Lei n.º 7.347 em 1985 que

¹²Para uma visão das diversas compreensões da expressão 'Judicialização da Política' além dos autores já citados vide Arantes (1999) e Faria (2004).

criou a ação civil pública.¹³

É possível observar que, provavelmente, a gênese da 'judicialização da política' no caso brasileiro é bem anterior a sua criação e uso contemporâneos. Por óbvio, uma análise desta pertinência mobilizaria a necessidade de um estudo específico e aprofundado, o que não é o objeto do presente trabalho. Assim, demonstrado de maneira crítica o significado, a possibilidade de utilização no cenário brasileiro e de criação de um conceito nacional de 'judicialização da política', necessário demonstrar o recorte realizado neste trabalho para seu regular avanço¹⁴.

O recorte temporal levará em conta dois aspectos: i) origem da expressão 'judicialização da saúde'; e, ii) 'judicialização da saúde' como espécie do gênero 'judicialização da política'. Antes de avançar, é preciso destacar, brevemente, a forte relação existente entre 'Judicialização da Política' e 'Ativismo Judicial'.

3.2.2 'Judicialização da política' e 'ativismo judicial': breve aproximação

A expressão 'Ativismo Judicial' (*Judicial Activism*) tem aparição mais remota que a 'Judicialização da Política', e foi utilizada pelo historiador social Arthur Schlesinger em 1947, passando a ter seu uso corrente na academia e nas decisões judiciais Norte Americanas a partir da década de 1960 (KMIEC, 2004). Como a 'Judicialização da Política' o 'Ativismo Judicial' também possui várias compreensões.

A expressão 'Ativismo Judicial' embora tenha sempre relação com a atuação dos juízes, em *lato sensu*, do Poder Judiciário, também assumi diversas compreensões. Kmiec

¹³Nesse sentido, Rui Barbosa em 1910 e em 1914, já promovia a discussão sobre a tensão existente entre questões políticas e jurídicas: Ruy Barbosa (1910, p. 156): —Não basta que a questão estremece com a Política, ou com ela prenda; que tenha relações Políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja, suscetível de efeitos políticos; que à Política interesse, ou sobre ela passe a atuar sobre alguma de suas faces, algumas de suas ligações, alguns de seus resultados. É mister que seja simplesmente, puramente, meramente Política, isto é, que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente. Só então cessa a competência judicial.” Ainda, Ruy Barbosa (1914, p, 188-189): —O efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas e formas judiciais. Quando a pendência toca a direitos individuais, a justiça não se pode abster de julgar, ainda que a hipótese entenda com os interesses políticos de mais elevada monta. Para ver que esta função, pelo menos no Tribunal Supremo, é, substancialmente e, às vezes, eminentemente, política, basta refletir que política, no mais alto grau, é a fixação das relações constitucionais entre a União e os Estados, e, todavia, ao Supremo Tribunal é que toca estabelecê-la.” Entre outros, é possível citar Lessa (1915), Buzaid (1958), Pontes de Miranda (1946).

¹⁴Todo recorte realizado em um tema é restritivo, porém, no caso deste trabalho não afetará de uma maneira significativa a análise da 'judicialização da saúde' e do 'controle judicial de políticas públicas', isso porque, parte-se de compreensão de 'judicialização da política' como interferência das decisões do Poder Judiciário na arena política, o que se amolda perfeitamente com a gênese da compreensão do fenômeno da 'judicialização da saúde'.

(2004) e Teixeira (2012) demonstram que o 'Ativismo Judicial' possui geralmente uma conotação negativa em solo norte americano e seria: i) Invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos oriundos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais; ii) Afastar a aplicação de precedentes (lembrando-se que seu trabalho é desenvolvido no sistema de *Common Law* onde vigora a força dos precedentes judiciais como parâmetros de julgamento); iii) Atuar como legislador; iv) Utilizar técnicas hermenêuticas que não são normalmente aplicadas e aceitas; e, v) julgar com fins específicos, atuando de maneira *contra legem* ou *extra petita*.

Koerner (2012) aponta uma tensão na concepção de 'Ativismo Judicial', por ser vaga, denota: i) a noção de que o juiz ativista substitui os representantes eleitos; ii) o juiz deixa de aplicar a lei para promover as suas preferências políticas; e, iii) a decisão judicial tem impactos sobre políticas públicas.

Em geral, a expressão 'Ativismo Judicial' está sempre relacionada com uma atuação mais incisiva dos juízes em áreas que, em regra, não dizem respeito a suas atividades, como a Política.

A 'Judicialização da Política' e o 'Ativismo Judicial' são produto da Ciência Política norte americana oriundos de pensamentos conservadores que se mobilizavam contra o papel ativo das Cortes Americanas para garantia de direitos (KOERNER, 2013), ambos conceitos, considerando a noção de que significam interferência das decisões do Poder Judiciário na seara política, tem estreita ligação. Assim, caminham paralelamente e dificilmente irão desaparecer da atual conjuntura constitucional¹⁵.

Após demonstrar a aproximação dos conceitos, retorna-se a sistematização do recorte temporal, tratando a relação do conceito de 'Judicialização da Política' com a 'Judicialização da Saúde', considerando dois aspectos principais: i) origem da expressão 'judicialização da saúde'; e, ii) 'judicialização da saúde' como espécie do gênero 'judicialização da política'.

¹⁵Neste sentido: —Recentemente, nas duas últimas décadas, a afirmação de direitos foi deixando de fazer-se pela legislação para ser buscada no Judiciário. Levando os textos constitucionais e legais a sério, grupos sociais resolveram exigir o cumprimento das promessas legislativas.” (LOPES, 2006, p. 102).

3.3 A Judicialização da Saúde

3.3.1 Compreensão no cenário brasileiro

A utilização da expressão 'Judicialização da Saúde' se dá no início da década de 1990, onde o país começou a vivenciar os reflexos da nova ordem constitucional. Assim, com a abertura democrática e a garantia constitucional de direitos fundamentais e sociais, várias demandas chegaram aos tribunais buscando a efetividade dos prometidos direitos ante a insuficiência da ação estatal.

É interessante destacar que até 1988 todas as conquistas relacionadas ao direito à saúde passavam longe dos tribunais, eram perpetradas com base em movimentos sociais, como o movimento sanitário iniciado por volta dos anos 70. O estado democrático de direito brasileiro inaugurado pela nova ordem constitucional inseriu uma nova lógica na busca da efetivação dos direitos sociais. Com o Poder Judiciário fortalecido e um ordenamento jurídico mais politizado abriu um novo leque para pressionar o Estado a concretizar o plano constitucional positivado.

É iniciado através do fortalecimento da 'judicialização da política' uma nova lógica de pressão aos que estão no poder, como já foi trabalhado no tópico anterior. A dinâmica das demandas judiciais relativas a prestações ligadas ao direito à saúde foi tão grande que ganhou expressão própria de 'judicialização da saúde', com especial atenção aos pedidos de medicamentos do coquetel para portadores de HIV. O sucesso das demandas judiciais desencadeou uma verdadeira avalanche de ações, que sacudiram as estruturas do judiciário engessado aos dilemas liberais e individuais.

Nessa lógica, é possível determinar que o recorte histórico que se amolda com as nuances da 'Judicialização da Saúde' é o início da década de 1990¹⁶, compactuando a possibilidade de levar ao Poder Judiciário questões relativas a direitos sociais, como a saúde, para através de decisões judiciais obrigar o Estado a fornecer determinados bens materiais como medicamentos, tratamentos, internações, entre outros. Tais decisões são capazes de influenciar na seara política, por isso, é possível conceber que o termo 'Judicialização da Saúde' é derivado do gênero 'Judicialização da Política', sendo mais um de seus possíveis

¹⁶Com demonstrado, é possível conceber que há uma hipótese de a 'Judicialização da Política' ter surgido antes de 1988, conforme o desenvolvido em tópico anterior. No entanto, *prima facie*, direitos sociais, em especial o direito à saúde, começaram a ser tutelados pelo Poder Judiciário apenas no pós 1988, daí a possibilidade de estabelecer como recorte histórico para as posteriores análises do presente trabalho.

significados.

As políticas públicas passaram a ser discutidas diretamente em sede judiciária a partir da constituição de 1988 e o Poder Judiciário passou a ter possibilidade de influenciar em questões ligadas a direitos sociais (VIANNA et al, 1999). Nessa perspectiva é possível conceber que –A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (VIANNA et al, 1999, p. 40)¹⁷.

Essa foi a lógica utilizada pelas entidades brasileiras que movimentavam suas forças para o combate à epidemia da AIDS. Conhecidas em geral como ONG/AIDS¹⁸, tais entidades não governamentais estabeleceram o elo de discussão entre governo e sociedade civil, colocando as necessidades individuais de cada ser humano soropositivo com a necessidade de mobilização social para uma política pública ampla.

Diversas foram as estratégias utilizadas pelas ONG's, pautaram em uma atuação ampla em todos os seguimentos capazes de pressionar o governo, assim, além de consultorias, assessorias e aconselhamentos, visando a melhora individual dos portadores de HIV, as entidades estabeleciam atuações específicas em grupos minoritários como homossexuais, mulheres, crianças, etc., e em setores públicos ligados ao executivo, legislativo e judiciário, bem como privados como empresas (GALVÃO, J., 2002)¹⁹.

Nessa gama estratégica de atuações das ONG's o Poder Judiciário ganhou

¹⁷Neste sentido: –Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão de conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário -, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.” (BARROSO, 2010, p. 384, grifo do autor).

¹⁸Neste sentido: –Diferentemente daqueles movimentos cujo objetivo é influir nas condições materiais de vida segundo a problemática da saúde, em que a questão central é a exclusão social e o movimento aparece como sujeito social de luta contra a aids norteiam-se por experiências individuais com a soropositividade ou a aids.” (CAMARA, 2002, p. 59).

¹⁹Um fator importante para destacar é a preocupação com a epidemia da AIDS e a atuação das ONG's que influenciaram na criação de um Movimento Nacional de Luta Contra a AIDS, que só foi possível, pois setores de maior destaque na sociedade (artistas, músicos, elite, etc.) foram infectados pelo vírus. Assim, o movimento possui uma diversidade de pautas –Para o movimento social de luta contra a aids não existe um projeto claro de transformação da sociedade [...]” (CAMARA, 2002, p. 62).

importante destaque, através de ações judiciais, perante as novas perspectivas inauguradas na constituição de 1988.

O Juiz passou a ser visto como um 'herói'²⁰ capaz de garantir a vida às pessoas que precisavam dos medicamentos de alto custo, conhecidos como 'coquetel da AIDS', proferindo decisões que influenciam nas políticas estatais com a redoma dos direitos estabelecidos constitucionalmente, tendo na dignidade da pessoa humana seu principal fundamento.

O sucesso da empreitada do movimento contra AIDS na sede Judicial, fortaleceu a noção de um 'juiz-herói' capaz de solucionar as desigualdades sociais e tido como última garantia para efetivação dos direitos sociais, pressionando o governo a tomar várias medidas para garantir o direito à saúde aos portadores do HIV, criando leis ou políticas públicas. Formou-se jurisprudência na temática da AIDS, onde os tribunais amplamente reconheceram a obrigatoriedade do Estado em: i) Garantir todos os medicamentos para seu tratamento; ii) Garantir o levantamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), para custear despesas com tratamentos da doença; e, iii) reintegração de trabalhadores e militares, respectivamente despedidos e excluídos, por questões discriminatórias (VENTURA, 2002, p. 99).

Diante dessa situação, o Estado se viu forçado a tomar medidas para garantir de maneira satisfatória o direito à saúde aos portadores de AIDS, assim, o direito ao tratamento foi universalizado pela Lei n.º 9.313/96 (BRASIL, 1996), através da distribuição gratuita de medicamentos. O caso da AIDS impulsionou a sociedade a buscar de maneira significativa o Poder Judiciário para buscar a efetivação do direito à saúde, em especial, através de ações individuais pleiteando bens materiais como medicamentos, cirurgias, tratamentos, próteses, entre outros.

As demandas judiciais que vinham com alto grau de urgência, fundamentadas em uma subjetivação do direito à saúde, que demonstrava a necessidade do Estado fornecer determinado bem ou serviço da saúde pressionou a máquina judiciária para conceder liminares, sentenças e acórdãos favoráveis à imposição de obrigação ao Estado.

A partir de 2000 as ações passaram a crescer exorbitantemente e conseqüentemente aumentaram os valores gastos pelo Poder Executivo para cumprir as

²⁰O 'Juiz Herói' se apresenta em conceito próximo ao 'Juiz Hércules' idealizado por Ronald Dworkin, visando à promoção do Direito através da Justiça por uma perspectiva de conhecer as nuances morais da sociedade que se encontra (VERÍSSIMO, 2006). Tal perspectiva heróica da atuação judicial evidencia também uma crise no crédito as conquistas políticas, assim: "O Judiciário, que como ator coletivo, que por meio da ação heróica e compadecida do juiz individual, abandona seu canto neutro e se identifica com a preservação de valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação." (VIANNA et al, 1997, p. 39).

decisões judiciais (MARQUES;DALLARI, 2005; VIEIRA;ZUCHI, 2007).

Neste sentido, segue a tabela abaixo:

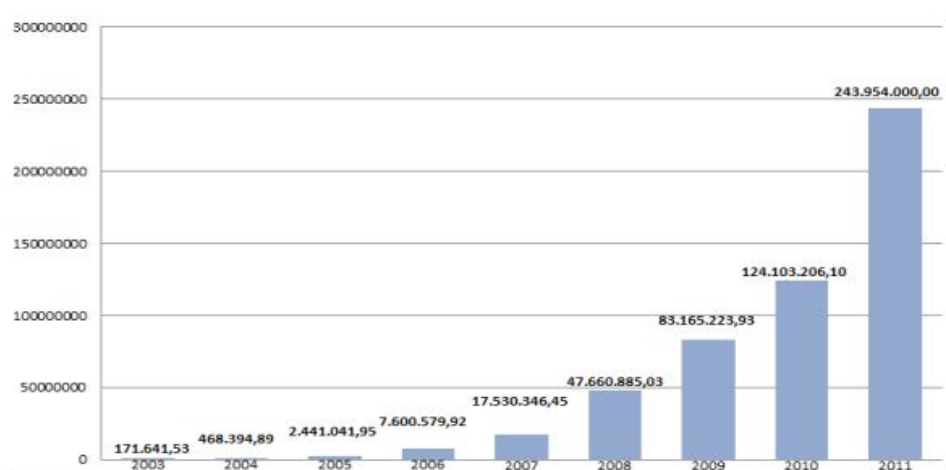
TABELA 1- Ações Judiciais por Ano

	01-Jan	02-Fev	03-Mar	04-Abr	05-Mai	06-Jun	07-Jul	08-Ago	09-Set	10-Out	11-Nov	12-Dez	Total Ano
2002	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
2003	0	1	0	0	2	0	2	0	0	1	1	1	8
2004	1	0	1	1	0	3	2	2	2	6	3	3	23
2005	6	4	4	6	9	9	8	19	18	18	19	25	145
2006	23	28	41	32	35	30	36	49	35	32	36	36	413
2007	33	40	40	43	68	54	53	69	64	73	54	88	679
2008	74	59	89	108	80	78	141	127	291	359	533	334	2273
2009	210	162	243	236	114	78	155	109	112	125	105	133	1782
2010	128	98	131	71	134	179	112	93	102	64	82	100	1294
2011	96	82	240	143	162	208	186	266	132	169	122	146	1931
Total por Mês	570	474	789	640	604	640	695	724	756	836	955	866	8549

Fonte: Advocacia-Geral da União (2012).

Apenas o Ministério da Saúde gastou com compra de medicamentos oriundos de decisões judiciais cerca de R\$ 2,44 milhões em 2005 saltando em 2011 para cerca de R\$ 243,9 milhões, representando um aumento de 10.000%.

GRÁFICO 1 – Evolução de Gastos com Ações Judiciais



Fonte: Advocacia-Geral da União (2012).

Com a crescente demanda das ações e dos gastos do dinheiro público a Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo criou o “S-codes” um sistema de informações sobre ações judiciais.

A partir de um relatório denominado “Saúde em dados: Contextualização”

(NAFFAH FILHO; CHIEFFI;CORREA et al, 2010) foram apresentados alguns dados sobre as ações e o gastos gerados no Estado de São Paulo.

Ao analisar os custos referentes a 66.060 itens envolvidos nas 23.003 ações ativas no judiciários até o ano de 2010, chegou-se a um valor mensal de R\$ 42.712.559,81, estimado em R\$ 512.550.717,72 anualmente gastos pelo poder público para cumprimento das ações judiciais (NAFFAH FILHO CHIEFFI; CORREA, 2010).

O montante estimado referente às ações judiciais, envolvendo 23.003 demandas ativas, equivale a mais de 4,5 vezes o gasto anual com internações para transplantes de órgãos e tecidos, e a cerca de 90% do gasto anual do SUS com diagnóstico em laboratório clínico, contemplando mais de 123 milhões de exames em residentes do Estado de São Paulo. (NAFFAH FILHO et al, 2010, p. 28).

Com essas informações é possível perceber que a esperança de concretizar direitos através da investida do Poder Judiciário na política começa a se desestruturar sendo capaz de ocasionar diversos abalos jurídicos, políticos e sociais. Assim,

No curso do processo de transformações por que passou nos últimos vinte anos, a justiça brasileira, de um modo geral, acabou assumindo, por um lado, um papel marcadamente protagônico no espaço político, mas perdeu credibilidade, por outro lado, como prestadora do “serviço público” de solução rotineira de controvérsias. (VERÍSSIMO, 2008, p. 410-411).

A 'judicialização da saúde', traz interessantes debates sobre o papel das instituições brasileiras na promoção dos direitos sociais e criação de políticas públicas nos ditames de necessidades da população. Logo, a figura do 'juiz-herói', capaz de influenciar de maneira positiva na seara política, a fim de concretizar direitos na sociedade, tomou lugar para o 'juiz-vilão', capaz de deturpar a ordem política e causar maiores desigualdades, essa é a posição prevalente no cenário brasileiro contemporâneo e que se passa a analisar no próximo tópico.

3.3.2 Críticas à intervenção do Poder Judiciário na área da saúde e dos demais direitos sociais

O termo 'judicialização da saúde' é, sobretudo, utilizado para designar as demandas judiciais que tem como objeto a possibilidade ou não de concessão de qualquer insumo ligado a saúde, sejam eles medicamentos, próteses, internações, entre outros, ou seja,

prestações materiais.

A expressão 'judicialização da saúde' é derivado do gênero 'judicialização da política', tomando denominação própria pelas grandes discussões e quantidade das demandas relacionadas a saúde no âmbito judiciário.

Wang (2009) demonstra que geralmente as demandas levadas ao Poder Judiciário usam:

[...] [como] fundamento jurídico para o pedido a Constituição Federal, que prevê o direito à saúde como um direito fundamental e um dever do Estado (art. 6º e 196) e inaugura um sistema de saúde que tem entre seus princípios a universalidade (acesso a todos os cidadãos), a igualdade (não discriminação) e a integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade) no atendimento (art. 196 e 198). (WANG, 2009).

Demandas e mais demandas são concedidas favoravelmente àqueles que clamam seus direitos no Poder Judiciário, inflamando o governo de gastos extra-orçamento, os quais poderiam ser designados para atender questões de saúde que abrangeriam maior número de pessoas.

No entanto, complexo é o tema, pois o magistrado ao receber o processo requerendo medicamentos ou qualquer outra prestação da saúde se vê em uma situação solitária e de alto risco, pois poderá decidir sobre a vida ou não de outro ser humano.

Por contradição, poderá o mesmo magistrado decidir pela vida de uma pessoa ou de milhares de outras. Assim, destaca Barroso (2008)

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. 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.

Neste viés, insurgem as grandes críticas a 'judicialização da saúde' e o temor da 'justiciabilidade individual irrestrita' (SILVA, V. A., 2011, p. 203), dentre as principais posições contrárias é possível encontrar as seguintes:

- i) Desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes, pois o Poder Judiciário

estaria invadindo a seara da Administração Pública²¹;

ii) Ausência, por parte dos juízes, de conhecimento específico sobre políticas públicas e recursos públicos, além da ausência de saberes da própria saúde em suas várias áreas de conhecimento e recursos públicos. Neste caso, é possível destacar posições que atacam argumentos sobre o Poder Judiciário estar preparado exclusivamente para casos específicos e de cunho individual (AMARAL, 2001, p. 38) e o magistrado não possuir conhecimento suficiente sobre as políticas públicas disponíveis, além da capacidade e disponibilidade do orçamento público (HOLMES;SUNSTEIN, 1999).

iii) Os Direitos Sociais, incluindo o direito à saúde, possuem caráter coletivo e os juízes não devem pensar neles como direitos individuais, mas sim, visualizá-los em conjunto as políticas públicas (SILVA, V. A., 2011). Portanto, não é concedido aos direitos sociais uma atenção diferenciada no seu processo de decisão, sendo comparados a direitos individuais, causando uma individualização de tais direitos que não possuem esse caráter (SILVA, 2008; SILVA, V. A., 2011).

iv) As demandas judiciais nem sempre são destinadas as pessoas hipossuficientes, causando uma inversão de valores na justiciabilidade do direito à saúde (SILVA;TERRAZAS, 2011; VIEIRA;ZUCHI, 2007).

Contemplando as quatro críticas apresentadas, Wang (2009, p. 41/42) ao analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concluiu que:

As decisões dos juízes brasileiros, em regra: (1) consideram o direito à saúde apenas como um direito individual; (2) não observam as consequências econômicas e distributivas de suas decisões; (3) raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos; (4) ignoram recomendações científicas que contra-indicam o tratamento pedido; (5) não levam em consideração as políticas públicas existentes; (6) ignoram a existência de custos de oportunidade, pois se enxerga apenas quem tem um direito concretizado com a escolha alocativa feita por uma decisão judicial, desconsiderando aquilo que se deixou de ganhar em termos de efetivação de direitos por um uso alternativo desses mesmos recursos; (7) não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas, para saber as razões pelas quais uma determinada política não foi implementada, e nem para conhecer a possibilidade de se cumprir a decisão judicial frente aos outros direitos que o poder público precisa efetivar.

²¹O tema é comumente utilizado pelo Poder Público em demandas judiciais sobre políticas públicas, neste sentido, Freire Júnior (2005) e Dal Bosco (2008).

Piovesan (2010, p. 64) também identificou que a maioria das decisões em relação aos casos relativos ao direito à saúde foram procedentes para fornecer a prestação material pretendia,

Quanto ao direito à saúde, as decisões judiciais proferidas asseguram este direito como uma prerrogativa constitucional inalienável e indispensável, decorrente do direito à vida. A esse direito as decisões correlacionam o dever de o Estado formular e implementar políticas que visem garantir a todos [...] o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, as decisões tecem expressa opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesses financeiros e secundário do Estado. O objetivo é assegurar o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Marques e Dallari (2005, p. 42) apontaram em um estudo realizado entre os anos de 1997 e 2004 que aproximadamente 80% das decisões indicaram que “[...] o autor ser portador de uma doença e necessitar de um determinado medicamento, é curial seja o Estado obrigado a providenciar a sua implementação” e “o direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos”, ignorando questões orçamentárias e política públicas já existentes.

São diversos os estudos que apontam a falta de critérios para concessão de prestações materiais para casos que envolvem o direito à saúde. Talvez, isso seja indicativo de conturbada transição de uma falta de efetividade dos Poderes Públicos para uma judicialização excessiva, sendo necessário buscar parâmetros para uma atuação coerente do Poder Judiciário (BARROSO, 2008).

Apesar da grande gama de argumentos desfavoráveis a judicialização da saúde, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 206) assevera que “Argumentar contra uma justiciabilidade individual irrestrita dos direitos sociais não significa, portanto, defender que não deve haver nenhum espaço para o Poder Judiciário nesse âmbito.”

As críticas são incisivas na atuação do Poder Judiciário, mas não contemplam causas extrínsecas que podem gerar uma 'judicialização da saúde' excessiva e prejudicial. Assim, é necessário conceber e relacionar as críticas com outras perspectivas, como a má alocação de recursos, a corrupção e as influências do âmbito privado (planos de saúde, indústrias farmacêuticas, etc.) que interferem negativamente no processo de 'judicialização da saúde'.

Tais análises são essenciais para um desdobramento coerente dos problemas da 'judicialização da saúde', quais sejam: i) Excesso de demandas no Poder Judiciário; e, ii) interferência sem parâmetros na seara política.

Neste ínterim, cumpre analisar as críticas à 'judicialização da saúde' sob 4 perspectivas de análise: i) Teoria da Separação dos Poderes, para avaliar a legitimidade do Poder Judiciário em atuar nas lides relativas a saúde e de políticas públicas; ii) Ineficiência estatal e corrupção, para avaliar os contrassensos existentes entre os representantes democráticos do povo e o Poder Judiciário; iii) Saúde como bem mercadológico, para analisar a influência do poder do capital, sobretudo planos de saúde e indústrias farmacêuticas, na 'judicialização da saúde'; e, iv) Avaliar como os dois, dos principais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidem as ações relacionadas a saúde e quais tipos de demandas (individuais ou coletivas) são mais frequentes nesses tribunais.

A análise tem viés amplo, mas só assim será possível evidenciar que as causas da 'Judicialização da Saúde' não se restringem a (má) atuação do Poder Judiciário, embora seja ele a *ultima ratio* para resolução dos conflitos políticos que envolvem o direito à saúde.

3.3.2.1 Análise das críticas sob a perspectiva da teoria da separação dos poderes²²

As críticas que circundam a questão da teoria da separação dos poderes e a intervenção do Poder Judiciário para controlar as políticas públicas remetem a ausência de legitimidade para qualquer poder interferir na seara do outro, ocasionando, na expressão de Virgílio Afonso da Silva o *–mito de Montesquieu*²³.

A teoria denominada separação de poderes remete aos clássicos pensamentos desenvolvidos por Montesquieu no século XVII na famosa obra *–O Espírito das Leis*”, onde é relatado que:

²² Grande parte das ideias desenvolvidas neste tópico são reproduções da monografia de conclusão de curso do autor desta dissertação (FALAVINHA, 2010) e reproduzidas em artigo científico já publicado (vide: OLIVEIRA;FALAVINHA, 2010) que foram atualizadas e adaptadas a presente pesquisa. Logo, será possível encontrar as mesmas ideias e, por vezes, as mesmas palavras em alguns momentos.

²³ Neste sentido: *–Não se pode esquecer que a chamada ‘teoria da separação dos poderes’, atribuída a Montesquieu, baseia-se sobretudo em um capítulo de seu ‘Espírito das Leis’, no qual Montesquieu ‘descreve’ o sistema político inglês por volta de meados do século XVIII, e que isso tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas contemporâneas.*” (SILVA, V. A., 2008, p. 588).

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1987, p. 164-165).

Como se observa, a separação desenvolvida por Montesquieu pressupõe a tripartição das funções do Estado, determinando a necessidade de existir órgãos responsáveis pelas principais atividades de governança, como o Legislativo para criar as leis, o Executivo para executá-las e o Judiciário para julgar eventuais demandas particulares e controvérsias de aplicação das leis.

Tal teoria se apresenta moldada na não intervenção de um poder na esfera do outro, devendo todos trabalhar de forma independente.

Mas, embora Montesquieu tenha sido o pensador mais conhecido e prestigiado pelo desenvolvimento desta teoria de separação, outros pensadores também contribuíram e criaram suas teorias como Locke (1994, p. 171-173), o qual determinava a criação de uma função legislativa, com intuito de definir a maneira como a força pública deve ser empregada, uma executiva, determinando a aplicação desta força, e um federativo da comunidade civil, para manutenção das relações diplomáticas com outros Estados. Rousseau (2006) defendia uma separação de poderes baseada na soberania da lei, pois acreditava que esta seria expressão da vontade geral de todos.

Benjamin Constant que influenciou os ideais monarquistas no Brasil Império e contribuiu intelectualmente para surgimento do Poder Moderador entre na constituição de 1824, através de uma interpretação conturbada de sua teoria pelo Imperador Dom Pedro I e seus aliados, também apresentava a possibilidade de controle entre os poderes (SARMENTO, 2010, p. 11)²⁴.

Todos os pensamentos desenvolvidos em torno da separação de poderes apresentam a necessidade de organização do poder estatal, visando à preservação da sociedade, a qual deve ter direitos garantidos, na medida de suas necessidades reais.

²⁴Neste Sentido: “Na verdade, o modelo adotado no Brasil não correspondia com fidelidade às teorias de Benjamin Constant – pensador liberal, extramente preocupado com a contenção do arbítrio dos governantes em prol das liberdades individuais. Para Constant, o poder moderador deveria ser um poder neutro, que agisse sempre de forma imparcial, para manter o equilíbrio e a concórdia dentre os demais poderes, e garantir o respeito aos direitos individuais. Para ele, isto jamais seria possível se esse poder neutro fosse atribuído ao titular de qualquer dos outros poderes ditos ‘ativos’, como ocorreu na Carta de 1824, em que o Imperador cumulava o Poder Moderador com a chefia do Executivo.” (SARMENTO, 2010, p. 11).

É tutelada, também pela separação de poderes, a segurança jurídica do Estado, pois é capaz de assegurar normas pré-escritas e conceituadas que não podem ser alteradas facilmente, devendo cada uma das três funções laborarem para a manutenção dessa estrutura, desempenhando um papel determinado.

Tal teoria, como salienta José Afonso da Silva (2006, p. 109):

Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 17.9.1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, 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 à sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

No cenário brasileiro, como em todos os Estados de derivação liberal, estruturou-se o Poder político de acordo com a separação dos poderes, desde a Constituição de 1824, embora esta acrescentasse aos três Poderes, um quarto, denominado Poder Moderador (FERREIRA FILHO, 2009, p. 190), nos ditames já comentados.

No texto constitucional vigente, a separação dos poderes se encontra no artigo 2º onde é disposto que –São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

O desenvolvido acerca da tripartição do poder estatal desponta a ideia de que não deve existir qualquer intervenção de um poder na atividade do outro, tal preceito é comumente invocado pelo Poder Público (Executivo e Legislativo) para eximir-se da intervenção do Poder Judiciário, como forma de excluir a legitimidade deste órgão em controlar a finalidade de seus atos, mesmo quando há claro desrespeito a direitos fundamentais e sociais. No entanto, tal teoria é infundada, pois mesmo na teoria clássica da separação dos poderes há uma forma de controle conhecida como *‘check and balances’* ou *‘freios e contrapesos’*.

Tal sistema compõe a estruturação de funções típicas e atípicas, determinando que o executivo além de administrar e executar a lei, deve também controlar a atividade legislativa, através do veto do Chefe do Poder Executivo, ou delegar poderes e emitir normas administrativas próprias, o Legislativo, além de criar as leis, tem o poder atípico de fiscalização de alguns pontos do Executivo, e o Judiciário, além de julgar as demandas que lhe são provocadas, pode através do controle de constitucionalidade controlar disposições

legais e administrativas.

Até mesmo na sua forma mais pura, Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo *veto*, no processo legislativo. A organização, todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma invasão de um poder na função reservada a outro (FERREIRA FILHO, 2009, p. 137).

Portanto, como leciona Bonavides (2006, p. 157-158) :

Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação. Os valores políticos cardeais que inspiraram semelhante técnica ou desapareceram ou estão em vias de desaparecimento. A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos [...] Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno, a onipotência sem freio das multidões políticas.

Ainda, com base em Coste-Floret (apud BONAVIDES, 2006, p. 159):

Pois que é indubitável que a soberania é una, é impossível admitir com o sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é una, não preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmônica nos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte com a regra da diferenciação das funções. Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.

Neste sentido e com agasalho na ordem constitucional brasileira vigente, temos um sistema de separação de poderes com algumas particularidades e que adequadamente interpretado expressa a garantia e concretude de todos os direitos fundamentais.

Ante o exposto, embora a Constituição Federal, como mencionado, estipula no artigo 2º a independência e harmonia dos três poderes, há diversas disposições na lei maior que demonstram a imposição necessária de um sistema de controle, com os moldes do *check and balances* citado e a inovação de medidas a serem utilizadas pela própria população.

Neste viés, logo no inciso XXXV, do artigo 5º, CF, é apresentada a disposição de que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de direito;” (BRASIL, 1988) e no inciso LII, do artigo 5º, CF, “[...] ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;” (BRASIL, 1988).

Essas disposições do texto constitucional implicam no reconhecimento do Poder Judiciário em rever decisões tomadas por outros poderes quando lesionam ou causam perigo de lesão a direitos fundamentais, compreendendo no princípio da inafastabilidade do controle judicial (FERREIRA FILHO, 2009, p. 192).

Ao contrário do contencioso administrativo existente na França, compreendido em um órgão idôneo e imparcial, no direito brasileiro a *ultima ratio*²⁵ para salvaguardar os direitos fundamentais dos abusos dos poderes governamentais é o Poder Judiciário.

Para corroborar tais afirmações, ao longo do texto constitucional nos incisos LXVII, LXIX, LXX, LXXII, do artigo 5º, C.F., apresentam remédios constitucionais que visam à proteção de direitos fundamentais, que se apresentam respectivamente como o *habeas corpus*, mandado de segurança, individual e coletivo, mandado de injunção e *habeas data*, todos, instrumentos que devem ser interpostos ao Poder Judiciário e estão sujeitos ao seu crivo decisório.

Ainda, no inciso LXXIII, do artigo 5º, C.F., é disposto que “[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]” (BRASIL, 1988), e neste mesmo sentido, no artigo III, do artigo 129, C.F., ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, “[...] promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos;” (BRASIL, 1988). Outras

²⁵Importante ter em mente a característica de *ultima ratio* do Poder Judiciário para salvaguardar os direitos humanos fundamentais. Pois, geralmente, quando chegam a baila do controle jurisdicional, já foram lesionados ou estão em iminente perigo de lesão, sendo a medida, muitas vezes, ineficaz. Por isso, “[...] Fazr Direitos Humanos” nos pensamentos de David Sanches Rubio e Joaquim Herrera Flores é realizá-los diariamente como pessoa, como sociedade e como Estado. Aliás, nesta perspectiva de compreensão, não é possível colocar toda a pressão no judiciário, já que temos vários outros órgãos e a sociedade civil, como entes capazes de controlar e contribuir para a real efetivação dos direitos na sociedade (Neste sentido: RUBIO, 2010; HERRERA FLORES, 2009).

disposições constitucionais podem ser elencadas, como o controle concentrado de constitucionalidade (Art. 103 da CF/88).

Portanto, o que a carta constitucional quer demonstrar é a necessidade do Poder Judiciário controlar e fiscalizar os outros poderes, não de forma absolutista e imprudentemente intervencionista, mas unicamente para assegurar os direitos fundamentais de todos os indivíduos e, no âmbito das políticas públicas, fazer valer as necessidades e vontades de uma maioria marginalizada conduzida por ‘aqueles’ que estão no poder. A legitimidade do Poder Judiciário em controlar as políticas públicas é amplamente aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual será demonstrada a seguir.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9/DF, do Supremo Tribunal Federal, ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido

[...] se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles 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". Existindo este papel do Poder Judiciário, prossegue o Ministro, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a "reserva do possível", mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente. Ainda que reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental. A "reserva do possível" não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Como ressalta o Min. Celso de Mello, "Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Ainda, continuando a decisão:

Desrespeito à Constituição – modalidades de Comportamentos Inconstitucionais do Poder Público. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que

dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operante e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que poder ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

E neste sentido, segue vasta jurisprudência.²⁶ As exposições das decisões do Supremo Tribunal Federal se fazem necessárias para corroborar as afirmativas elaboradas com base na doutrina e texto Constitucional, pois demonstram empiricamente a necessidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o qual, na esteira de pensamento do Tribunal Constitucional, deve aferir a eficácia dessas políticas comparando-as com as disposições constitucionais, para concluir se restam eficientes ou se há necessidade de criação de novas políticas para atender os direitos fundamentais dispostos.

Neste panorama, Moraes (2003, p. 541) concede a atenção de que:

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpiônica – de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas.

As palavras expressam a competência do Poder Judiciário em garantir o texto constitucional, primariamente na sua essência de direitos fundamentais e sociais, devendo

²⁶Para maiores detalhes vide Falavinha (2010). Ainda, é óbvio, que nem sempre é necessário concordar com os Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois as decisões do Poder Judiciário, em qualquer instância, quando relacionadas com direitos sociais e políticas públicas apresentam graves problemas de fundamentação inconsistente e banalizadora de normas constitucionais, mas tal tema será analisado mais adiante. Entretanto, é importante retratar e demonstrar a decisões citadas para mostrar a ampla aceitação da comunidade jurídica do Poder Judiciário controlar Políticas Públicas e a necessidade de se repensar as funções da tão aclamada teoria da separação dos poderes.

ponderar suas decisões adequadamente' para realmente concretizar a dignidade da pessoa humana em um ambiente saudável e nos ditames das necessidades da sociedade.

Assim, inaugura o que pode ser chamado de supremacia da constituição. Uma supremacia que deve ser entendida como forma de representação das vontades da sociedade, delineada na participação de todos e com necessidade de se fazer controlada e efetivada. Não deixando astuciosas manipulações utilizarem as políticas públicas como mero jogo de interesses políticos desprovidos de qualquer relação com as necessidades sociais e os parâmetros constitucionais. Assim:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional (SILVA, J. A., 2006, p. 46).

É possível observar que o Poder Judiciário tem legitimidade para exercer um controle jurídico-constitucional sobre as políticas públicas, devendo ser um dos aliados na efetivação dos direitos fundamentais e sociais, como o direito à saúde, através da concretude dos fundamentos, objetivos e direitos do texto constitucional. Portanto, vê-se plausível a expressão –Mito de Montesquieu” de Virgílio Afonso da Silva mencionada no início deste tópico, sendo pertinente a transcrição de sua reflexão:

Um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão acima delineada é a referência à teoria da separação dos poderes. No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples ‘boca da lei’, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. Mas o que é compreendido como a ‘teoria da separação dos poderes’ é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquele que Montesquieu tinha como paradigma. Em vista disso, o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada neste trabalho.

Há, contudo, um outro argumento – de certa forma ligado à ideia de separação de poderes, ao papel dos juízes nessa separação e à dicotomia Estado Liberal/Estado Social – que merece atenção especial. (SILVA, V. A., 2008, p. 588-589).

A legitimidade para controlar políticas públicas não pode ser impedida pelo argumento da separação de poderes. Como visto, é pacífico nos moldes do ordenamento o controle judicial. O que merece destaque é que este controle não pode ser feito a critérios vagos e genéricos, pautados em argumentos repetitivos sobre direito subjetivo a determinada prestação social, dignidade humana e etc. Entretanto, penso que deve haver uma relação entre a vontade e a necessidade da população, aliada as diretrizes constitucionais e relacionada com a conduta governamental, para ocorrer uma interferência produtiva, coerente com o princípio democrático e não prejudicar ainda mais, a já degradante realidade dos direitos no cenário brasileiro.

3.3.2.2 Análise das críticas sob a perspectiva da ineficiência estatal e da corrupção

A grande crítica relacionada com a 'judicialização da saúde' é relativa a alocação de recursos públicos. Essas questões são complexas e relacionam-se, em regra geral, com a problemática de alocação de recursos (in)diretamente promovida pelo Poder Judiciário, classificados como escassos, sendo ele um 'vilão' do direito à saúde.

Uma série de conceitos é inserida dentro dessas temáticas, como: 'reserva do possível', 'escassez de recursos' e 'justiça distributiva'. Como demonstrado, os gastos com o direito à saúde originados de decisões judiciais, são vultosos e, aparentemente, de acordo com as críticas, não respeitam qualquer critério relacionado as escolhas democráticas e técnicas.

Como visto na primeira parte deste trabalho os direitos 'custam dinheiro' e por uma questão histórica e política o estado brasileiro preferiu conceder maior efetividade aos direitos individuais (propriedade, por exemplo) do que aos direitos sociais. Esse cenário de custos para promoção dos direitos na sociedade levanta questões sobre a inerente condição de os recursos se apresentarem escassos, fato que se comunica com a chamada teoria da reserva do possível.

A teoria da 'Reserva do Possível' tradução da expressão germânica *Vorbehalt des Möglichen*, é construção importada do direito alemão da década de setenta e regularmente invocada como argumento contrário ao controle judicial de políticas públicas e a concessão de bens materiais ou serviços na área da saúde ao suscitar a importância de limites financeiros para sua concretização, um cenário de recursos escassos e que, por vezes, "escolhas trágicas" (CALABRESI; BOBBITT, 1978) são necessárias para tentar buscar uma adequação social nas

prestações de direitos sociais²⁷.

[...] a construção teórica da ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970²⁸. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos. (SARLET, 2010, p. 29).

Segundo Barcellos (2002, p. 236):

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Em linhas gerais, tal teoria leva em conta dois aspectos, um fático e outro jurídico, o primeiro conduz a falta de capital, pessoal ou condições materiais para a realização de tal preceito constitucional, e o segundo, destaca a necessidade de previsão orçamentária e recursos financeiros para sua realização. A reserva do possível invoca elementos necessários a concretização dos direitos sociais, pois como mencionado anteriormente, tais direitos para se tornarem efetivados na sociedade contam com gasto do dinheiro público (FAZOLI; FALAVINHA, 2010).

²⁷Neste sentido, Rosa (2009): “[...] como, por exemplo, decisões de que você deve comprar tal medicamento, ou tantos quantos forem necessários para o atendimento daquele paciente, independentemente de ter isso no estoque, independentemente de ter isso na lista do SUS, devem ser comprados. E aí determinar ao Estado, à União e ao município, que devem ser comprados por esses entes sem licitação pública, sem nenhum tipo de procedimento preliminar. Para isso, eles bloqueiam a conta nº tal, que tem lá um recurso destinado para um programa do governo municipal, e que esse recurso fique disponível para que seja cumprida aquela determinação.” Em contrapartida, Mendonça, (2009): “O argumento mais costumeiro inclusive é o da insuficiência de recursos e o da reserva do possível, dizendo que não há dinheiro suficiente para financiar todo esse custo na área da saúde brasileira. E o contra argumento que se faz é que, infelizmente, na maioria dos casos, o ente público não traz a prova dessa insuficiência de recursos, e aí fica difícil para o juiz saber se ela realmente existe ou não, como também o princípio da proporcionalidade - saber se num caso concreto o direito à vida vai ser ou não mais importante do que a finança pública, do que o orçamento público [...]”.

²⁸José Reinaldo de Lima Lopes traz importante consideração sobre a origem da reserva do possível: “A reserva do possível não é uma novidade absoluta, embora seu enquadramento no direito constitucional torne-a particularmente distinta hoje em dia. Tornou-se expressão corrente em um contexto bastante determinado e dentro de tal contexto deve ser entendida, explicada e explorada. O contexto é o das promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social da segunda metade. A respectiva história poderia ser traçada mais longe, desde a crise do liberalismo constitucional experimentada no Ocidente depois da Grande Guerra de 1914-1918. Mas podemos confortavelmente ficar com a onda constitucionalista da segunda metade do século XX.” (LOPES, 2010, p. 155).

Inúmeros trabalhos afirmam que os recursos são escassos e não é possível empreender uma distribuição satisfatória para todos terem seus direitos garantidos²⁹, sendo necessária a realização de escolhas políticas para alocação de recursos, fato que impediria a atuação do Poder Judiciário, por não ter legitimidade para alocar recursos e não gerar justiça distributiva³⁰.

Legitimidade democrática para alocar recursos diretamente sem qualquer fundamentação é óbvio que os juízes não possuem. Mas, tem o dever de interferir quando há nítida afronta as diretrizes constitucionais e os poderes políticos não estão cumprindo sua função de representar os interesses da sociedade.

No entanto, qual seria a razão para afirmar que os recursos são escassos sem uma análise prévia da própria distribuição desses recursos pelo governo? Com rápidas análises é possível observar que tais argumentos não operam de forma a auxiliar um debate real e capaz de concretizar os direitos de uma maneira satisfatória para a sociedade. Não basta dizer que os gastos são significantes e que o Poder Judiciário desarticula as políticas públicas existentes ao conceder bens materiais em demandas relativas a saúde, não promovendo justiça distributiva. Recursos podem ser considerados escassos, mas será que essa escassez não se opera além do Poder Judiciário?

Assim, considerar a existência de pressupostos jurídicos e fáticos (reserva do possível e recursos escassos) para garantia do direito à saúde é perspectiva importante, já que eles 'custam dinheiro'. Mas, não deve ser banalizada e utilizada como argumento de autoridade para não prover direitos sociais ou não criar políticas públicas para determinadas situações que devem ter prevalência na agenda governamental. Logo, há nítida necessidade de fazer escolhas e compactuá-las com o controle judicial é o ponto nevrálgico da discussão das posições contrárias a intervenção, pois os juízes não têm legitimidade democrática e conhecimento técnico.

²⁹Neste sentido, vide Amaral (2001), Virgílio Afonso da Silva (2011), Campilongo (2011).

³⁰A noção de justiça distributiva poderia ser trazida para este contemplando sua análise desde a compreensão Aristotélica em *Ética a Nicômacos*, onde o filósofo contempla sua teoria da justiça. No entanto, para efeitos práticos e condizentes com as necessidades deste trabalho, basta a explicação doutrinária de Lima Lopes (2006, p. 127-128): *Justiça distributiva é a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) de: (a) coisas comuns (não produzidas por ninguém); (b) coisas produzidas em comum; (c) autoridade e poder – liberdade (que por definição são sociais), com as respectivas responsabilidades e recompensas; (d) incentivos a talentos individuais socialmente relevantes e desejados (embora na sociedade capitalista o talento para fazer dinheiro seja o talento por antomásia). Neste sentido, a adequada e justa distribuição destes acervos comuns é que propicia o bem comum [...] Os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva.[...]* —A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns [...]. Tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso. Daí o ar de injustiça de que padecem decisões judiciais que contrariam as regras geralmente estabelecidas e aceitas, pois rompem com a regra formal da justiça: que todos que pertencem a mesma classe sejam tratados igualmente. [...] (LOPES, 2006, p. 132) —A distribuição consiste em partilhar algo comum. Distribuir é tomar algo que é um todo e dividi-lo. Distribuir é aplicar a cada parte que compõe um sistema algo que pertence a todo o sistema. [...] (LOPES, 2006, p. 142).

Porém, uma das razões do acúmulo crescente de ações requisitando bens e serviços da saúde se desenvolve pelo notório descrédito nos Poderes Executivo e Legislativo por parte da população brasileira. Apesar dos grandes avanços na concretização dos direitos sociais, em especial a saúde, e criação de políticas públicas no cenário brasileiro nos últimos vinte e cinco anos, questões sociais continuam a míngua, e quando falamos em saúde, é fácil de perceber a triste realidade com a ausência de medicamentos, hospitais sem estrutura, falta de médicos, ou seja, uma política, universal e gratuita, falaciosa que ainda respira inspirações dos regimes antigos³¹.

As políticas públicas são instrumentos que devem pautar as necessidades da população, mas, são instrumentos discricionários e de planejamento, podendo ter uma natureza ambivalente – ser “boa” ou “ruim”. São os representantes da democracia que realizarão as escolhas para alocação de recursos financeiros e materiais e positivarão a política pública para atingir determinado setor da sociedade. Assim, é possível escolher se será priorizada uma política pública relacionada a saúde ou ao setor industrial, a educação ou ao setor comercial, enfim, a natureza da política públicas permitem sua manipulação por uma rede de poder e de capital, que na maioria das vezes não priorizará as necessidades sociais mais tênues e o projeto de Estado Democrático e Social de Direito constitucional.

Essa lógica é importante por duas razões: i) desmistificar o Poder Judiciário como único 'vilão' da má alocação de recursos para a saúde; e, ii) mostrar que a falta de efetividade do direito à saúde e dos demais direitos sociais por parte das instituições democráticas contribuem para uma judicialização desenfreada. Portanto, para corroborar tais afirmações serão utilizados fundamentos que demonstram a má alocação de recursos por parte do governo brasileiro e casos de corrupção³², fatores que prejudicam o desenvolvimento das políticas públicas na concretização do direito à saúde.

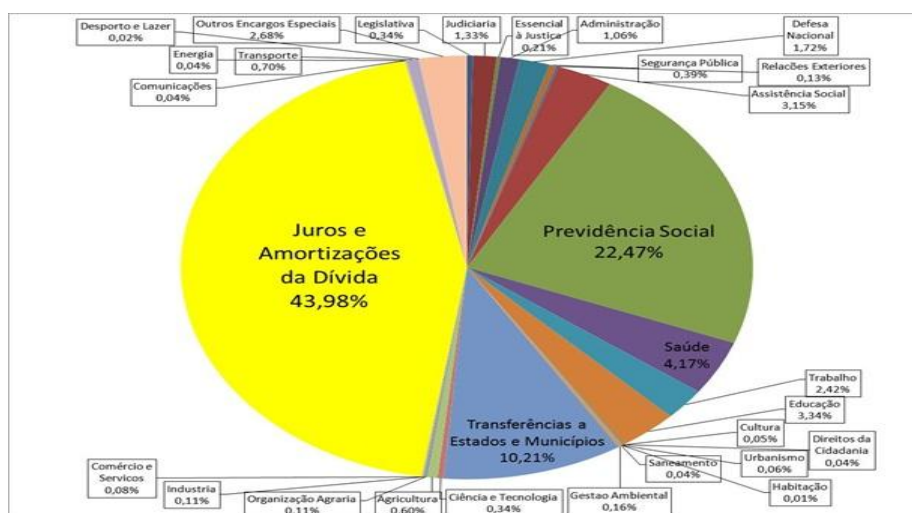
³¹Neste sentido: “A Controladoria-Geral da União (CGU) identificou problemas na infraestrutura das Unidades Básicas de Saúde (UBS) de 13 dos 24 municípios visitados pelo “Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos”. Os problemas vão desde infiltrações até falta de água potável. As unidades são a porta de entrada preferencial do Sistema Único de Saúde (SUS) e têm como objetivo, atender até 80% dos problemas de saúde da população, sem que haja necessidade de encaminhamento para hospitais.” (MAIS DA METADE..., 2013), vide também outros casos citados neste trabalho.

³²O conceito de corrupção é complexo e pode apresentar variedades na sua compreensão, seja numa concepção dogmática jurídica ou em uma análise ética. Para este trabalho a compreensão de corrupção apresentada neste tópico está relacionada com desvios praticados por entes públicos na alocação de recursos, na má utilização desses recursos, ou seja, desvios que maculam a imagem dos representantes da democracia e prejudicam a sociedade brasileira. Para justificar tal escolha, segue a observação de Livianu (2006, p. 29) ao compreender que o fenômeno da corrupção abarca inúmeros sentidos: “Os fenômenos sociais complexos, como é o caso da corrupção, não permitem unanimidade em sua conceituação, surgindo diretrizes que procuram abranger todos os seus elementos. A corrupção como um fenômeno que existe desde a Antiguidade, pode ser conceituada em vários aspectos, nas perspectivas sociológicas, econômicas e jurídicas [...]”.

Aborda-se por primeiro a má alocação de recursos para pagamento da dívida externa em contrapartida do dispensado para a saúde, em segundo o desproporcional gasto do dinheiro público com determinadas medidas de pouco interesse social, como propaganda institucional, em detrimento ao direito à saúde, e, em terceiro, a falta de investimento do governo na área da saúde pública.

Cunha (2012), afirma que “[...] o Governo brasileiro tem utilizado a maior parte de seu orçamento para o pagamento de juros e amortizações da dívida, sacrificando, em contrapartida, os investimentos sociais em educação, saúde [...] dentre outros.” Tal questão é demonstrada pelo gráfico abaixo, elaborado pela associação *Auditoria Cidadã*³³, o qual demonstra que o governo federal gastou em 2012 quase metade de sua receita para o pagamento da dívida pública, dispensando cerca de R\$ 753 bilhões, deixando para a saúde apenas 4,17%.

GRÁFICO 2 – Despesas do governo federal em 2012



Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida (2012).

³³ Neste sentido, segue informações sobre os objetivos das associação: –Art. 2º. A Associação tem como objetivos: I – Realizar, de forma cidadã, auditoria da dívida pública brasileira, interna e externa, federal, estaduais e municipais. II – Demonstrar a necessidade do cumprimento do disposto no artigo 26 do ADCT da Constituição Federal de 1988, que prevê a realização da auditoria da dívida externa. III – Exigir a devida transparência no processo de endividamento brasileiro, de forma que os cidadãos conheçam a natureza da dívida, os montantes recebidos e pagos, a destinação dos recursos e os beneficiários dos pagamentos de juros, amortizações, comissões e demais gastos. IV – Exigir a devida transparência do orçamento fiscal, de forma que os cidadãos conheçam detalhadamente todas as fontes de recursos públicos e sua respectiva destinação. V – Mobilizar a sociedade em ações coordenadas para a exigência do cumprimento do dispositivo constitucional que determina a realização da auditoria da dívida. VI – Promover estudos e pesquisas relacionados com o tema do endividamento público brasileiro. VII – Popularizar a discussão do endividamento público por meio da elaboração de publicações, manutenção de página na internet e promoção de eventos. VIII – Estabelecer relações com outras entidades e redes nacionais e internacionais com o objetivo de realizar estudos, cooperar com processos de auditoria da dívida em outros países, divulgando a auditoria como ferramenta de investigação do processo de endividamento e como meio para articulação internacional de países endividados.”(AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA, 2012).

Além da notória falta de priorização para questões sociais demonstrada pela baixa porcentagem dispensada para a saúde. No ano de 2012, ocorreu um corte de mais de R\$ 5 bilhões anunciado no orçamento, o que totalizou um corte de R\$ 55 bilhões, destinados para pagar a dívida pública (MENDES, 2012).

Para o professor de Economia da Saúde da Faculdade de Saúde Pública da USP, Áquilas Nogueira Mendes (2012), “o orçamento da saúde vem sendo engolido pela política econômica do governo federal”.

O grosso do orçamento da Saúde vai para a média e a alta complexidade, que é toda a parte de exames e que leva em consideração procedimentos em hospitais. O segundo item considerado é o de recursos para a atenção básica, que são direcionados às cinco clínicas gerais básicas de saúde. O recurso que foi direcionado para [os procedimentos de] alta complexidade e a atenção básica já deixava a desejar em relação ao necessário. Então, o corte vai afetar também aquilo que já faltava para essas áreas. [...]A ausência de gastos públicos no país pressupõe que o gasto privado vem aumentando. Em nosso país, em 2009, se gastou com saúde privada 52% [de todos os gastos com saúde], enquanto a saúde pública, 48%. Em um país com um sistema universal de saúde como o nosso, o gasto público chega a beirar 80% do total. Nós temos 190 milhões de brasileiros, que praticamente 150 milhões não têm plano privado de saúde. Então, a importância do gasto público é fundamental, no SUS [Sistema Único de Saúde]. Mesmo aqueles 40 milhões que têm plano privado utilizam o SUS. Porque o plano privado na hora da alta complexidade, o plano não cobre porque ele diz ser muito caro. Então veja a perversidade da ausência do investimento público na relação com o gasto privado. É muito comum pessoas com câncer de pulmão que tem plano privado, mas que na hora de precisar usar uma quimioterapia mais sofisticada tem que dar entrada no SUS, e o SUS paga [...]Nós temos vários gastos indiretos do Estado. Na área da saúde, as despesas com imposto de renda da pessoa física – isenção com despesa médica -; imposto de renda pessoa jurídica; das entidades sem fins lucrativos que têm isenção no imposto de renda, como [os Hospitais] Sírio-Libanês e Einstein; e, também, a indústria farmacêutica com isenção em medicamentos. Se nós somarmos essas isenções, os dados que temos estimados de 2011, chegou a R\$ 15 bilhões. O fato de isentar isso, é o Estado dando isenção ao privado. Logo, se o Estado isenta ele tem que cobrir os recursos. Ele no fundo está subsidiando o privado. (MENDES, 2012).

O Brasil é o único país do mundo que possui um sistema universal e investe mais em questões relacionadas com o setor privado da saúde do que o público (CUNHA, 2012). De fato, essas escolhas não estão privilegiando as necessidades da sociedade e muito menos promovendo a famigerada justiça distributiva que o Poder Judiciário é acusado de frequentemente desrespeitar.

Além do exemplo relacionado com a manipulação do orçamento federal para privilegiar o pagamento da dívida pública e a maioria do investimento da saúde para o setor

privado, há outras incongruências nas escolhas políticas de alocação de recursos em detrimento dos direitos sociais.

O gasto com o cartão corporativo no governo federal chegou a R\$ 59,6 milhões em 2012 (GOVERNO..., 2013), o gasto com festas e homenagens em 2011 foi de R\$ 54,2 milhões (GASTOS..., 2012), o gasto em publicidade foi de mais de R\$ 600 milhões em 2010 (UNIÃO..., 2011) e o governo lula gastou quase R\$ 10 bilhões em publicidade (EM OITO ANOS..., 2010).

Analisando os pronunciamentos dos representantes da área da saúde na Audiência Pública sobre judicialização da saúde realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril de 2009 e 04, 06 e 07 de maio de 2009 no Supremo Tribunal Federal (STF), foi possível observar que faltaram elogios ao governo brasileiro e sobraram reclamações indicando a ausência de políticas públicas específicas na área da saúde, orçamento baixo, má alocação de recursos e precarização dos serviços públicos.

A posição unânime apresentada por todos os representantes da área da saúde na audiência pública do STF foi relacionada a ineficiência governamental. O descaso do governo brasileiro com a saúde pública é um dos grandes pontos influentes para o processo de judicialização, pois políticas ineficazes ou inexistentes acabam sendo alvo de demandas judiciais para forçar o Estado a cumprir suas obrigações referentes à área da saúde³⁴ (GUEDES, 2009).

Observou-se que tal descaso se faz pelo pequeno orçamento dispensado para a área da saúde,³⁵ (JATENE, 2009; GUEDES, 2009), além de problemas relacionados a própria repartição desses poucos recursos, ocasionando na expressão utilizada por JATENE (2009) um “apartheid social” que demonstra a grave precarização do sistema público de saúde brasileiro:

Realizei um estudo em 1999, na Cidade de São Paulo, procurando analisar a distribuição dos leitos hospitalares nesta cidade. Encontrei que temos 25 distritos com um milhão e oitocentas mil pessoas que têm de dez a quarenta e seis leitos por mil habitantes – média de treze leitos/mil habitantes; temos

³⁴—A sociedade reage a isso tudo. A sociedade reage de diversas formas. No processo de judicialização, é um desses mecanismos de reação.” (GUEDES, 2009).

³⁵—O orçamento do Ministério da Saúde, em 2008, não alcança o de 1985, quando se utiliza o índice de inflação da FIP para o setor saúde. Se nós olharmos a parcela da seguridade que era destinada ao setor saúde, em 1995 tínhamos 22% do orçamento da seguridade; em 1998 tínhamos 18% do orçamento da seguridade; e no ano passado tivemos 12% do orçamento da seguridade. Então, os recursos são decrescentes. Nesse período a população cresceu 30 milhões de pessoas. O envelhecimento vem aumentando, e a incorporação tecnológica não tem precedentes.” (JATENE, 2009). —Este aporte, ainda precário de recursos públicos para a saúde é o fator mais grave a induzir um lento desenvolvimento do SUS, penalizando as populações mais carentes e condenando-as à iniquidade de acesso ao sistema, muito bem referido no documento do PAC da Saúde e que não passa de uma mea maxima culpa do governo brasileiro.” (GUEDES, 2009).

setenta e um distritos com oito milhões e duzentos mil habitantes que têm 0,5 leitos por mil habitantes, dos quais 39 distritos com quarenta milhões de habitantes não têm um leito sequer. Esse é o exemplo do que eu chamo da —assimetria dos recursos de saúde nas cidades”. Tudo isso colocado, assim, rapidamente, resultou no que eu chamo de —apartheid social”. Vivemos no País um —apartheid social”, e, talvez, o maior exemplo disso seja o Rio de Janeiro, com as suas favelas e as lutas que tem. (JATENE, 2009).

O sistema público também apresenta falhas na própria gestão de seus recursos humanos e sua excessiva burocratização³⁶ (CUTAIT, 2009) e que aliada a casos de ausência de determinadas políticas públicas ou ineficiência das existentes vão ao encontro de um sistema público de saúde universal, integral e equânime.

Alguns desses casos fizeram parte das explicações trazidas na audiência pública, como a ausência de políticas para doenças raras (ARAÚJO, 2009), a necessidade reforço de iniciativas do Estado para implementação de novas tecnologias no âmbito da saúde (DINIZ, 2009; ARAÚJO, 2009), adequação mais dinâmica dos protocolos e diretrizes de tratamentos do SUS (GUEDES, 2009; PICON, 2009), o Ministério da Saúde não financia pesquisas no âmbito do SUS (SEGALLA, 2009)

Como se não bastasse a má alocação de recursos promovida pelos representantes do povo e da democracia, há o fenômeno da corrupção responsável por desviar montantes de áreas mais necessitadas, como a saúde, para satisfazer as ambições do poder e do capital.

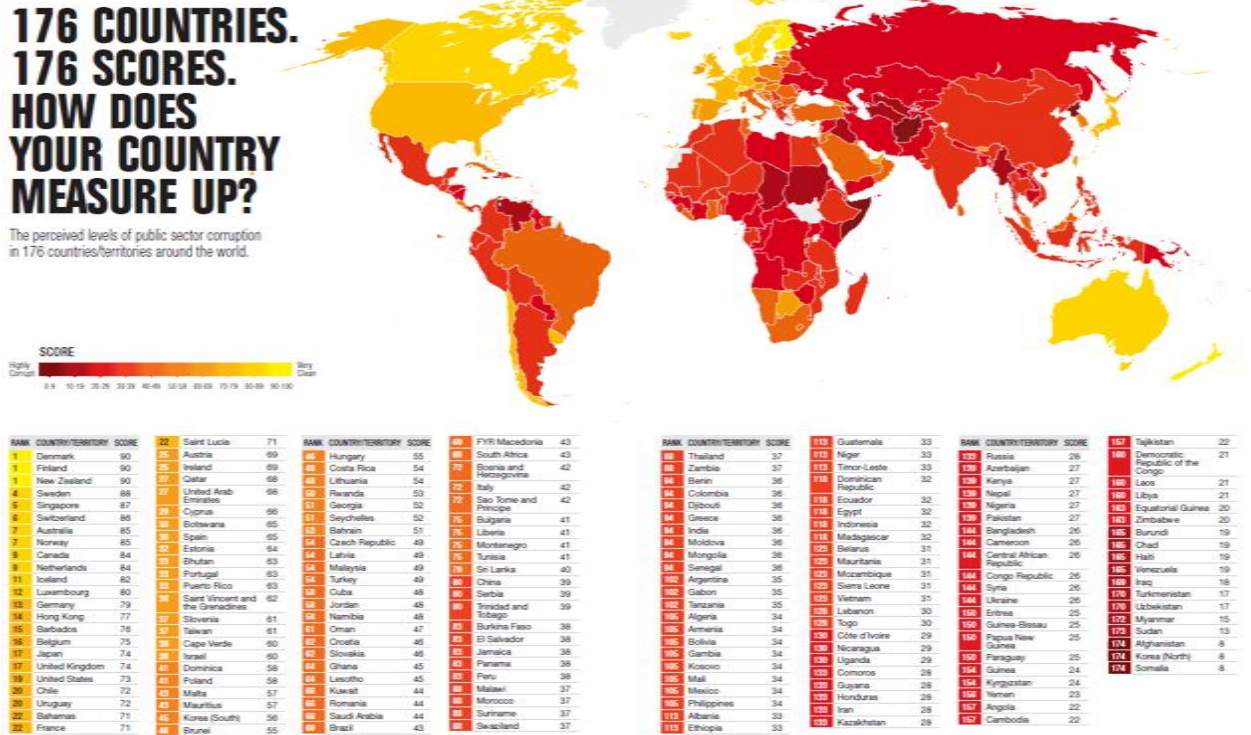
Assim:

De tudo resulta grave prejuízo para o Brasil, que perde recursos, na medida em que contrata acima de preços de mercado; contrata sem querer ou, querendo, contrata mal; dá incentivos fiscais que serão desvirtuados; fraudas licitações; exige propinas; vende informações, tudo em detrimento do erário público, chegando, segundo pesquisas, a prejuízos de cerca de 5% do PIB. (OLIVEIRA, 2012, p. 282).

E segundo a organização ‘Transparência Internacional’, o Brasil se apresenta em 69º lugar no ranking da corrupção mundial.

³⁶—O SUS é um sistema público que tem seus gargalos: financiamentos [...]; gestão – a Administração Pública é amarrada, dificulta decisões dinâmicas; e os seus próprios recursos humanos, uma vez que ele não estimula como um sistema, de um modo geral, a reciclagem de todos que nele trabalham. Ou seja, muitos dos que estão trabalhando no SUS, médicos e outros profissionais de saúde, nem sempre estão com os melhores conhecimentos para os momentos do dia-a-dia. E, na integralidade, é necessário que haja uma interferência para que isso seja real, ou melhor, nos quesitos financiamento, gestão e formação de recursos humanos.” (CUTAIT, 2009).

MAPA 1 – Ranking Mundial da Corrupção



Fonte: Transparency International (2012).

Além da baixa posição no ranking, segundo relatório publicado pela DECOMTEC/FIESP em 2010, o custo médio anual da corrupção chega a quase R\$ 70 bilhões e em relação aos valores dispensados com a saúde, quase 40% é desviado de seu orçamento público para práticas de corrupção. Em 2007, o orçamento do SUS foi de aproximadamente R\$ 41,3 bilhões e com essa quantia eram mantidos na época cerca de 367,4 mil leitos de internação, se o montante médio gasto com a corrupção fosse aplicado, seria possível criar e manter o dobro de leitos já em 2007, totalizando quase 700 mil leitos de internação (DECOMTEC.FIESP, 2010).

A junção da má alocação de recursos com a corrupção demonstra que valores significativos são gastos, mas a situação do direito à saúde permanece quase que inalterada. A ausência de controle permite a aparição de três fenômenos que prejudicam a concretização dos direitos – corrupção, ineficiência e clientelismo (BARCELLOS, 2010, p. 110). Assim, “[...] mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais.” (BARCELLOS, 2010, p. 110).

Imputar, unicamente, ao Poder Judiciário a responsabilidade por não concretizar o direito à saúde e desajustar as políticas públicas criadas é insuficiente para compreensão da grandeza do problema relacionado com a judicialização da saúde. Assim, se o Poder

Judiciário não opera em uma lógica de justiça distributiva, o governo brasileiro também deixa a desejar na distribuição equânime de seus recursos. É óbvio que o Poder Judiciário necessita repensar suas interferências e empreender certos limites na atuação frente as políticas públicas e ao direito à saúde, compactuando a lógica apresentada sobre a teoria da reserva do possível, mas a contemporânea tendência de imputar culpa em sua conduta de interferência é insatisfatória para buscar qualquer solução a temática. Com os dados apresentados, é possível observar que os representantes da democracia também fazem escolhas que prejudicam a concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde.

Portanto, além de não satisfazerem suas funções constitucionais, as instituições democráticas ao não 'realizarem direitos', abrem ensejo a sua judicialização, como uma das formas de controle da democracia.

3.3.2.3 Análise das críticas sob a perspectiva da saúde como bem mercadológico

A saúde não deveria ser tratada como um bem de mercado, mas como um direito de cada ser humano capaz de compor um complexo número de fatores relativo ao seu bem-estar físico, mental e social, como visto na primeira parte deste trabalho. Entretanto, essa perspectiva não se amolda perfeitamente na sociedade capitalista contemporânea, que busca transformar 'tudo' em uma lógica de produção e consumo capaz de subverter as perspectivas de solidificação de um Estado Democrático e Social de Direito³⁷. A saúde de direito passa a bem de mercado e é negociada cotidianamente, na maioria das vezes, ignorando a subjetividade humana e estabelecendo parâmetros mercadológicos de lucro como sua

³⁷Neste sentido: –Saúde: direito ou mercadoria? A indagação, em si, já leva a crer que estamos tratando de alternativas mutuamente excludentes. Ou seja, se a saúde constitui um direito, isso talvez signifique que ela não possa ser tratada como uma mercadoria, pois a sua mercantilização estaria em contradição com a sua plena efetividade jurídica. Na prática, contudo, apesar dessa aparente contradição, sabemos que a saúde é tratada como direito –e’ (e não –ou’’) como mercadoria. A diferença entre o –e’ e o –ou’ não constitui um mero preciosismo. Ela serve para acentuar essa situação paradoxal. A saúde, como um dos reflexos do direito à vida, não pode ter um preço. Porém, enquanto objeto de interesse econômico e mercadológico, ela tem sim um preço. E é caro. Quem não tem plano de saúde e já passou pela desagradável experiência de ter que recorrer a um hospital privado em uma situação de emergência, provavelmente se assustou com o valor do cheque caução exigido para –garantir o pagamento do serviço’’. Como é possível fixar um preço para a vida das pessoas? Como pode alguém ser capaz de tamanha insensibilidade? O mercado privado de saúde parece não se importar muito com isso. Se existe demanda, isto é, se as pessoas estão dispostas a pagar pela sua saúde, a oferta surge naturalmente, explicam os economistas. Afinal de contas, vivemos em uma economia capitalista. Todos têm que garantir o seu –ganha pão’’. O custo dos tratamentos é alto. Equipamentos, remédios, exames, médicos e enfermeiras custam caro. Logo, não é surpreendente que o preço também seja alto. Não é possível agradecer (ou atender) a todos. Na verdade, o que surpreende não é o fato de que a saúde, em si, seja supostamente tão cara, mas sim o de que existam pessoas dispostas a lucrar com ela. Poucas coisas parecem nos chocar tanto como esse, por assim dizer, capitalismo sanitário. A economia é aqui bastante seletiva. É, em certa medida, cega para os seres humanos (ou para alguns seres humanos). Até a vida pode ser transformada em fator de lucro.’’ (CINTRA, 2008, p. 437).

finalidade³⁸.

Os dilemas enfrentados nesse tópico procuram demonstrar que o acúmulo de ações no Poder Judiciário requisitando medicamentos, cirurgias, leitos, entre outros bens materiais da saúde, ocasionando uma 'judicialização' excessiva e ineficaz, pode ter origem nos interesses financeiros de grandes grupos empresariais. Será que essa concessão desenfreada é culpa exclusiva da ausência de conhecimento técnico do Poder Judiciário ou existe uma rede de poderes pautada no capital que influencia substantivamente tais empreitadas? Para permitir uma compreensão satisfatória da problemática da saúde como bem mercadológico em relação as críticas realizadas a 'judicialização da saúde' foi realizado um recorte metodológico utilizando como principal exemplo a influência das indústrias farmacêuticas.

As indústrias farmacêuticas angariam muito capital e seu objetivo principal se transpõe para a finalidade de melhoramento de seus lucros³⁹, contrariando sua função social de buscar tratamentos, desenvolvimento de novos fármacos e novas possibilidades para ensejar uma melhor qualidade de vida para todos os indivíduos.

Nesta lógica, as indústrias farmacêuticas concedem maior preocupação com os lucros de seus produtos (medicamentos) do que propriamente com a possibilidade de acesso aos produtos farmacêuticos para toda a população.

Uma das condutas mercadológicas estratégicas utilizadas por esse ramo empresarial é a própria 'judicialização da saúde' como forma de impor no mercado seus

³⁸ Interessantes estudos e reflexões são desenvolvidas sobre a mercantilização da saúde na bioética, na filosofia e na sociologia. No entanto, não há necessidade de demonstrar todo incursu reflexivo sobre tal temática neste tópico do trabalho, sob pena de desvirtuar seu objetivo principal que é demonstrar que a intervenção do Poder Judiciário na saúde não é o único fator determinante de uma 'judicialização da saúde' desmedida. No entanto, como tema aguça interesse, segue a indicação de Garrafa (2003) e Fagundes et al (2007).

³⁹ Neste sentido: —É importante, ao discutir as responsabilidades das empresas farmacêuticas em relação ao acesso a medicamentos, não perder de vista o fato de que estas empresas são constituídas essencialmente visando ao lucro”. (NWOBIKE, 2006). Ainda, é possível demonstrar o grande lucro das indústrias farmacêuticas pela notícia a seguir apresentada: —Absurda margem de lucro da indústria de medicamentos sustenta um esquema de persuasão, para não dizer corrupção. Em 2003, a prestigiosa organização filantrópica Médicos Sem Fronteira (MSF) denunciou à comissão que gerenciava o Tratado de Livre Comércio da América Central (Cafta) uma distorção no preço de remédios. A ONG dizia pagar entre 75% e 99% a menos que o governo da Guatemala pelas mesmas drogas medicinais. Isso significava que a margem (diferença entre preço de venda e custos de produção no setor) estaria entre 300% e 10 mil%. Os acusadores davam um exemplo concreto: o preço do ARV 4T (40 miligramas) do Bristol-Myers Squibb para um ano de tratamento na Guatemala era de US\$ 5.271 por pessoa, enquanto a MSF pagava US\$ 53 pelo correspondente genérico. (É bom deixar claro que esse preço reduzido nunca aconteceria com os pseudogenéricos brasileiros). Embora a maior das consequências perniciosas dessa obscena margem seja o conjunto de perdas econômicas para governos e sociedade, há outros prejuízos mais sutis, mas não menos deletérios. É apenas natural que esse desmesurado ganho proporcione e exija formas de persuasão, para não dizer corrupção, para manter-se vivo e até mesmo para estender seu campo de atuação.” (LEITE, 2013).

produtos⁴⁰.

Os medicamentos para serem comercializados no Brasil necessitam de aprovação e regulamentação pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que faz estudos capazes de comprovar a eficácia de tais fármacos para disponibilizar com segurança para toda população. Aliado a esta perspectiva, o Sistema Único de Saúde (SUS) possui uma lista de medicamentos (RENAME) que devem ser fornecidos gratuitamente para população^{41 42}.

Com objetivo de subverter a ordem dos medicamentos distribuídos gratuitamente ou, simplesmente, para implementar no mercado produtos novos, nem sempre inovadores ou mais eficazes que outros, a indústria farmacêutica faz *lobby* com médicos e associações de portadores de doenças crônicas, para induzir a necessidade de determinado medicamento, muitas vezes de alto custo, atingindo pessoas que pela negativa do Estado buscam obrigá-lo, através de ações judiciais, a conceder os novos produtos (ANGELL, 2008; CHIEFFI; BARATA, 2009).

Duas pesquisas (CHIEFFI; BARATA, 2009; CAMPOS NETO et al, 2012) foram capazes de demonstrar uma possível ligação entre médicos, advogados e indústria farmacêutica no município de São Paulo e no Estado de Minas Gerais.

Chieffi e Barata (2009) avaliando o período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006 no município de São Paulo, foram cadastrados 3.007 processos requisitando medicamentos no Sistema de Controle Jurídico Eletrônico do Estado de São Paulo, relativos a 2.712 pacientes, havendo 2.927 ações com o nome dos advogados cadastrados.

Dentre as 2.927 ações, 549 dos agentes que ingressaram com demandas judiciais eram advogados e 878 médicos diferentes foram responsáveis pela prescrição dos medicamentos solicitados. Apenas 1% dos advogados foi responsável pelo ajuizamento de 35% das ações, retirando advogados ligados ao convênio de assistência judiciária e alguns

⁴⁰A indústria farmacêutica como um dos ramos empresariais que detém grande poderio mundial utiliza inúmeras estratégias para ampliar seus lucros. Assim, não é só através do exemplo pautada na 'judicialização da saúde' que ela manipula a sociedade para financiar sua ganância em detrimento da saúde, outras linhas estratégicas como corrupção de governos de países em desenvolvimento, induzimento de pesquisas acadêmicas, *lobby* para criação de regras rígidas de proteção de patentes, entre diversas outras importantes questões que podem ser aprofundadas com a consulta da obra "A Verdade sobre as Indústrias Farmacêuticas" de Angell (2008).

⁴¹Neste sentido, para maiores esclarecimentos sobre esses procedimentos vide a Lei n.º 8.080/90, em especial os artigos 19-M à 19-U (BRASIL, 1990a) e a Política Nacional de Medicamentos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001) com suas regulares alterações.

⁴²Por óbvio, que nem sempre a todos os medicamentos são capazes de compor a lista do SUS ou demoram para ser aprovados pela ANVISA, porém, esta problemática está ligada a falta de eficiência da Administração Pública e deve conter relação com o tópico em que for abordado questões sobre má alocação de recurso. Neste momento, avalia-se exclusivamente a possibilidade de entes privados (indústria farmacêutica) influenciarem a 'judicialização da saúde' para proverem seus objetivos de lucro.

membros do Ministério Público, apenas 02 advogados foram responsáveis por grande número dessas ações (CHIEFFI;BARATA, 2009).

Foi possível observar que apenas 32 advogados foram responsáveis por cerca de 1.463 ações ingressadas contra o Estado, requisitando, em geral, 578 medicamentos prescritos por 816 médicos diferentes. Desses médicos, 77 possuíam mais de dez receitas nos processos e 14 apareceram em mais de 20 processos.

Apenas 21 medicamentos foram solicitados neste período⁴³, sendo que a maioria de alto custo, como –Adalimumabe 40 mg” responsável por 249 processos judiciais (que custa atualmente cerca de três mil reais) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012) e, apenas 07 eram distribuídos pelos SUS na época. Acima de 70% das ações judiciais que pleitearam os medicamentos palivizumabe, rituximabe, bevacizumabe e aripiprazol tendo com um único advogado e cerca de 70% das ações que pleitaram os medicamentos adalimumabe, erlotinibe, peginterferona e estanercepte foram também ajuizadas por apenas um advogado.

De 31 advogados, 21 concentraram suas ações em praticamente um medicamento, sete distribuíram demandas para dois ou mais medicamentos e apenas quatro apresentaram ações para três ou mais medicamentos diferentes, fato que chama a atenção para a demasiada especificidade entre advogado e produto.

Campos Neto et al (2012) ao analisar as ações judiciais por medicamentos em Minas Gerais no período compreendido entre outubro de 1999 e outubro de 2009, analisou 2.412 ações que requeriam 2.880 medicamentos com 18 fármacos diferentes, sendo predominante a presença de advogados privados e médicos particulares nas demandas.

Dentre outros resultados, Campos Neto et al (2012) apurou a existência de uma possível relação entre advogados, médicos e laboratórios farmacêuticos, pois entre as ações representadas pelo escritório denominado –A” , 43,6% tiveram o médico denominado –X” como prescritor do medicamento adalimumabe do laboratório Abbott, afirmando que

[..] os dados mostram uma grande concentração da distribuição de processos em poucos médicos e escritórios de advocacia. Esse fato pode ser um indicio de que a Justiça e a medicina têm sido utilizadas para atender aos interesses das Indústrias Farmacêutica.

⁴³Segue os medicamentos solicitados: a) Rituximabe 100 mg; b) Bevacizumabe 400 mg c) Acido acetilsalisílico 100 mga; d) Imatinibe 100 mg; e) Peginterferona alfa 2a-180 mcga; f) Rituximabe 500 mg; g) Teriparitida 750 mcg; h) Insulina humana regular 100 UI/ml – 10 ml; i) Ribavirina 250 mga j) Insulina aspart 100 UI/ml (refi l); k) Aripiprazol 15 mg; l) Insulina glargina 100 UI/ml – 10 ml; m) Erlotinibe 150 mg; n) Palivizumabe 100 mg; o) Insulina humana NPH 100 UI/ml - 10 mla; p) Insulina lispro 100 UI/ml (refi l); q) Insulina glargina 100 UI/ml (refi l); r) Infl iximabe 100 mga; s) Insulina lispro 100 UI/ml – 10 ml; t) Etanercepte 25 mg; u) Adalimumabe 40 mg (CHIEFFI; BARATA, 2009).

Com o extenso lapso temporal existente entre o registro de um medicamento, o estabelecimento de seu preço nacional e sua regular comercialização, as indústrias farmacêuticas observaram a via judicial como uma forma mais rápida de incluir seus novos fármacos no mercado e aplicar-lhes os preços que quiserem, pois o Estado sendo obrigado a fornecê-los com urgência, pagará os preços disponíveis sem qualquer possibilidade de negociação ou até mesmo processo licitatório (CHIEFFI; BARATA, 2009).

É possível observar que a indústria farmacêutica é capaz de manipular e agir com diversas estratégias mercadológicas para garantir sua exclusiva finalidade de lucro. Por óbvio, é necessária uma pesquisa mais apurada para delimitar quais são as ações utilizadas pelas empresas e criar mecanismos para impor uma responsabilidade social baseada em Direitos Humanos (FALAVINHA et al, 2012).

No entanto, os dados demonstrados são suficientes para os objetivos deste tópico, pois foi capaz propor uma reflexão sobre como a saúde é tratada na lógica mercadológica contemporânea, transformando-se em produto de consumo, muitas vezes, dispersa da sua característica de direito fundamental.

Apresentando novamente algumas considerações dos representantes da área da saúde na Audiência Pública sobre 'Judicialização da Saúde' no STF, observa-se que embora não tenham negado a participação do Poder Judiciário e até mesmo defendido a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para efetividade do direito à saúde na sociedade, alguns problemas relacionados com a ausência de conhecimentos específicos e consequentes distorções causadas pelas decisões judiciais foram relatadas. Dentre as causas possíveis, a interferência de planos privados e das indústrias farmacêuticas foram apontadas como influência negativa na 'Judicialização da Saúde'.

A influência das indústrias farmacêuticas tem fundamental importância no processo de 'Judicialização da Saúde' de forma excessiva e desarticulada com as diretrizes constitucionais. Elas representam um dos ramos empresariais que mais lucram no mundo e por causa da sua forte influência econômica e financeira deveriam estar fora dos processos políticos e decisórios como forma de inibir outros interesses além dos sociais (PICON, 2009).

Na lógica sobre os gastos dispensados ao SUS através das decisões judiciais levantou-se pontos sobre a responsabilidade dos planos de saúde privados e a intervenção das indústrias farmacêuticas na lógica de um processo de mercantilização da saúde que influencia a desordenação do processo de sua judicialização, a desordem nas políticas públicas existentes, a descontrolada empreitada de privatização da saúde e a corrupção. Neste sentido:

A saúde pública se privatiza legal e ilegalmente, criando o que existe hoje: uma saúde pobre para os pobres remanescentes do SUS e uma saúde no mercado para quem tem 4 centavos para pagá-la e fugir das filas, da espera e dos maus tratos; a maior propaganda para a aquisição dos planos de saúde, comprados por 45 milhões de brasileiros. Os Governos tentam escamotear politicamente, citando grandes números de atendimento, retornando às formas campanhistas demagógicas, falando de mortalidade infantil que cai inercialmente, sem compará-la com os demais países da América Latina, que a têm 30% menor, escondendo a mortalidade materna, 20 vezes maior que a dos países que cuidam da sua saúde, e aproveitando-se da retirada total da classe média do SUS, que tinha controle social sobre o mesmo, pois os que lá ficaram ainda entendem a saúde como favor e não um direito. E mais, os que dirigem o Sistema, não o utilizam. O Governo, o Legislativo, as Estatais compram para si Planos de Saúde e gastam com isso (só o Federal e sete estatais) mais de 10 bilhões de reais/ ano. A ANS e o Congresso permitem, há dez anos, ao arripio da Constituição e da Lei Nº. 9.656, que os planos cobrem do usuário e utilizem, para procedimentos mais caros, o Sistema Público, sem ressarcir-lo, furto comprovado com auditorias repetidas do Tribunal de Contas da União, que chegam a dois bilhões de reais por ano. Por dentro do SUS, nessa ânsia de parasitar e transferir dinheiro público para o setor privado, terceiriza-se tudo, desde lavanderia, cozinha, segurança, até serviços especializados de anestesia, diálise, clínica médica, cirúrgica e a própria direção de hospitais, sangrando o público e abandonando a possibilidade de uma Política de Estado da Saúde, base estratégica de um Sistema único e equitativo, que, em análises internacionais consistentes, tem sido os de melhores resultados e custo/ benefício. Cito Inglaterra, Canadá e Taiwan, países absolutamente capitalistas, com Sistemas de Saúde Socialistas e excelentes resultados. (PINOTTI, 2009).

A formação de dois sistemas de saúde, um público e outro privado, evidencia a disparidade financeira e de responsabilidade entre eles, sendo que parcela daqueles que tem planos privados ainda recorrem ao SUS⁴⁴ (JATENE, 2009), isso porque grande parte dos pedidos são oriundos do sistema privado, havendo uma necessidade de equalizar custos e benefícios⁴⁵ (CUTAIT, 2009), ou seja, muitas demandas judiciais que visam obrigar o governo a fornecer algum bem ou serviço de saúde (medicamento, cirurgias, próteses, etc.) tem sua gênese no sistema privado, geralmente coberto por um plano de saúde.

Nessa lógica, o plano de saúde não sofre nenhum ônus, pois não é obrigado a fornecer o bem ou o serviço requisitado por um de seus médicos conveniados, onerando de

⁴⁴—Dentro dessa realidade, decidiu-se por um Sistema Universal de Saúde, deixando a atividade livre à iniciativa privada. Qual foi a consequência? Formaram-se dois sistemas: um público, responsável por vigilância sanitária, epidemiológica, controle de alimentos, medicamentos, imunizações, combate às endemias e assistência médico-hospitalar e ambulatorial; e um privado, responsável apenas por assistência médico-hospitalar ambulatorial atendendo a 1/5 da população, que eventualmente recorre ao sistema público.” (JATENE, 2009).

⁴⁵—Tendo em vista que a quase totalidade dos pedidos é para as situações crônicas; que uma considerável parte desses pedidos vem do setor privado; que a equação de resultados gastos, uma equação melhor do que custo/eficácia, no setor público é regida pelo SUS – o SUS deve se preocupar com o que ele oferece em termos de resultados para as pessoas, para os cidadãos -, enquanto ele gasta para isso – e gastar não significa economizar, às vezes significa até gastar mais -, o que chama a atenção é o resultado.” (CUTAIT, 2009).

maneira desnecessária o governo e sobrecarregando o Poder Judiciário, que no final, apresenta-se como único 'vilão'.

O segurado que compra o serviço de um plano de saúde sofre cada vez mais com os custos sem retorno satisfatório, o Estado sofre uma oneração excessiva por fornecer esse bem ou serviço que não deveria ser sua obrigação principal, e os planos apenas lucram.

Com todas as informações trazidas, é possível conceber que o Poder Judiciário sofre importante pressão indireta de grandes ramos empresariais, que, por vezes, passa despercebida por ser parte de uma ação de *marketing* disfarçada, configurando um grande estratagema manipulador de situações.

Além da ausência de conhecimento técnico dos juízes, trazido pelas críticas à 'judicialização da saúde', é importante conceber a lógica capitalista das empresas que lidam com a saúde, pois podem ser muito influentes na utilização do Estado, via Poder Judiciário, para impor suas ganâncias lucrativas mercadológicas. Neste sentido, há imperiosa necessidade de conceber as influências causadas no processo de 'judicialização da saúde' por sua característica de bem mercadológico⁴⁶.

3.3.2.4 Análise das críticas sob a perspectiva das decisões do STF e do STJ⁴⁷

O Poder Judiciário, como apontam as críticas já mencionadas, em suma, não é capaz de atuar positivamente na efetivação do direito à saúde na sociedade, pois suas decisões não analisam de maneira criteriosa as demandas e acabam por fornecer de maneira exagerada e sem parâmetros quase todas as pretensões que visam o recebimento de algum bem ou serviço da saúde. Os tópicos anteriores serviram para demonstrar que o Poder Judiciário não é o único responsável pelas distorções causadas pela 'judicialização da saúde', mas é

⁴⁶Para complementar as considerações finais deste tópico: —Amercantização submete a saúde à lógica seletiva e excludente da economia. A luta pela inclusão e pela universalização do acesso envolve, portanto, a insistência na possibilidade de concretização do direito à saúde, ainda que, na prática, a saúde seja constantemente tratada apenas como uma mercadoria. Essa é uma possibilidade que está no cerne da própria ideia de direito, pois o direito é algo inerentemente —ontafático”, que está direcionado contra os fatos. Com base no direito, podemos nos recusar a —aprender com a realidade”. No caso, a aprender com a mercantilização da saúde, no sentido de termos que nos adaptar a ela. Podemos reivindicar o direito à saúde (ou a saúde enquanto direito) e manter a expectativa de que se trata de um direito de todos, ainda que, na prática, isto é, na realidade da saúde enquanto mercadoria, saibamos que, efetivamente, trata-se de um direito exercido ainda somente por alguns.” (CINTRA, 2008, p. 437).

⁴⁷Não se pretende apresentar uma pesquisa estatística, com parâmetros metodológicos bem definidos, sobre o comportamento decisório dos tribunais mencionados, mesmo porque autores como Wang (2009) e, Silva e Terrazas (2011) já realizaram tal levantamento, não sendo necessário repeti-lo neste trabalho. No entanto, não é menor a importância de apresentar algumas decisões do STF e do STJ coletadas em seus respectivos sítios de busca e demonstrar sua tendência decisória com o fito de corroborar as críticas apresentadas sobre sua atuação na saúde.

importante observar que os tribunais também contribuem de maneira negativa. Este tópico visa corroborar tais críticas realizadas e demonstrar a ausência de critérios decisórios para concessão das demandas ligadas a saúde.

O levantamento das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça, foi realizado no sistema de busca de jurisprudências existente nos sítios dos tribunais. As palavras-chave utilizadas como parâmetros de busca foram direito à saúde, medicamentos, saúde, políticas públicas, cirurgia, AIDS e tratamento.

As decisões selecionadas tiveram como único critério a existência de demanda relativa ao fornecimento de algum bem ou serviço relativo à saúde, sejam medicamentos, equipamentos, próteses, cirurgias, podendo ser para um indivíduo ou para uma coletividade.

3.3.2.4.1 Decisões do STF⁴⁸

Segundo a análise de decisões obtidas no sítio do STF, a grande maioria dos recursos foram impetrados por entes estatais, que não obtiveram sucesso em outras instâncias, para reformar determinada decisão *a quo* com intuito de não fornecer determinado insumo à saúde;

A grande maioria das partes envolvidas são entes estatais em face de particulares, pessoas físicas, sendo raros os casos de processos coletivos que objetivam o fornecimento ou melhoramento de ações prestacionais envolvidas para saúde, o que demonstra uma tendência em subjetivar e individualizar o direito à saúde, o que prejudica sua análise como direito social e política pública.

A base de argumentação dos acórdãos e das decisões monocráticas ou da presidência tratam, quase sempre, do direito à saúde de forma genérica, utilizando, por exemplo, a seguinte argumentação: –Compreensão do direito à saúde como direito público subjetivo.” –Poder público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde sobre pena de comportamento inconstitucional.” –Programas de distribuição gratuita de medicamentos concedem efetividade aos preceitos fundamentais da Constituição.” –Não ofensa ao princípio da separação de poderes, pois a repartição de competência entre os entes públicos para a operacionalização dos serviços de saúde atendeu aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.” –Mandamento constitucional do artigo 196.

⁴⁸ Tabela das decisões coletadas neste tópico estão referenciadas no Anexo A.

Responsabilidade solidária de todos entes da federação para fornecer gratuitamente medicamentos necessários para pessoas carentes portadoras de HIV/AIDS.” –Relação entre proteger o direito à vida e à saúde e as prerrogativas financeiras do Estado, deve prevalecer a vida e a saúde humana, garantindo o fornecimento gratuito para pessoas carentes.” — O caráter programático do artigo 196 da Constituição Federal não pode converter-se em promessa inconstitucional incosequente.” –Não há falar em ingerência do Poder Jurídico em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de política públicas constitucionalmente previstas.”⁴⁹

Chamou atenção o Acórdão do RE 408673, que ao fundamentar, em suma, que não restou comprovado pelo Tribunal *a quo* a necessidade de realizar cirurgia no paciente, e sendo os fundamentos da agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, pois demonstram apenas o inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional sendo condenada a pagar multa por litigância de má-fé, negou provimento para obrigar o Estado a realizar cirurgia no Município de Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul. Embora, seja um caso isolado de negar a prestação jurisdicional em um caso relativo à saúde, a orientação da decisão seguiu os parâmetros comumente utilizados, como a impossibilidade de realizar conjunto probatório em sede de recurso extraordinário e apresentar argumentos genéricos.

No mesmo sentido, foram as decisões STA 91/AL, SS 3073/RN e o SS 3263/GO que negaram a concessão do medicamento pedido alegando, em suma, que os medicamentos constavam em lista oficial disponível pela rede pública ou cadastrado no Ministério da Saúde, e que há necessidade de considerar o direito à saúde de forma social e coletiva e não meramente individual, e que há limites nos recursos públicos, os quais devem ser distribuídos de maneira coerente para satisfazer o maior número de pessoas possíveis, sem conceder privilégios para pessoas individuais em contrapartida ao coletivo.

Também negaram a prestação a saúde as decisões monocráticas no RE 664918/RS e no AC 2839 MC/RS, sobre a alegação da ausência de provas capazes de demonstrar a necessidade de acréscimo ou concessão de novos medicamentos.

⁴⁹Neste sentido: 1) RE 259508 AgR/RS, 2) RE 271286 AgR/RS, 3) AI 553712 AgR / RS, 4) RE 534908 AgR / PE, 5) RE 393175 AgR / RS, 6) RE 607381 AgR / SC, 7) AI 734487 AgR / PR, 8) RE 607381 AgR / SC, 9) AI 553712 AgR / RS, 10) STA 328 AgR / PR, 11) RE 554088 AgR / SC, 12) RE 534908 AgR / PE, 13) AI 616551 AgR / GO, 14) AI 648971 AgR / RS, 15) RE 490661 AgR / RJ, 16) RE 393175 AgR / RS, 17) AI 604949 AgR / RS, 18) AI 486816 AgR / RJ, 19) RE 256327 / RS, 20) RE 268479 AgR / RS, 21) RE 273042 AgR / RS, 22) RE 255627 AgR / RS, 23) RE 271286 AgR / RS, 24) RE 257109 AgR / RS, 25) RE 259508 AgR / RS, 26) RE 195192 / RS, 27) AI 238328 AgR / RS, 28) RE 242859 / RS, 29) SS 702 AgR / DF.

Chamou atenção, também, os acórdãos exarados dos SL 47 AgR / PE e STA 175 AgR / CE, pois, embora, tenham seguido a mesma orientação em manter a prestação de saúde concedida em outra instância e analisarem de forma genérica e vaga o caso concreto, realizaram importantes reflexões sobre a judicialização da saúde e demonstraram a importância dos debates realizados em 2009 na audiência pública sobre saúde feita no tribunal. Desta feita, reconheceram que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, a prestação dos direitos sociais varia com a necessidade específica de cada cidadão, gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos. A escassez de recursos para satisfação de todas as necessidades implica escolhas alocativas que possuem critério de justiça distributiva assim, a destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado. A Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação do direito à saúde.

Importante considerar que mesmo as decisões mais recentes e após a audiência pública da saúde continuam seguindo o mesmo parâmetro em manter o fornecimento da prestação material à saúde pretendida⁵⁰. Assim, há casos que até medicamentos não autorizados pela ANVISA, mas que segundo provas produzidas em instâncias inferiores se faziam necessários para a saúde do paciente, tiveram seu fornecimento autorizado sem uma análise mais minuciosa do caso.

3.3.2.4.2 Decisões do STJ⁵¹

O STJ de forma majoritária e quase unânime também decide no sentido de obrigar o Poder Público a fornecer uma prestação material relativa a saúde. Foram consultados acórdãos entre os anos de 2007 e 2013 e as impressões foram muito parecidas com a pesquisa realizada no STF.

A grande maioria dos acórdãos trouxe como fundamentação os argumentos de que “o direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana”, “o ordenamento constitucional garante a todos o direito à saúde”, “o direito à vida e à saúde é direito fundamental de todos e responsabilidade do Estado, não podendo ser amesquinhado por ato infralegal que indica o remédio para uma doença e não para outra, catalogada sob a mesma

⁵⁰Neste sentido: 1) SS 4316 / RO, 2) SS 4304 / CE, 3) AI 695674 / RS, 4) AI 695813 / SP, 5) AI 845424 / MG, 6) RE 556314 / MG, 7) AI 645270 / RS, 8) RE 628293 / DF, 9) RE 628345 / DF, 11) RE 607385 / SC.

⁵¹ Todas as decisões coletadas neste tópico estão referenciadas no Anexo B.

rubrica do CID”, –Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial”, –legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configuradas hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental”, –Prevalência da essencialidade do direito à saúde sobre os interesses financeiros do Estado”, ”direito à saúde insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger”, –as normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente”⁵².

Todos os casos consultados, com exceção do RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.600 - SE (2008/0065120-6) foram no sentido de aduzir argumentos que demonstraram a essencialidade do direito à saúde e a obrigação do Estado em prestá-lo. O acórdão do RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.600 - SE (2008/0065120-6), foi negado o fornecimento do medicamento pretendido pela impossibilidade de realização de provas para analisar a possibilidade de concessão da prestação material da saúde requerida.

Outro dado importante é que a maioria das ações pesquisadas lidam com demandas individuais. Apenas os acórdãos RECURSO ESPECIAL N.º 1.068.731/RS, RECURSO ESPECIAL N.º 1.041.197/MS, AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 981.163/RJ, RECURSO ESPECIAL N.º 947.324/RJ e o RECURSO ESPECIAL N.º 811.608, foram oriundos de ações coletivas e visavam, respectivamente: i) Disponibilidade de leitos clínicos e UTI para adultos além da capacidade instalada no hospital do município de Cachoeirinha/RS; ii) Fornecimento de equipamentos para hospital universitário; iii) Fornecimento de medicamentos para grupo de portadores de insuficiência renal crônica; iv) Melhoria de atendimento no hospital municipal Souza Aguiar no município do Rio de

⁵²Neste sentido: 1) AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.017.055 - RS (2007/0303402-2), 2) AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.484 - RS (2011/0010161-0), 3) AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.505 - RS (2009/0229735-3), 4) AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 695.396 - RS (2004/0146850-1), 5) AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.222.387 - RS (2010/0215583-2), 6) RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.600 - SE (2008/0065120-6), 7) RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.731 - RS (2008/0137930-3), 8) AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.352.744 - RS (2010/0173958-0), 9) RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.723 - MG (2009/0204663-5), 10) AgRg no REsp 1136549 - RS (2009/0076691-2), 11) AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.075.839 - MG (2008/0156301-9), 12) AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.179.076 - MG (2009/0068767-7), 13) RECURSO ESPECIAL Nº 716.712 - RS (2005/0006446-1), 14) RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), 15) AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 981.163 - RJ (2007/0253930-9), 16) AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.835 - DF (2008/0027734-2), 17) REsp 1062960 (2008/0120113-4 - 29/10/2008), 18) AgRg no REsp 946.973/RJ, 19) AgRg no Ag 961.677/SC, 20) AgRg no REsp 950.725/RS, 21) RECURSO ESPECIAL Nº 947.324 - RJ (2007/0097516-9), 22) AgRg no Ag 932.569/MG, 23) REsp 869.843/RS, 24) REsp 901.289/RS, 25) REsp 912.042/RS, 26) REsp 948.579/RS, 27) REsp 902.473/RS, 28) AgRg no REsp 935.083/RS, 29) REsp 900.458/RS, 30) AgRg no Ag 858.899/RS, 31) AgRg no Ag 865.880/RJ, 32) AgRg no Ag 842.866/MT, 33) AgRg no REsp 851.797/RS, 34) RECURSO ESPECIAL Nº 811.608 - RS (2006/0012352-8), 35) RMS 20.335/PR.

Janeiro/RJ; e, v) Implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena.

As impressões das decisões consultadas são insatisfatórias para a complexa dimensão dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. Não é possível vislumbrar uma análise minuciosa e nem a pretensão da criação de uma teoria própria de fundamentação constitucional das decisões, bastando a utilização de argumentos vagos e genéricos que pouco contribuem para um debate sério da problemática da concretização dos direitos sociais na sociedade.

Desta forma, analisando o comportamento do Poder Judiciário, independente de acertar ou não no resultado final de suas decisões, é possível compreender a razão de tantas críticas.

No início do processo de 'judicialização da política', impulsionado pela 'judicialização da saúde' e das ações relativas aos medicamentos do coquetel de AIDS foi um grande avanço na forma de manipular os poderes públicos a respeitar os direitos constitucionalmente garantidos.

As primeiras decisões em meados dos anos 90 possuíam uma natureza de adequação da sociedade e do Poder Judiciário a nova ordem constitucional que se inaugurou em 1988. Um grito de esperança que se tornou conturbado pela mistura de vários elementos como um governo ineficiente, um judiciário despreparado, uma sociedade de minorias desinformadas/desamparadas e uma sociedade de poucos no poder, que a manipulam para seus interesses pessoais e mesquinhos.

Assim, a máxima garantia dos direitos humanos tomou por base uma desenfreada proliferação de decisões favoráveis. Basta ingressar com uma ação no judiciário, que se consegue o medicamento, a vaga no hospital, a cirurgia. Enfim, diversas prestações materiais são concedidas sem uma análise aprofundada do caso e com auxílio do poder executivo, profissionais da saúde, hospitais, ou seja, sem diálogo dos atores sociais. Aliás, na verdade, não existe um controle organizado das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

A maioria das demandas estão relacionadas às questões individuais que refletem ou podem refletir nas políticas públicas, mas dizer que há um controle efetivo por parte do Poder Judiciário é uma assertiva falsa.

3.4 O Poder Judiciário e a inexistência de um controle judicial de políticas públicas

As críticas protagonizadas ao Poder Judiciário que evidenciam sua falta de preparo para assumir as lides relativas ao direito à saúde fazem sentido e foram comprovadas diante da análise de decisões de dois importantes tribunais brasileiros. No entanto, o que também foi comprovado é que o Poder Judiciário não é o único culpado por um processo de 'judicialização' excessivo da saúde que pode causar prejuízos sociais, pois aliado a sua ineficiência há problemas intimamente ligados com as instâncias políticas democráticas através da má alocação de recursos/corrupção e até poderes externos aos estatais como as indústrias farmacêuticas que podem influenciar de maneira negativa nas lides que deságuam nos tribunais.

Com esse cenário é possível afirmar, quanto a problemática da 'judicialização da saúde', que o Brasil passa pelo ápice de uma crise institucional que se alastra por todas as esferas e só tende a prejudicar as diretrizes constitucionais dos direitos fundamentais e sociais. Desta forma, é imperioso compreender qual a função de cada instituição no cenário nacional e as possibilidades de adequação para os desafios contemporâneos.

Assim, é insuficiente dizer que o Poder Judiciário não possui legitimidade para analisar políticas públicas ou que deveria haver uma limitação de demandas que requisitam bens materiais para a saúde, pois 'judicializar' no sentido de levar situações para os tribunais decidirem é perspectiva inevitável na atual organização jurídica constitucional.

O problema é estabelecer quais são os seus limites e possibilidades de atuação, para não conduzir decisões que podem gerar mais desigualdade social. No entanto, seus limites não podem estar destoados de todo organograma jurídico e político demonstrado desde a primeira parte deste trabalho, pois buscar a efetiva concretização do Estado Social e Democrático de Direito e garantir o direito à saúde nos moldes que foi construído pelas lutas sociais faz parte indissociável da imputação de métodos de atuação do Poder Judiciário.

Assim, a inexistência de um controle judicial de política pública organizado contribui para uma 'judicialização' desorganizada e o Poder Judiciário que poderia servir como uma forma de garantia de direitos acaba se tornando um ente desorganizado e que pouco ajuda na efetividade das diretrizes constitucionais.

A criação de um controle judicial de políticas públicas capaz de auxiliar na efetivação do direito à saúde na sociedade evidencia a necessidade de traçar alguns parâmetros sobre quais perspectivas esse controle deve estar pautado. Portanto, a terceira

parte deste trabalho inaugura alguns pontos reflexivos, compatíveis com a dimensão de uma dissertação de mestrado, para pontuar, de maneira não exaustiva, algumas premissas para a reestruturação do Poder Judiciário, preparando-o para lidar com lides mais complexas como as que envolvem o direito à saúde e demais direitos sociais.

CAPÍTULO 4 REFLEXÕES PARA A CRIAÇÃO DE UM CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS CAPAZ DE AUXILIAR NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE

O Poder Judiciário passa por algumas complicações quando decide lides que envolvem o direito à saúde e demais direitos sociais. Elas são mais complexas que as lides obrigacionais que os tribunais estavam acostumados a enfrentar antes da Constituição de 1988, pois envolvem uma pluralidade de questões, muitas vezes, ausentes ao campo de conhecimento estritamente jurídico, como a formulação de políticas públicas, o funcionamento das políticas públicas existentes e conhecimentos técnicos (necessidade de um medicamento, uma cirurgia, uma internação).

Toda dificuldade em lidar com demandas que envolvem o direito à saúde se evidencia pela própria estrutura institucional do Poder Judiciário, que desde muito tempo, influenciado por pensamentos liberais e individualista visando a preservação exclusiva do patrimônio e da propriedade desenvolveram um mecanismo decisório baseado na dualidade 'ter direito a'/'não ter direito a'.

Essa dualidade decisória é suficiente para decidir lides obrigacionais e relativas a propriedade, onde a avaliação das demandas se perfaz na simples análise se determinada pessoa *_ten_* ou *_não_* direito aquilo que questiona judicialmente. Logo, não existe, em regra, situações externas influenciáveis no deslinde da demanda e os efeitos da sentença serão *inter partes*, não atingindo terceiros.

Ao contrário do que ocorre quando uma demanda (individual ou coletiva) requisitando determinado medicamento, por exemplo, é levada ao Poder Judiciário. Este ao decidir poderá influenciar sobremaneira as políticas públicas já existentes e/ou simplesmente conceder um bem ou serviço da saúde desnecessário, onerando o Estado sem qualquer critério.

Essa complexidade de demandas que atingem o Poder Judiciário fazem parte da construção do Estado Democrático e Social de Direito disposto na Constituição de 1988 e reconhecer que os tribunais devem fazer parte de um sistema organizado de controle de políticas públicas também é essencial para possibilitar uma atuação capaz de concretizar de maneira satisfatória os direitos e diretrizes constitucionais.

Nesta lógica, Faria (2010) alerta para a necessidade do Poder Judiciário modificar suas funções tradicionais e implementar uma reestruturação complexa capaz de atender as

lides advindas da nova estrutura democrática-social implementada na constituição¹.

Para auxiliar essa reestruturação, o presente trabalho expõe algumas reflexões sobre as possibilidades de mudança, limitação e atuação do Poder Judiciário para a construção de um controle judicial de políticas públicas nos ditames das diretrizes constitucionais. Assim, longe da pretensão de construir um modelo ou método de atuação dos tribunais, ante a impossibilidade vislumbrada pelo alcance de uma dissertação de mestrado, a proposta é pontuar algumas questões que possam influenciar de maneira significativa a reestruturação do Poder Judiciário para lidar com demandas mais complexas como o direito à saúde.

Como roteiro, este capítulo seguirá uma abordagem relacionada com a pesquisa desenvolvida nos capítulos anteriores, relacionando medidas já tomadas pelo Estado brasileiro e outras proposições capazes de incrementar novas perspectiva para criação de um efetivo controle judicial de políticas públicas, em especial, considerando os dilemas apresentados sobre a 'judicialização da saúde'.

As premissas seguirão as seguintes orientações: i) Direito à saúde como direito advindo de uma construção baseada na luta social e positivado na Constituição de 1988, universal, gratuito e de responsabilidade do Estado; ii) O Poder Judiciário, como demais atores (Sociedade Civil, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Executivo, etc.), tem função de controlar políticas públicas dentro das diretrizes constitucionais, prezando a construção do Estado Democrático e Social de Direito; iii) O Poder Judiciário através de suas decisões pode gerar efeitos políticos; iv) A 'judicialização' de demandas sociais, na ideia mais propugnada no cenário brasileiro, como demandas relativas a direitos sociais decididas em sede judicial e que influenciam questões políticas, é válida e sempre existirá, ao menos, na atual ordem constitucional; v) A 'Judicialização da Saúde' sofre várias influências (corrupção, má alocação de recursos, poder privado, etc.) que devem ser consideradas para melhorar o seu controle na ambiência judicial; vi) Não existe um controle judicial de políticas públicas organizado, fato que causa distorções na 'judicialização da saúde'; e, vii) Há necessidade de criar um controle judicial de políticas públicas capaz de concretizar o direito à saúde e demais direitos sociais.

Com base nas diretrizes explicitadas acima, as reflexões para auxiliar na criação de um controle judicial de políticas públicas capaz de efetivar direitos, foram classificadas e

¹ Neste sentido, abordando questões sobre o Poder Judiciário, Faria (2010, p. 65) afirma que: “[...] se quiser manter sua relevância institucional num contexto social cada vez mais complexo, diversificado, contraditório e fragmentário, o Judiciário tem, obrigatoriamente, de modificar suas funções jurisdicionais tradicionais, que o restringem somente à subsunção dos fatos às normas de condutas unívocas por meio de métodos exclusivamente formais e caráter lógico, sistemático e dedutivo.”

serão desdobradas ao longo deste último capítulo, com o desenvolvimento dos seguintes tópicos: i) Mecanismos para deslocar as demandas relativas à saúde do Poder Judiciário para outras esferas decisórias; e, ii) Formas de auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente.

4.1 Mecanismos para deslocar as demandas relativas à saúde do Poder Judiciário para outras esferas decisórias

A intenção desta primeira reflexão é a possibilidade de deslocamento das demandas que requisitam bens materiais relativos à saúde no Poder Judiciário para outras instâncias, buscando identificar e solucionar os problemas sem onerar os tribunais e, em alguns casos, deixar as questões relativas a políticas e direitos sociais serem decididas em suas searas próprias.

4.1.1 Atuação extrajudicial da Defensoria Pública e Pedido Administrativo

A Defensoria Pública é uma função essencial à justiça derivada do direito dos hipossuficientes de receberem assistência judicial gratuita como forma de garantia ao acesso à justiça². Dentre suas funções, além de garantir o direito ao acesso à justiça aos mais necessitados, tem o dever de orientar, auxiliar, fiscalizar e buscar alternativas para a solução de conflitos, com intuito de garantir direitos humanos fundamentais.

² Neste sentido, o artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/88 consagra que: —[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” (BRASIL, 1988) e o artigo 134, da CF/88 declara que: —Art 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” (BRASIL, 1988). Ainda, para uma visão da Defensoria, vide Corona (2006):—O art. 134 da Constituição Federal de 1988 determina que os Estados implementem a Defensoria Pública, pois entendeu o constituinte que a Lei 1.060/50, que garante a assistência judiciária gratuita é insuficiente para atender aos ditames democráticos e sociais, pois trata-se apenas de um benefício concedido aos cidadãos brasileiros e a Carta Maior é clara ao tratar as pessoas como titular de um direito [...] O artigo da Constituição Federal acima referido foi regulamentado pela Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, que estabeleceu prazo de seis meses para que os Estados providenciassem a implementação das suas respectivas defensorias.[...] A Defensoria Pública tem como objetivo prestar serviços de assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, de prevenção, aconselhamento e informação jurídica à população considerada necessitada nos termos da lei.

Como é um órgão criado dentro da estrutura estatal, possui autonomia funcional e administrativa, assegurando a seus integrantes atuação ampla e independente. Pode defender tanto interesse individual, quanto coletivo e difuso.

O defensor público é um advogado público que trabalha para o cidadão e, inserido na comunidade local, terá proximidade direta com a população desprovida economicamente [...]. Além disso, deverá estimular, como meio alternativo de solução de conflitos, a mediação, e restabelecer a ordem jurídica e a paz social almejada por toda sociedade.”

Todas essas funções são derivadas da interpretação do texto constitucional e em concordância com a Lei Complementar n.º 80 de 12 de janeiro de 1994, responsável pela organização da Defensoria Pública no âmbito da União, do Distrito Federal e territórios, e estabelece regras gerais para as Defensorias Públicas Estaduais³.

Neste sentido, a fim de auxiliar na garantia do direito à saúde para os mais necessitados e não precisar ingressar em todos os casos com ações judiciais, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo realizou no ano de 2008 uma parceria com a Secretaria do Estado da Saúde devido ao grande número de ações demandadas no Poder Judiciário.

Com base em Maximiano (2009) e Yoshinaga (2011), será explicado os motivos e o funcionamento de tal parceria que atualmente está presente em todas as comarcas do Estado de São Paulo.

A parceria entre Defensoria Pública e Secretaria da Saúde, no Estado de São Paulo, visa uma solução alternativa, baseada na requisição administrativa de medicamentos constantes na lista do SUS ou de alto custo e demais bens materiais relativos à saúde.

As pessoas que procuram a Defensoria Pública são encaminhadas a um atendimento especializado, realizados por técnicos da Secretaria de Saúde, que se encontram na própria unidade da Defensoria, de determinadas localidades, como no município de São Paulo, onde os atendimentos ocorrem às terças e quintas. Logo no primeiro atendimento administrativo se, por exemplo, o medicamento prescrito pelo médico constar na lista oficial do SUS, e a pessoa não teve acesso em razão das dificuldades de logística na distribuição, este paciente já receberá a indicação precisa de qual o local onde aquele medicamento está à disposição para a retirada, e ele é imediatamente encaminhado, sem qualquer burocracia (MAXIMIANO, 2009; YOSHINAGA 2011).

Em relação aos medicamentos de alto custo, iniciado o procedimento administrativo no âmbito da Secretaria de Saúde, o paciente será submetido a uma avaliação médica, por um médico designado pelo próprio órgão da administração, que através de diagnóstico com análise documental de exames realizados pelo paciente, busca-se a

³ Vide em especial os artigos 3º e 4º, incisos I, II, III e IV, da Lei Complementar n.º 80/94: –Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; [...].” (BRASIL, 1994).

confirmação da patologia e a necessidade da medicação prescrita. Caso tal fármaco esteja credenciado pela ANVISA, é entregue ao paciente em um prazo médio de 30 a 40 dias (MAXIMIANO, 2009).

Casos mais complexos cujo medicamento não consta na lista oficial do SUS e nem é credenciado pela ANVISA, também serão analisados, mas o período para deferimento do fármaco é maior. O resultado dessa experiência foi a redução de ações movidas pela Defensoria Pública contra a Fazenda Pública na área de medicamentos de cerca de 180 ações por mês para 15 ações mensais, uma redução de quase 90% das demandas em 2008 (MAXIMIANO, 2009), que encontraram um caminho alternativo ao Poder Judiciário para satisfazer as necessidades populares.

Além da utilização da requisição administrativa via Defensoria Pública também é possível no Estado de São Paulo realizar o pedido direto para a administração pública pela Secretaria de Saúde, seguindo procedimentos estabelecidos pela Comissão de Farmacologia (SÃO PAULO, 2013).

Tais procedimentos se dividem basicamente em quatro programas governamentais de trabalho: i) Programa Dose Certa⁴; ii) Solicitação de medicamentos por protocolo clínico de tratamento de instituições públicas de saúde⁵; iii) Disposição de componente estratégico de assistência farmacêutica⁶; e, iv) Disposição de componente especialização de assistência farmacêutica⁷.

Todos eles necessitam de prescrição médica para obtenção do medicamento dentre

⁴ O programa Dose Certa — É um programa do Estado de São Paulo, que distribui gratuitamente medicamentos para o tratamento de doenças comuns e de seus sintomas, como verminoses, febre, dor, infecções, inflamações, pressão alta, diabetes, doenças do coração, entre outras.

Encontram-se também incorporados ao Programa Dose Certa os métodos contraceptivos, itens da Linha de Cuidado à Gestante e à Puérperas e medicamentos do Programa de Saúde Mental. Parte dos medicamentos do Programa Dose Certa é produzida pela Fundação para o Remédio Popular — FURP” (SÃO PAULO, 2013)

⁵ Neste sentido: —Solicitação de medicamento por Protocolo Clínico de Tratamento consiste no requerimento de medicamento não disponibilizado nos programas oficiais (Elenco Estadual de Medicamentos) de Assistência Farmacêutica do SUS, para Instituições Públicas de Saúde do Estado de São Paulo. Esta solicitação está sujeita a criteriosa análise do Comitê Técnico da Comissão de Farmacologia da SES/SP e sua análise será baseada nos dados epidemiológicos do Estado de São Paulo, no nível de complexidade do serviço solicitante e nas melhores evidências científicas disponíveis na literatura de referência, que justifiquem a solicitação.” (SÃO PAULO, 2013).

⁶ Neste sentido: —O Ministério da Saúde — MS considera como Estratégico todo medicamento utilizado para o tratamento das doenças de perfil endêmico e que tenham impacto socioeconômico. Estes medicamentos têm controle e tratamento definidos por meio de protocolos e normas estabelecidas.” (SÃO PAULO, 2013). Para maiores esclarecimentos vide o sítio da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2013), onde é possível consultar a lista de medicamentos estratégicos.

⁷ Neste sentido: —O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica — CEAF é regulamentado pelas Portarias GM/MS nº 2.981 de 26 de novembro de 2009 e nº 3.439, de 11 de novembro de 2010, e visa garantir no âmbito do SUS, o acesso ao tratamento medicamentoso, de doenças cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas — PCDT, publicados pelo Ministério da Saúde — MS.” (SÃO PAULO, 2013).

outros procedimentos mais específicos, indicados no sítio da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. De qualquer forma, sem avaliar a eficiência de tais programas, é possível salientar a possibilidade de desviar os processos decisórios relativos a insumos da saúde, como medicamentos, da seara judicial para a seara administrativa.

Segundo Oliveira (apud YOSHINAGA, 2011) a via administrativa foi implantada no Estado de São Paulo no ano de 2007 e logo nos primeiros anos já surtiu efeitos positivos:

Análise feita em janeiro de 2009 no sistema informatizado de gestão das ações por medicamentos mostra sensível redução das ações ajuizadas na Capital do Estado, por conta do incremento da via dos pedidos administrativos: em 2006 foram ajuizadas 4.123 ações e formalizados 451 pedidos administrativos. Em 2007, foram 3.996 ações judiciais e 646 pedidos administrativos, e em 2008, 3.098 ações e 1.945 pedidos administrativos. (OLIVEIRA apud YOSHINAGA, 2011).

Em apenas dois anos, na cidade de São Paulo ocorreu um decréscimo de 25% de ações ajuizadas (OLIVEIRA apud YOSHINAGA, 2009), mostrando que a estruturação da via administrativa é uma forma válida de garantir o direito à saúde universal, gratuito e de responsabilidade do Estado evitando a litigiosidade judicial.

4.1.2 Atuação extrajudicial do Ministério Público

O Ministério Público também constitui uma função essencial à justiça e encontra suas diretrizes básicas nos artigos 127 e seguintes da Carta Constitucional de 1988. Sua função de acordo com a norma constitucional é de “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL, 1988).

No §1º, do artigo 127, da CF/88, constam os princípios institucionais do Ministério Público: i) Unidade; ii) Indivisibilidade;⁸ e, iii) Independência funcional⁹ (BRASIL, 1988). Tais princípios se mostram essenciais para a atuação do Ministério Público como guardião da sociedade, podendo agir judicialmente ou administrativamente (MENDES, 2013,

⁸ Neste sentido: “[...] *unidade* significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe; *indivisibilidade* significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei.” (MAZZILLI, 2007, p. 116, grifo do autor).

⁹ Mazzilli (2007, p. 138-139) divide o princípio institucional constitucional da independência funcional, analisando separadamente o que seria 'autonomia funcional' e 'independência funcional' *stricto sensu*: “Por força da autonomia funcional [independência funcional], o Ministério Público, enquanto instituição decide livremente o que fazer, dentro dos limites da lei, sem se ater a injunções de outros órgãos do Estado, alheios à instituição ministerial; por força da independência funcional, os membros do Ministério Público [...] e cada órgão ministerial [...] decidem livremente o que fazer, dentro dos limites da lei [...]”

p. 898).

Na ordem administrativa o Ministério Público conta com alguns instrumentos extrajudiciais capazes de agir positivamente e alternativamente ao ingresso de ações no Poder Judiciário para solução de problemáticas que envolvem o direito à saúde.

Gavrinski (2010) apresenta sistematicamente alguns possíveis instrumentos de tutela coletiva extrajudicial que podem ser utilizados pelo Ministério Público, entre eles: i) Inquérito civil e procedimentos correlatos; ii) Requerimento de certidões e informações; iii) Audiência pública; iv) Recomendação; e, v) Compromisso de ajustamento de conduta.

Utilizando tais procedimentos é possível verificar que o Ministério Público obteve importante sucesso em algumas demandas e evitou o ajuizamento de ações no Poder Judiciário, seguem três casos sobre esses procedimentos encontrados respectivamente no Portais de Notícias do Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público Federal no Estado do Ceará e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

No primeiro caso o Ministério Público do Estado de São Paulo através de uma audiência pública realizada em 22 de junho de 2012 colocou em ordem a fila para tratamento de câncer no Sistema Único de Saúde (SUS) no município de Ribeirão Preto, interior de São Paulo.

Na audiência pública que objetivou um acordo entre Ministério Público e representantes do Município e Estado, o Promotor de Justiça Sebastião Sérgio de Oliveira explicou “[...] a gravidade do problema, uma vez que 317 pacientes com câncer aguardavam tratamento há mais de um ano, o que exigia uma solução em curto prazo por parte do poder público” (ATUAÇÃO..., 2012). Em 03 de agosto de 2012 a fila já estava zerada e regulada, bastando apenas acompanhamento para que novas filas não sejam formadas. (ATUAÇÃO..., 2012).

No segundo caso, em 04 de outubro de 2013, o Ministério Público Federal através da Procuradoria da República do Estado do Ceará realizou um Compromisso de Ajustamento de Conduta com a Prefeitura de Juazeiro do Norte, após inspeção no Hospital Municipal São Lucas verificou-se a existência de diversos problemas estruturais que comprometiam o funcionamento da unidade de saúde nos setores da unidade de tratamento intensivo neonatal, na unidade de internação, nas salas de pré-parto e de parto, no banco de leite, entre outros, baseados na ausência de monitores cardíacos, circuito de respirador para todos os leitos e falta de manutenção nos equipamentos de ar comprimido e oxigênio.

Com o Compromisso de Ajustamento de Conduta a Prefeitura de Juazeiro do

Norte se comprometeu a regularizar a situação e prover melhores condições para o Hospital Municipal (MPF..., 2013).

O terceiro caso, em 29 de agosto de 2010, trata também de um Compromisso de Ajustamento de Conduta entre o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte, Promotoria de Justiça de Assú, e a Prefeitura Municipal para criação de uma unidade de pronto atendimento 24 horas, com o objetivo de reduzir filas e má qualidade do atendimento no Hospital Regional Nelson Inácio dos Santos (ASSU..., 2010)¹⁰.

Os meios alternativos para resolução de conflitos na área da saúde implementada pelos mecanismos de tutela coletiva extrajudicial utilizados pelo Ministério Público como demonstrado nos exemplos são apropriados para solucionar questões que poderiam se tornar demandas judiciais. Por óbvio, em alguns casos os acordos realizados entre Poder Público e Ministério Público podem não obter o efeito desejado pela inadimplência dos órgãos da administração, mas, em contramão, podem gerar uma tutela judicial mais coerente e efetiva, por todo o conjunto probatório desenvolvido nos procedimentos extrajudiciais.

4.1.3 Conferências de saúde e Conselhos de saúde

A colocação da participação popular nos processos decisórios da saúde foi uma das posições amplamente defendidas pelo movimento sanitário na construção do Sistema Único de Saúde (SUS). A diretriz da participação da sociedade, já mencionada neste trabalho, garantida normativamente pelo artigo 198, inciso III, CF/88 (BRASIL, 1988)¹¹, ao dispor que constitui diretriz do SUS a participação da comunidade e regulamentada infraconstitucionalmente pela Lei n.º 8.142/90 (BRASIL, 1990b), permite colocar uma forma de controle social¹² e uma instância decisória capaz de auxiliar de maneira extrajudicial na saúde, além de conceber uma alternativa para evitar sua um processo de ‘judicialização’

¹⁰Infelizmente por ausência de recursos financeiros o procedimento licitatório para construção da unidade de pronto atendimento 24 horas do município de Assú foi iniciado apenas em julho de 2013 (PREFEITURA DE ASSÚ, 2013). Apesar da demora, vale destacar que se não fosse a atuação extrajudicial do Ministério Público, talvez o município nem teria articulado seus esforços para dar início aos procedimentos de construção da referida unidade de saúde.

¹¹Neste sentido: –Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade. [...]” (BRASIL, 1988).

¹²Para Medauar (2012, p. 176) o controle social é o controle exercido pelo cidadão a partir do binômio participação e transparência.

desnecessário¹³.

Aliás, compreender tais instâncias como alternativas ao Poder Judiciário se dá pelo fato do processo de 'judicialização da saúde' ter tomado as excessivas proporções mencionadas, pois as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde seriam as instâncias políticas naturais para o exercício do controle social da Administração Pública e auxílio na criação de políticas públicas que visem garantir as reais necessidades da sociedade.

Diferente dos outros meios citados nos tópicos anteriores, que trabalham diretamente na solução de demandas setoriais, mesmo que coletivas, concedendo administrativamente um medicamento ou realizando um acordo com algum ente público para melhorar as condições de atendimento em um hospital, por exemplo, as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde buscam “[...] a efetiva interação da sociedade com a formulação e a execução de políticas públicas de saúde, bem como a fiscalização e a avaliação das ações e serviços dessa área.” (MAPELLI JÚNIOR; COIMBRA; MATOS, 2012, p. 140).

Nos ditames do §1º do artigo 1º da Lei n.º 8.142/90, –A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes” (BRASIL, 1990b).

Os três âmbitos governamentais devem realizar Conferências de Saúde. Em nível nacional já foram realizadas catorze conferências, sendo a última no ano de 2012. Nelas importantes diretrizes são criadas para orientar as políticas públicas a serem formuladas, desenvolvidas, melhoradas e executadas pelo Poder Público, atuando em temas como a necessidade de melhoria na disposição de bens materiais na saúde para usuários do SUS.

Neste sentido, segue a Diretriz 02 – item 01, da 14ª Conferência Nacional de Saúde:

¹³A Lei n.º 8.142/90 trata da participação da sociedade na área no SUS em seu artigo 1º: —~~Art.~~ 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. § 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. § 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.” (BRASIL, 1990b).

Fortalecer o controle social autônomo, paritário, democrático e deliberativo em todas as agências de fiscalização para a defesa dos direitos da cidadania e do bem comum, legitimando os conselhos de saúde como espaços estratégicos de gestão participativa para pactuação e estabelecimento de compromissos entre a gestão pública, os trabalhadores e os usuários, visando ao desenvolvimento e à qualificação dos serviços e das políticas públicas de saúde, como política de governança, impactando na melhoria da qualidade de vida da população, com fiscalização dos prestadores de serviços contratados/conveniados quanto à efetiva disponibilização dos procedimentos, medicamentos e insumos necessários ao tratamento de usuários do SUS sob sua responsabilidade, com acesso irrestrito, nos termos da lei, a todas as informações necessárias sobre os serviços de saúde, incluindo média e alta complexidade e pesquisas de opinião pública com usuários e trabalhadores, dando publicidade adequada aos resultados. (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2012, p. 19)

Com um viés de atuação mais prático, os Conselhos de Saúde¹⁴, estipulados no §2º da Lei n.º 8.142/90, se apresentam

[...]em caráter permanente e deliberativo, [como] órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (BRASIL, 1990b).

É possível observar uma importante instância administrativa de deliberação junto ao Poder Executivo capaz de controlar as políticas e serviços públicos de saúde existentes, contribuindo de maneira significativa para a redução das demandas judiciais relativas aos bens materiais de saúde.

Isso porque, com sua composição de 50% dos membros representantes da sociedade, determinado pelo artigo 3º do Decreto Federal n.º 5.839/06, fornece a possibilidade de discussão e fiscalização sobre efetivos problemas ligados a temática da 'judicialização da saúde', podendo analisar se a política de distribuição de medicamentos está adequada e com lista de fármacos atualizada, se hospitais estão prestando de maneira eficiente seus serviços, se há necessidade de criação de políticas públicas específicas para determinados grupos, entre diversos outros temas que podem atuar de maneira eficaz e

¹⁴Neste sentido: –Os Conselhos de Saúde inserem-se num movimento geral que procura superar as formas existentes de participação política, cristalizadas em partidos políticos, e criar instituições democráticas que promovam a inclusão política. Trata-se de uma inovação institucional surgida durante o processo de transição política, quando a sociedade rejeitava fortemente o padrão clientelístico e excludente das políticas sociais e aspirava a novas políticas desenhadas a partir das necessidades da população, por meio da participação direta dos cidadãos no processo de tomada de decisões.” (AN STRALEN, 2006, p. 630).

extrajudicial, colocando-se como uma legítima instância político-administrativa de decisão e controle¹⁵. Para exemplificar a importância de tal atuação, seguem quatro recomendações do Conselho Nacional de Saúde:

i) Recomendação n.º 004/2013 propõe ao Ministério da Saúde que retome de maneira efetiva as campanhas educativas preventivas ligadas ao vírus HIV/Aids para jovens, adolescentes e populações de risco, considerando informações oficiais de que tais campanhas foram paralisadas. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2013a);

ii) Recomendação n.º 003/2013 ao considerar que o enfrentamento da tuberculose está na agenda de prioridades das políticas públicas do Ministério da Saúde e que a doença é a 4ª causa de morte das moléstias infecciosas e a 1ª causa de morte das pessoas vivendo com HIV/AIDS, recomendou-se ao Ministério da Saúde em articulação com demais áreas do Governos Federal e movimentos sociais, criar e manter benefícios sociais para pessoas com tuberculose, visando a diminuição de abandono e a ampliação da adesão ao tratamento (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2013b);

iii) Recomendação n.º 001/2012 ao considerar que de acordo com o texto constitucional a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e que no Brasil há casos de omissão de atendimento em serviços de saúde, resultando, em alguns casos, mortes, recomendou ao Ministério da Saúde, entre outros pontos, que a saúde seja efetivamente garantida através das unidades de emergência independentemente da capacidade direta ou indireta de pagamento (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2012);

iv) Recomendação n.º 005/2011 ao considerar a grande demora das filas para acesso de usuários do serviço público de saúde às políticas públicas de fornecimento de órteses e próteses, além de registro de problemas de qualidade desses bens, recomendou ao Ministério da Saúde, entre outros pontos, a tomada de providências para regularizações dessas políticas, ao Conselho Federal de Medicina para que avalie os procedimentos utilizados para a prescrição dessas órteses e próteses, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para realizar estudos dos riscos das próteses utilizadas. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2011).

Diante de algumas recomendações realizadas pelo Conselho Nacional de Saúde

¹⁵Para esclarecimento da composição dos Conselhos de Saúde: –Art. 3º O CNS é composto por quarenta e oito membros titulares, sendo: I - cinquenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS; e II - cinquenta por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, de representantes do governo, de entidades de prestadores de serviços de saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - CONASEMS e de entidades empresariais com atividade na área de saúde.” (BRASIL, 2006).

nos últimos anos é possível observar de maneira prática que elas podem influenciar diretamente na diminuição do excessivo processo de 'judicialização da saúde', deixando na instância político-administrativa algumas questões decisórias próprias das políticas públicas de saúde¹⁶.

4.2 Formas de auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente

Esse tópico busca trazer algumas reflexões sobre instrumentos e ações que podem ser utilizados para auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente. É evidente que não se pretende criar um modelo de como o Poder Judiciário deveria proceder em suas decisões, mas apenas demonstrar possibilidades que melhorariam a fundamentação de suas decisões, para não incorrerem em argumentos tão vagos como nas decisões já demonstradas neste trabalho, ou conceder bens ou serviços da saúde de maneira incorreta, seja pela ausência de conhecimento técnico sobre questões da saúde ou por ausência de conhecimento do andamento de políticas públicas já existentes.

Como já explicado na introdução desta terceira parte do trabalho, ante todo o processo de afirmação histórica e social do direito à saúde na Constituição de 1988, não há espaço para considerar uma posição utilitarista e segregatória que exclua o povo brasileiro de seu direito à saúde pura e simplesmente pela posição financeira de quem postula em juízo.

Por óbvio, que ante a sociedade brasileira ser notoriamente desigual, há necessidade de buscar meios para garantir o direito à saúde da população mais necessitada em quesitos financeiros e de grupos de riscos discriminados (portadores do vírus HIV/Aids, por exemplo), no entanto, não é esse o critério defendido neste trabalho para o Poder Judiciário conceder ou não determinado bem material para a saúde requisitado em um processo.

Considerando a saúde como direito de todos, universal, gratuita e de responsabilidade do Estado, toda a população brasileira tem direito a uma prestação governamental satisfatória, para não retrocedermos na visão segregatória que imperava antes de 1988.

Nesta lógica, o critério para criação de um controle judicial coerente passaria pela

¹⁶Importante destacar que alguns autores como Coelho (2004) e Wang (2009) destacam pontos negativos nas deliberações realizadas pelos Conselhos de Saúde, como sua pequena participação popular e pouca influência decisória nas instâncias governamentais. No entanto, a reflexão ora apresentada serve para mostrar a possibilidade de sua utilização como uma forma alternativa de solução de conflitos ligados as demandas relativas a saúde, deixando demais análises como sua eficiência ou necessidade de reestruturação para pesquisas específicas sobre esses instrumentos.

limitação das demandas a partir do reconhecimento da efetividade e inexistência de políticas públicas, e da utilização do Poder Judiciário para privilegiar questões mercadológicas.

Com esse pensamento seria possível construir um controle judicial de políticas públicas na área da saúde nos ditames das disposições constitucionais, fornecendo o bem material da saúde requisitado apenas para pessoas que realmente necessitem, seja pela inefetividade ou inexistência de uma política pública.

De uma maneira sistemática é possível conceber o seguinte critério limitativo para o controle judicial de políticas públicas, capaz de conduzir a concessão ou não do pleito judicial relativo a saúde desta forma: i) A atuação do Poder Judiciário quando inexistem políticas públicas; ii) A atuação do Poder Judiciário quando há políticas públicas ineficazes; e, iii) Atuação do Poder Judiciário quando há interesses mercadológicos.

Nesses critérios, o Poder Judiciário deve conceber meios para avaliar se o bem material da saúde pleiteado (medicamento, prótese, cirurgia, etc.) já faz parte de alguma política pública governamental, se esta política pública (dentro da complexidade de sua formulação e execução) existe e está atendendo seus objetivos e contribuindo para a construção de um Estado Democrático e Social de Direito conforme as diretrizes constitucionais já apresentadas, se há alternativas equânimes para a demanda requisitada, qual o grau de urgência da demanda, se é possível compatibilizá-la dentro dos critérios orçamentários governamentais, entre diversos outros questionamentos necessários de serem esclarecidos para uma coerente prestação jurisdicional e um efetivo controle judicial de políticas públicas que vise assegurar o direito à saúde e não prejudicá-lo.

Tais questionamentos devem ser utilizados tanto em demandas individuais que pleiteiam, por exemplo, um medicamento específico, quanto em demandas coletivas, por exemplo, que pleiteiam a compra de equipamentos e criação de uma ala nova em um hospital público. Apenas com o fortalecimento e reestruturação do Poder Judiciário concedendo-lhe bases para avaliar as lides que envolvem direitos sociais, que são bem mais complexa que as lides obrigacionais e liberais ordinariamente judicializadas, será possível conceber um controle judicial de políticas públicas apto a auxiliar na efetivação do direito à saúde.

Serão apresentadas algumas maneiras de auxiliar a reestruturação do Poder Judiciário e lhe fornecer meios adequados para exercer adequadamente sua função jurisdicional na sociedade como um ator essencial ao controle das políticas públicas e capaz de ser mais uma instância de garantia do direito à saúde. De maneira sistemática segue três pontos: i) Diálogo entre atores sociais; ii) Acesso à justiça; e, iii) Meios de identificação de

demandas mal intencionadas.

Apesar da disposição sistemática, as reflexões elaboradas pela necessidade de um diálogo entre os atores sociais envolvidos para a criação de um controle judicial de políticas públicas na saúde será tratado por último, por se apresentar como base para o Poder Judiciário se reestruturar e decidir lides de direitos sociais de maneira mais coerente.

4.2.1 Acesso à Justiça

Conforme mencionado, a pesquisa desenvolvida neste trabalho optou por seguir a orientação Constitucional de que o direito à saúde deve ser garantido para todos, como responsabilidade do Estado, ante sua construção histórica e social pautada nas lutas do movimento sanitários antes de 1988. Logo, a condição financeira de determinado indivíduo que pleiteia algum bem material da saúde não pode ser condição que impeça sua guarida judicial pela inefetividade estatal.

No entanto, é notório que o acesso à justiça para pessoas com posição financeira privilegiada na sociedade é facilitado por ter condições econômicas suficientes para contratar um advogado particular enquanto os mais pobres necessitam da Defensoria Pública e de seus convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para terem garantido seu direito de guarida judicial através da assistência judiciária gratuita.

O acesso à justiça aos mais pobres é importante para influenciar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente, pois estará mais próximo das dificuldades enfrentadas nas iminentes relações de desigualdade na sociedade. Infelizmente, algumas pesquisas indicam que a judicialização da saúde não está beneficiando os mais pobres, pelas dificuldades de acesso à justiça.

Vieira e Zucchi (2007), realizaram em 2005 uma pesquisa para analisar as distorções causadas pelas ações judiciais na política de medicamentos no Brasil.

Os dados indicaram que 63% dos impetrantes de ações judiciais residiam em áreas com menor grau de exclusão social no município de São Paulo e 54% foram representados judicialmente por advogados particulares ao invés de utilizarem a assistência jurídica gratuita fornecida pelo Estado (VIEIRA; ZUCHI, 2007).

Segundo as autoras esses resultados indicaram que “provavelmente estas pessoas tenham condições financeiras suficientes para custear os honorários do profissional.” (VIEIRA; ZUCHI, 2007, p. 220).

Em análise mais recente, realizada em 2007, Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas analisaram se o Poder Judiciário pode ser considerado a “Voz Institucional dos Pobres” ou se as decisões que concedem medicamentos não beneficia os menos privilegiados (SILVA; TERRAZAS, 2011).

A pesquisa elaborou um questionário com a finalidade de responder: i) a idade e o gênero dos beneficiados; ii) medicamento requisitado; iii) onde a prescrição médica foi emitida; iv) a fonte de informação pela qual a pessoa entrevistada descobriu a possibilidade de ingressar com uma ação judicial para requerer medicamentos; v) quem ingressou com o processo; vi) a frequência que o beneficiado utiliza a rede público de hospitais; vii) sua ocupação; viii) renda familiar *per capita*; ix) nível de educação; e, x) informação sobre o local onde mora e seu bairro (SILVA; TERRAZAS, 2011).

Os dados apontaram que 60,63% utilizaram clínicas ou hospitais privados (13,12% hospitais públicos comuns e 26,25% hospitais públicos de referência), 55,42% obtiveram informações dos próprios médicos sobre a possibilidade de conseguir os medicamentos receitados pela via judicial (1,81% obtiveram informações de advogados privados, 1,2% obtiveram informações de Defensores Públicos, 20,48% obtiveram informações de familiares e/ou amigos, 9,04% obtiveram informações de Associações ou ONGs, e 12,05% obtiveram informações de outros meios).

Na avaliação de quais entes foram responsáveis por representar os entrevistados em juízo, 38,75% foram representados por advogados particulares, 30,63% pela assistência gratuita, 21,25% por Associações ou ONGs e 9,37% por outros entes. Entre os 160 entrevistados, 60% afirmaram que não utilizam o sistema público de saúde, 35,63% das pessoas que procuraram a via judicial para receber algum medicamento eram aposentados (16,88% trabalhadores registrados, 1,25 trabalhadores informais, 12,5% profissionais liberais, 7,5% servidores públicos, 2,5% empregadores, 16,25% donas de casa, 3,12% desempregados, e 1,87% de outras ocupações) (SILVA; TERRAZAS, 2011).

Quanto a análise do salário dos entrevistados, 44,39% recebiam entre 1,5 a 5 salários mínimos mensais ou mais (41,24% recebiam ente menos da metade de um salário mínimo até 1,5 salários mínimos mensais, 13,75% não responderam), 45,71% moravam em áreas consideradas de pouca exclusão social (29,29% moravam em áreas consideradas de exclusão e 25% moravam em áreas de média exclusão social), 36,25% tinha pelo menos o ensino médio completo (18,75% tinham apenas ensino fundamental até a 4ª série, 14,37% tinham ensino fundamental até a 8ª série, 25% possuíam ensino superior completo e 5,63%

eram pós-graduados). A maioria dos medicamentos solicitados judicialmente eram para câncer (20%), artrite (18,13%) e diabetes (23,75%), perfazendo 60% das demandas judiciais (SILVA; TERRAZAS, 2011).

Em suma, a pesquisa concluiu que os mais pobres não são os mais privilegiados pela 'judicialização da saúde', no que diz respeito as demandas relativas a medicamentos (SILVA; TERRAZAS, 2011).

Além desses dados, é possível observar que apesar da Constituição de 1988 ter criado o órgão da Defensoria Pública como função essencial à justiça, nos ditames já mencionados, o procedimento de implementação e organização ainda está em andamento. Estados como Paraná e Santa Catarina apenas criaram a instituição em 2011 (PARANÁ, 2011) e 2012 (SANTA CATARINA, 2012), respectivamente.

A estruturação da Defensoria Pública e de políticas públicas que possibilitem o acesso à justiça para todos os cidadãos sem qualquer discriminação é um dos primeiros passos para construir um sistema de controle de políticas públicas capaz de concretizar o direito à saúde. Isso porque, trará para as portas do Poder Judiciário os cidadãos mais necessitados e, conseqüentemente, os que mais necessitam do Estado para ter seus direitos garantidos, possibilitando que o órgão jurisdicional conheça e analise as reais demandas e necessidades sociais.

4.2.2 Meios de identificação de demandas mal intencionadas

Como apresentado neste trabalho, indústrias farmacêuticas podem utilizar a saúde como um bem mercadológico e manipularem situações judiciais para implementar seus fármacos em território nacional, visando o lucro em detrimento do bem-estar social. Assim, além de mecanismos propriamente judiciais pautados em um diálogo¹⁷ com os atores sociais envolvidos para identificação desses tipos de demandas, seria interessante a utilização de um mecanismo próprio para estabelecer uma investigação e fornecer posteriores elementos para auxiliar o Poder Judiciário.

Não há ainda um sistema específico para lidar com tais demandas, mas interessante demonstrar que o sistema S-CODES da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo já foi responsável por cruzar informações obtidas pelas ações judiciais distribuídos no Estado e identificar indícios no município de Marília de que um médico, um advogado e um

¹⁷O diálogo entre atores sociais será trabalhado no próximo tópico.

laboratório farmacêutico estavam patrocinando causas de maneira fraudulenta para enriquecimento próprio e evidente prejuízo social (YOSHINAGA, 2011, p. 11).

Zakir (2009), representante da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, apresentou o caso, que gerou a operação “Garra Rufa”, na Audiência Pública de Saúde ocorrida no ano de 2009 no Supremo Tribunal Federal:

Nosso trabalho iniciou [...] na busca do fornecimento de um medicamento. Identificamos características nos perfis desses advogados que chamamos de “advogados de marcas” ou “advogados de um remédio só”. [...]

Com as informações já filtradas, o que chamamos de “infelização” - relacionando a atividade da ONG, a atividade do médico e a atividade de alguns advogados -, o Núcleo de Inteligência, analisando de forma pormenorizada as ações, notou outra discrepância: a incidência da doença, em função da região, extrapolava os números preconizados pela Organização Mundial de Saúde. Chegamos a pensar que estaríamos diante de um fenômeno mundial onde se instaurou uma capital mundial de psoríase na região de Marília. [...]

Essas informações já sustentaram a iniciativa de desencadear uma investigação formal. Essa investigação foi oficializada junto à região de Marília em função da circunscrição e do grande número de ações existentes naquela região e recebeu o nome de “Garra Rufa”. [...]

Com o término dessas investigações, obtivemos dados relevantes para a compreensão dessa organização criminosa, claramente constituída para obrigar o Estado a fornecer medicamento através de ordens judiciais, alavancando, de forma clara, as vendas da indústria farmacêutica. A base dessa organização criminosa, que tinha como tarefa criar a demanda para o consumo do medicamento, ela era composta por três integrantes: a organização não-governamental, médicos e advogados, cada um deles com as suas funções específicas.

O laboratório figurou de forma clara, fomentando os seus gerentes e deixando claro que os mesmos tinham metas a cumprir, buscando o aumento das vendas; [...].

O resultado final foi início de um processo criminal contra os envolvidos e a prisão de nove deles (YOSHINAGA, 2011, p. 11).

Desta forma, a articulação entre advogados, indústria farmacêutica, organizações não governamentais e médicos pode ocorrer para benefícios particulares que visam apenas lucros econômicos utilizando-se da 'judicialização da saúde', consequentemente distorcendo as políticas públicas e prejudicando a criação de um controle judicial adequado para promoção efetiva do direito à saúde. Por isso, a necessidade implementar novos mecanismos e fortalecer os já existentes para identificar e impedir que demandas judiciais mal intencionadas sejam levadas ao Poder Judiciário.

4.2.3 Diálogo entre atores sociais

Durante o decorrer do trabalho percebeu-se que todos os atores sociais envolvidos na área da saúde (Sociedade Civil, Poder Judiciário, Poder Legislativo, Poder Executivo, Ministério Público, etc.) possuem uma função de fiscalizar e controlar as políticas públicas. Tal função é derivada da complexa organização jurídica e política estabelecida na Constituição de 1988, que legitima várias formas de participação de toda a sociedade para a construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

Dessa forma, para empreender uma reestruturação eficaz ao Poder Judiciário, concedendo-lhe melhores condições de decidir complexas lides que envolvam direitos sociais, no presente caso o direito à saúde, é necessário desenvolver um diálogo entre todos os atores sociais envolvidos.

Tal orientação é crescente, sendo possível encontrar guarida na doutrina brasileira com Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 251), Mendes e Branco (2013, p. 713), Sarlet (2009, p. 34), porém, Sarmiento (2010, p. 262) indica que é no cenário anglo-saxão que há grande produção teórica sobre o desenvolvimento de teorias do diálogo que visam integrar o Poder Judiciário e demais atores sociais como forma de garantir os direitos constitucionais. “Literatura crescente em direito constitucional comparado tem se dedicado à construção de modelos teóricos que promovam, ao lado da proteção de direitos sociais, a deliberação democrática.” (FERREIRA, 2011, p. 248).

Há extrema necessidade de empreender uma reforma no Poder Judiciário que abarque de maneira sistematizada e organizada as possibilidades de diálogo entre os demais atores sociais para auxiliar nas decisões sobre o direito à saúde, criando um controle judicial de políticas públicas eficaz e adequada ao ordenamento jurídico e política brasileiro. No entanto, influências alienígenas são essenciais para proliferação do debate em território nacional, o que não é possível empreender, é a adoção acrítica de teoremas criados em circunstâncias jurídicas, políticas, históricas, sociais e culturas muito divergentes (fato já criticado neste trabalho quanto a adoção dos conceitos de 'judicialização da política' e 'ativismo judicial').

Neste sentido, para uma reflexão sobre a necessidade de diálogo entre os atores sociais para auxiliar no processo decisório judicial, serão apresentadas algumas noções gerais sobre teorias do diálogo e métodos dialógicos, buscando uma reflexão sobre sua aplicação em demandas individuais e coletivas relativas a saúde no cenário brasileiro.

4.2.3.1 Noções gerais sobre teorias do diálogo e métodos dialógicos: reflexões sobre sua aplicação no cenário brasileiro para auxiliar demandas individuais e coletivas relativas à saúde

Há teorias do diálogo que privilegiam métodos dialógicos, mas não é uma relação lógica. Roach (2001, p. 241-243), apresenta uma divisão de três grupos de teorias do diálogo capazes de demonstrar essa ausência de relação.

No primeiro grupo, não há uma perspectiva dialógica, pois os três poderes se apresentam como aptos para interpretar as determinações constitucionais e funcionar como instâncias decisórias autônomas. Logo, há uma perspectiva de diálogo pela possibilidade de ampliação das instâncias deliberativas sobre materiais constitucionais, mas não há, necessariamente, uma lógica dialógica, capaz de promover um debate entre eles.

No segundo grupo, a perspectiva dialógica é presente, pois determina a participação dos representantes democráticos, em especial o Poder Legislativo, e a sociedade civil na forma de *accountability*, partindo da concepção de que decisões tomadas pelo Poder Judiciário, representado por entes não eleitos, não devem se distanciar dos desejos democráticos dos entes eleitos e do restante da sociedade.

O terceiro grupo, também apresenta uma perspectiva dialógica, mas mitigada, porque reconhece que decisões políticas (tomadas pelos representantes democráticos) e decisões judiciais são autônomas, mas há um grau de complementaridade, não devendo nenhuma delas ser considerada como a última palavra, podendo haver uma interação entre os poderes para alcançar decisões mais coerentes.

Nas perspectivas do grupo de teorias do diálogo que privilegiam um método dialógico há ainda as que se relacionam com: i) *judicial method* (método judicial), visando a promoção de um debate mais amplo pelo Poder Judiciário acerca de questões constitucionais na ambiência do próprio Poder ou entre outros Poderes, como parte de suas técnicas para auxiliar suas decisões; e, ii) *structural theories of dialogue* (teorias estruturais do diálogo), apresentando a possibilidade de mecanismos políticos auxiliarem no processo decisório judicial (BATEUP, 2006, p. 17, 34).

No Poder Judiciário brasileiro, há necessidade de criar um ambiente de diálogo baseado nas teorias dialógicas, promovendo uma efetiva interação entre Poder Judiciário e demais atores sociais. Isso porque, como já apresentado, o Poder Judiciário é um importante ator social no controle das políticas públicas, sendo capaz de garantir os preceitos

constitucionais estabelecidos em 1988, porém, sua deficiência em lidar com lides complexas que envolvem políticas públicas e direitos sociais, como as demandas relativas à saúde, prejudicam sua atuação.

Dixon (2006) desenvolve uma teoria do diálogo, baseada numa interação institucional, própria para direitos sociais (prestações positivas), como no caso do direito à saúde, e aponta que decisões tomadas de maneira participativa são mais vantajosas para toda a sociedade, pois servem como forma de neutralizar deficiências dos entes políticos, eleitos democraticamente, como a existência de pontos cegos (*blind spots*) e encargos de inércia (*burdens of inertia*).

Os pontos cegos seriam determinados por falhas na concretização dos direitos sociais pela ausência de produção de regras infraconstitucionais (*blind spots of application*), por escolhas políticas ruins para a sociedade, como a má alocação de recursos (*blind spot of perspective*), e na influência de interesses particulares que não consideram as reais prioridades da sociedade (*blind spot of accommodation*). Os encargos de inércia também são determinados por falhas na concretização dos direitos sociais, mas se apresentam especificamente por influências na tomada de decisões políticas que geram omissões, como deixar de tratar algum tema social importante por causa de eleições que se aproximam (*priority driven burdens of inertia*), por questões de embates partidários (*coalition driven burdens of inertia*) e pela burocratização capaz de complicar e inibir a concretização de algum direito social (*bureaucratic burdens of inertia*) (DIXON, 2006, p. 22-23).

Neste sentido, Dixon (2006) defende que o Poder Judiciário além de sua linha coercitiva da atuação, deve promover uma lógica comunicativa, capaz de agrupar diversos atores sociais para auxiliarem que suas decisões judiciais realmente concretizem e garantam direitos sociais. Para alcançar essa perspectiva comunicativa, o diálogo deve ser estimulado pela criação de meios que fomentem uma participação democrática de todos os atores sociais capazes de contribuir positivamente para o deslinde da demanda.

Langford (2009, p. 116, grifo nosso), apresenta algumas medidas tomadas ao longo do mundo para buscar um método de diálogo nas instâncias judiciais:

[...] pode-se citar o maior uso de uma declaração retardatária de invalidez de um ato jurídico, por meio da qual **os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão** [...] A Corte Suprema do Nepal, no caso *Mira Dhungana c. Ministerio de Derecho*, negou-se a declarar a inconstitucionalidade de uma lei que havia dado a um filho uma parte dos

bens de seu pai a partir do nascimento, mas não dava o mesmo direito a filhas (pelo menos até que esta completasse 35 anos e permanece até esta idade solteira), e, **no lugar da declaração de inconstitucionalidade da lei, exigiu que o Estado, em um prazo de um ano, revisasse a legislação depois de consultar as partes interessadas, inclusive organizações de mulheres.** Este exercício jurisdicional baseado no diálogo também é evidenciado pelo maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem soluções antes que uma decisão final seja tomada [...] Outra estratégia utilizada é a elaboração de recomendações. Por exemplo, os tribunais da Índia e de Bangladesh, por vezes, têm adotado este enfoque **no lugar de emitir ordens finais ordenando moradias alternativas no caso de deslocamentos forçados, embora tenham sido criticados por privar as partes de um remédio judicial efetivo de fato** [...] Aqueles órgãos com competência jurisdicional que incorporam remédios judiciais mistos têm demonstrado maior eficiência. Em casos relativos ao direito à saúde e meio-ambiente e ao direito à alimentação, a Suprema Corte da Índia emitiu uma série de ordens contínuas e provisórias antes de chegar a uma ordem final. Por exemplo, obrigou que as autoridades informassem sobre a execução das ordens que o tribunal havia emitido para ampliação e implementação de maneira eficiente de programas de racionamento de alimentos [...] **O uso cauteloso de medidas liminares** pode ser uma forma de evitar a crítica que recebem as ordens judiciais mais sistemáticas de que não oferecem nada as vítimas em curto prazo [...].

As premissas da teoria do diálogo desenvolvidas por Dixon (2006) acompanhadas dos exemplos de Langford (2009) se amoldam às problemáticas da 'judicialização da saúde' apresentadas neste trabalho. No caso brasileiro é possível encontrar algumas ações que demonstram um tímido início de reestruturação institucional do Poder Judiciário considerando a perspectiva de diálogo entre diversos atores sociais e o direito à saúde, entre elas destacam-se: i) Audiência Pública sobre a 'judicialização da saúde' no Supremo Tribunal Federal (STF); ii) Criação de núcleos de assessoria técnica no Poder Judiciário em algumas localidades; iii) Criação do Fórum do Judiciário para a Saúde.

A Audiência pública da saúde foi realizada no plenário do Supremo Tribunal Federal, prolongou-se por seis dias (27, 28 e 29 de abril de 2009, 4, 5 e 6 de maio de 2009) com temáticas variadas procurou trazer ao Poder Judiciário uma interação com os principais atores envolvidos na 'judicialização da saúde' (profissionais da área da saúde, pesquisadores, juristas, políticos e indústrias farmacêuticas), porém, apesar das importantes contribuições, das quais algumas encontram-se presentes neste trabalho, como demonstrado na avaliação das decisões do STF, não surtiram efeitos relativos a diminuição de concessão de bens ou serviços da saúde objeto de demandas judiciais (SUPREMO, 2009).

O Fórum do Judiciário para a Saúde foi instituído em decorrência da Audiência Pública sobre a saúde no STF, a partir da Portaria n.º 650/2009 e regulamentado pela

Resolução n.º 107/2010, ambos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sendo responsável pelo:

Art. 2º [...]

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010b)

Uma das medidas propugnada pelos trabalhos realizados pelo Fórum foi a aprovação da Recomendação n.º 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça, responsável por recomendar “[...] aos Tribunais a adoção de medidas visando subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010a).

Dentre as medidas propostas, a Recomendação n.º 31/2010 trouxe em seu item “I – a” a orientação¹⁸ para que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais

¹⁸ Outras orientações da Recomendação n.º 31/2010 também estimulam o diálogo entre os atores sociais envolvidos na 'judicialização da saúde', neste sentido, orienta os magistrados para que: “b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas; c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça; d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON;” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010a).

[...] até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010a).

Essa recomendação indica a criação dos Núcleos de Assessoria Técnica, conhecidos como NAT, para auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente suas demandas, não dispensando bens materiais da saúde de forma desnecessária, assim:

Os processos que chegam ao NAT são cadastrados no banco de dados e distribuídos aos profissionais da equipe para que estes possam analisar os casos e proferir o parecer técnico. Em seguida, a avaliação é enviada à coordenação para revisão, que, caso considere necessário, propõe alterações no texto. A última etapa é o retorno do parecer para o cartório ou para a secretaria do juiz que o encaminhou. Caso o medicamento em questão exista na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e se encontre disponível, o paciente é prontamente orientado a se encaminhar até o local onde se encontra o medicamento e retirá-lo, sem necessitar que sua demanda se perpetue. [...] O NAT, mais do que parâmetro para balizar decisões dos magistrados, informa, instrumentaliza, evitando o processo vivido nos primórdios da judicialização da saúde, período em que, muitas vezes, os juizes de 1º grau, por falta de real conhecimento da necessidade apresentada pelo demandante, entregavam a prestação por temer um dano maior. (FERREIRA; COSTA, 2013, p. 221,233).

Alguns Tribunais de Justiça já iniciaram a instalação dos Núcleos de Assessoria Técnica, como no Estado do Rio de Janeiro (FERREIRA; COSTA, 2013), no Estado de Mato Grosso (TJ..., 2011) e no Estado de São Paulo (FÓRUM..., 2012).

As medidas apresentadas representam o início do desenvolvimento de uma reestruturação dialógica do Poder Judiciário, enaltecendo a criação de mecanismos capazes de fomentar um proveitoso diálogo entre os atores sociais envolvidos nas demandas relativas ao direito à saúde. Importante salientar que a reestruturação do Poder Judiciário para implementar mecanismos de diálogo serve tanto para auxiliar demandas individuais, quanto para demandas coletivas, embora estas últimas é que devem ser a preferidas para a discussão do direito saúde¹⁹.

O objetivo de utilizar tais mecanismos em demandas individuais permite identificar alguns parâmetros técnicos sobre saúde e políticas públicas que se desviam dos conhecimentos especificamente jurídicos dos magistrados. Partindo do preceito de que as

¹⁹Adiante será demonstrado os motivos da preferência pela tutela coletiva.

demandas judiciais sobre questões da saúde sempre existirão²⁰, é necessário que os magistrados tomem alguns cuidados como os assinalados por Souza (2011, p. 278-286): i) observar a existência de políticas públicas já formuladas pelo SUS; ii) se o bem material da saúde requisitado (medicamento, prótese, cirurgia, etc.) está dentro dos parâmetros oficiais e aceitos pelo Estado, como registro na ANVISA no caso de medicamentos; iii) não conceder a prestação da saúde pleiteado considerando a marca ou nomes comerciais do produto; iv) Avaliar a ineficiência administrativa quanto a demora da prestação pleitada judicialmente; v) Não determinar que o Estado concede tratamentos experimentais e não comprovados; e, vi) Não conceder qualquer prestação da saúde prescrita por profissional não integrante do SUS²¹.

Apesar das demandas individuais serem as mais comuns no âmbito da 'judicialização da saúde', um fator capaz de relacionar a possibilidade de diálogo entre os atores sociais e um meio jurisdicional adequado é o incentivo da tutela coletiva. Ela seria a forma judicial (e até mesmo extrajudicial) mais adequada de promover um efetivo controle judicial de políticas públicas na área da saúde.

Como visto neste trabalho, as políticas públicas são formuladas através de um complexo sistema decisório político e na atual conjuntura constitucional devem servir para efetivar e garantir direitos sociais, como o direito à saúde. Desta maneira, as demandas individuais não forneceriam a possibilidade de discussão específica sobre uma política pública na área da saúde, pois se remetem a prestações pontuais, para um único indivíduo, porém, podem servir para pressionar o Estado e como forma de mostrar a fragilidade de determinada política em específico.

Portanto, é possível afirmar que o meio judicial próprio para o Poder Judiciário realizar um adequado controle judicial de políticas públicas na área da saúde seria a utilização

²⁰Neste sentido, Sarlet e Figueiredo (2013, p. 3250-3251): –Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de forma a promover a emancipação das pessoas menos favorecidas da população - e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem em condições de pobreza ou até de miséria absoluta -, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individuais, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade substancial, nem parece atender aos objetivos fundamentais da República, elencados no artigo 3º da CF. Por outro lado, já se observou que, embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas [...] e ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde. Impedir o acesso à justiça a quem foi excluído, pelo Estado [...] das prestações de saúde certamente também não é a melhor forma de realizar as exigências da igualdade substancial.”

²¹Há possibilidade de aprimoramento deste quesito, devendo o magistrado observar se a prestação da saúde requisitada engloba médicos de algum plano privado de saúde, neste caso, o próprio plano de saúde deveria ser obrigado a fornecer o tratamento, sem onerar o Estado e gerar uma espécie de enriquecimento ilícito dos planos privados.

de ações coletivas²².

No âmbito da tutela coletiva o Poder Judiciário irá especificamente avaliar sua possibilidade de atuação dentro dos limites relativos a inefetividade ou inexistência de políticas públicas, poderá avaliar se a atuação do governo está dentro dos parâmetros constitucionais pré determinados, concedendo uma decisão capaz de beneficiar uma coletividade de pessoas, ou seja, a finalidade da decisão não seria incoerente com a política pública atingida, pois as políticas também são direcionadas para determinados grupos sociais.

No entanto, alguns limites devem ser estabelecidos para atuação judicial, além dos já mencionados (que devem ser adaptados a lógica coletiva) Canela Júnior (2011, p. 148) alerta que:

O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.

Observando o estabelecimento de algumas limitações, a aliança entre a tutela coletiva e diálogo entre atores sociais é uma premissa necessária para o Poder Judiciário satisfazer sua função jurisdicional de controle de políticas públicas na área da saúde, pois, em vez de analisar a concessão de um bem material para a saúde para uma pessoa, poderá concentrar seus esforços em analisar uma política pública por completo, por exemplo, avaliando a regularidade da disposição de medicamentos em programas governamentais, fiscalizando a ausência de produtos e serviços mínimos em hospitais, entre diversas outras possibilidades.

A tutela coletiva brasileira possui um dos sistemas processuais mais completos e organizados do mundo, sendo formado basicamente pela Lei de Ação Civil Pública e pela parte final do Código de Defesa do Consumidor, possuindo um espectro de atuação peculiar

²²Neste sentido: “Eis o ponto crítico das ações individuais visando à implementação de “políticas públicas”. Política pública significa método sistemático e metódico de consecução dos fins do Estado, exigindo-se para tanto a previsão e concretização de um plano político-jurídico que materializa um direito fundamental previsto constitucionalmente. Nesse sentido, falar em políticas públicas significa relacionar os atos estatais que trarão um certo benefício com uma dada coletividade carente daquela política (o *grupo* de crianças de um bairro que necessita de escola, a *coletividade* de moradores de uma região periférica excluída do plano diretor do município, o *grupo* de deficientes físicos sem transporte adaptado etc.). A rigor, parece-nos mais preciso afirmar que controle judicial de política pública, *stricto sensu*, se faz mediante *ações coletivas*, em razão da característica de indivisibilidade e unitariedade da decisão que marca tais políticas.” (ZUFELATO, 2013, p. 329, grifo do autor).

em relação a tutela individual, pois preza pela salvaguarda de direitos transindividuais²³ (ZUFELATO, 2013, p. 315).

O rol de legitimados para propor a Ação Civil Pública também possibilita a formação de um controle judicial apto para satisfazer todos os possíveis interesses coletivos relativos à saúde na sociedade, pois, não deixa apenas para órgãos estatais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública a possibilidade de ingressar com a demanda coletiva, mas proporciona também para a sociedade civil através de associações organizadas²⁴.

Uma demanda coletiva que tenha por objeto uma política pública na área da saúde, aliando-se as perspectivas de criação de um diálogo entre todos os atores sociais envolvidos pode se transformar em uma interessante instância democrática de debate, pois não envolverá apenas o crivo decisório e solitário do magistrado, mas trabalhará com elementos fornecidos por todos os interessados, diretos e indiretos.

Alguns doutrinadores brasileiros já defendem o uso da tutela judicial coletiva para o controle judicial de políticas públicas como Canela Júnior (2011), Grinover (2013) e Zufelato (2013). Maiores detalhes sobre o desenvolvimento da tutela coletiva e suas minuciosidades podem ser encontradas com os autores citados.

Por ora, o presente trabalho se satisfaz em argumentar a necessidade de uma real estruturação da tutela coletiva aliada ao diálogo como métodos judiciais legítimos para o controle judicial de políticas públicas, observando que o Poder Judiciário é apenas mais um ator dentro de um complexo processo de controle de políticas públicas, mas sua importância é fundamental, e as reflexões desenvolvidas nestes últimos tópicos devem servir para alimentar novas pesquisas sobre controle judicial de políticas públicas e 'judicialização da saúde'²⁵.

²³Direito transindividuais compõe a ideia de direito coletivo em *lato sensu*, ou seja, parte da possibilidade de tutela de direitos difusos [...] feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhado por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas.” (MAZZILLI, 2012, p. 53), direitos coletivos que [...] são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum.” (MAZZILLI, 2012, p. 55) e direitos individuais homogêneos que [...] são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.” (MAZZILLI, 2012, p. 56).

²⁴Neste sentido: — Art. 5º—Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação [...]” (BRASIL, 1985).

²⁵Interessante destacar que há projeto de lei registrado sob o n.º 5.139/2009, de autoria do Poder Executivo, em tramitação no Congresso Nacional para criação de uma nova Lei de Ação Civil Pública e entre seus dispositivos destacam-se os artigos 2º, §1º e 3º, inciso I, ao determinarem uma aliança entre a possibilidade de controle judicial de políticas públicas pela presunção de relevância da tutela coletiva e de diálogo mediante participação da sociedade: [...] Art. 2º. A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos: [...] §1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.[...] Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I - amplo acesso à justiça e participação social; [...]” (CONGRESSO NACIONAL, 2009).

CONCLUSÃO¹

As conclusões desta dissertação se satisfazem pela resposta às indagações realizadas no tópico introdutório e demais pontuações derivadas do desenvolvimento do trabalho. Amoldados ao objetivo da pesquisa de compreender se o Poder Judiciário é o principal responsável pela existência de uma 'judicialização da saúde' excessiva podendo onerar o governo e a sociedade, através de decisões judiciais que determinam a prestação de bens e serviços da saúde (medicamentos, cirurgias, próteses, internações, etc.) de forma desmedida para grande parte dos indivíduos que buscam os tribunais, gerando desequilíbrio nas políticas públicas existentes e possibilitando eventuais gastos desnecessários ao governo, foram elaborados os seguintes questionamentos: i) A intervenção do Poder Judiciário na saúde é responsável por causar uma 'judicialização da saúde' excessiva capaz de gerar vultosos gastos para o governo e desequilibrar políticas públicas?; ii) O Poder Judiciário deve continuar a interferir nas demandas que envolvam o direito social à saúde com intuito de garanti-lo e efetivá-lo?; iii) Em caso afirmativo, quais os meios de auxiliar o Poder Judiciário nas decisões sobre o direito à saúde e exercer um efetivo controle judicial de políticas públicas? Abaixo seguem as respostas de maneira ordinária.

i) A intervenção do Poder Judiciário na saúde é responsável por causar uma 'judicialização da saúde' excessiva capaz de gerar vultosos gastos para o governo e desequilibrar políticas públicas?

As críticas sobre a 'judicialização da saúde' são contundentes em apontar a atuação do Poder Judiciário como fator principal dos problemas gerados pelo grande número de ações que culminam na concessão de bens materiais na área da saúde.

Como analisado, o processo de aumento exorbitante de demandas judiciais requerendo bens materiais relativos à saúde (medicamentos, cirurgias, próteses, etc.) eclodiu com a junção de três fatores básicos: i) a positivação do direito à saúde e da política pública da saúde (Sistema Único de Saúde – SUS) na constituição de 1988; ii) a posterior utilização dos tribunais como forma de garantir o direito à saúde e pressionar o governo para criar políticas públicas (caso da requisição judicial de medicamentos para o HIV/AIDS); e, iii) com o conseqüente sucesso das demandas em relação aos medicamentos para HIV/AIDS o Poder Judiciário se solidificou como uma importante instância decisória capaz de suprir a

¹ Dispensa-se a utilização de citações e referências neste tópico conclusivo por derivarem dos resultados obtidos durante o desenvolvimento da pesquisa. Desta forma, as análises desenvolvidas ao longo do trabalho serão utilizadas e reapresentadas para responder de maneira satisfatória as indagações da introdução e fomentar demais conclusões observáveis ao longo do texto.

ineficiência governamental.

No entanto, o que parecia uma nova forma de pressionar o governo a satisfazer as necessidades da sociedade se tornou uma verdadeira linha de produção de decisões judiciais que, descontroladamente, se prolongaram e aumentaram ao passar dos anos. O título de 'herói' se transfigurou em 'vilão', pois o Poder Judiciário passou a receber inúmeras ações requisitando bens materiais para saúde e conceder tais prestações, originando uma intervenção judicial desmedida que se tornou responsável por desequilibrar os orçamentos públicos e influenciar negativamente na execução das políticas públicas existentes, deturpando o processo decisório político, genuinamente responsável para dirimir e promover o direito à saúde.

Tais fatos demonstram dois pontos negativos: i) Excesso de demandas no Poder Judiciário; ii) interferência sem parâmetros na seara política. As críticas doutrinárias são incisivas na atuação do Poder Judiciário e durante o desenvolvimento do trabalho foi possível corroborá-las através da análise das decisões do STF e do STJ ao permitirem a compreensão de que os tribunais não avaliam de maneira satisfatória as lides relativas as prestações da saúde (não conhecem questões técnicas da área, não analisam as políticas públicas vigentes, etc.) promovendo uma concessão sem limites e obviamente capaz de aumentar os gastos do dinheiro público desestabilizando as políticas existentes.

As críticas recebidas estão corretas, porém, pecam em não avaliar outras perspectivas extrínsecas ao Poder Judiciário, como a má alocação de recursos, a corrupção e as influências do âmbito privado (planos de saúde, indústrias farmacêuticas, etc.) que interferem negativamente no processo de 'judicialização da saúde'.

Logo, foi possível observar que fatores extrínsecos ao Poder Judiciário como questões relacionadas com a ineficiência estatal, a corrupção e compreensão da saúde como bem mercadológico, são fundamentais em influenciar negativamente o processo de 'judicialização da saúde', pois são responsáveis pelo aumento das demandas na área da saúde ao manipularem os tribunais para satisfação de seus interesses (saúde como bem mercadológico) ou não exercício da sua função de promoção da saúde através de políticas públicas adequadas que visam as reais necessidades da sociedade (ineficiência estatal e corrupção).

Imputar, unicamente, ao Poder Judiciário a responsabilidade por não concretizar o direito à saúde e desajustar as políticas públicas criadas é insuficiente para compreensão da grandeza do problema relacionado com a 'judicialização da saúde'. Assim, se o Poder Judiciário não opera em uma lógica de justiça distributiva, o governo brasileiro

também deixa a desejar na distribuição equânime de seus recursos e os interesses privados subvertem essa lógica. É óbvio que o Poder Judiciário necessita repensar suas interferências e empreender certos limites na atuação frente às políticas públicas e ao direito à saúde, compactuando a lógica apresentada sobre a teoria da reserva do possível, mas a contemporânea tendência de imputar culpa em sua conduta de interferência é insatisfatória para buscar qualquer solução a temática. Com os resultados obtidos na dissertação, foi possível observar que os representantes da democracia também fazem escolhas que prejudicam a concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde e que as indústrias farmacêuticas e os planos de saúde também são capazes de utilizar o Poder Judiciário de maneira dissimulada para empreender seus interesses em detrimento da sociedade.

Por fim, é possível afirmar que o Poder Judiciário não é o único responsável pelo número excessivo processo de 'judicialização da saúde' e seus negativos resultados para a sociedade brasileira.

ii) O Poder Judiciário deve continuar a interferir nas demandas que envolvam o direito social à saúde com intuito de garanti-lo e efetivá-lo?

O processo de 'judicialização da saúde' é inerente a ordem constitucional brasileira que ao positivizar o direito à saúde e criar o Sistema Único de Saúde – SUS legitimou uma intervenção judicial na área política para controlar desvios promovidos pelos representantes democráticos que possam prejudicar a sociedade e desvirtuar a construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

Dessa forma, não há espaço para impedir que o Poder Judiciário exerça o controle sobre o direito à saúde e políticas públicas correlatas, visando a prevalência dos interesses sociais e do texto constitucional. Primeiro, porque ele é um ator social responsável pelo sistema de controle de políticas públicas oriundo do texto constitucional e, segundo, pelo fato de ser necessário esse controle como forma de garantir satisfatoriamente o direito à saúde na sociedade.

O que não pode ocorrer é uma 'judicialização da saúde' desmedida e sem limites, capaz de deturbar a ordem financeira governamental e desequilibrar as políticas públicas, pois, assim, o Poder Judiciário não garantirá o direito à saúde, pelo contrário, será um antidemocrático e antissocial, indo na contramão das diretrizes constitucionais.

O Poder Judiciário deve intervir na área da saúde como um ator social capaz de controlar políticas públicas, mas não é possível concebê-lo como a grande e única esperança de construção de Estado Democrático e Social de Direito, pois há outras searas (políticas,

sociais, etc.) capazes de influenciar na garantia do direito à saúde. Tal afirmação é corroborada pela própria história do direito à saúde e da formação do SUS no cenário brasileiro, positivados e reconhecidos constitucionalmente através de uma afirmação histórica e social promovida pelas lutas do movimento sanitário.

Aliás, em geral, o Poder Judiciário sempre opera como *ultima ratio*, ou seja, as demandas chegam para ele quando o direito à saúde já foi violado (negado), seja pela ausência de um medicamento, pela negativa de uma cirurgia, etc.. Logo, é fulcral compreender sua importância na sociedade como mais um ator social capaz de controlar políticas públicas, mas há necessidade de lembrar que há outros meios para garantir o direito à saúde.

iii) Em caso afirmativo, quais os meios de auxiliar o Poder Judiciário nas decisões sobre o direito à saúde e exercer um efetivo controle judicial de políticas públicas?

Como observado na questão anterior o Poder Judiciário deve intervir na área da política com intuito de garantir tal direito, o problema principal é que sua intervenção está gerando distorções nas políticas públicas e empregando estrondosos gastos ao orçamento governamental.

Isso porque, não existe um controle judicial de políticas públicas sistematizado e organizado, sendo as lides relativas a saúde quase que integralmente individuais e decididas como simples demandas obrigacionais, condenando ou não o governo a fornecer o bem material requisitado.

Os direitos sociais, em especial o direito à saúde, apesar de poderem ser reconhecidos como direitos subjetivos (o que permite sua tutela individual), necessitam de políticas públicas que possuem um complexo processo de formulação e execução na sociedade, logo, não é possível levar tais direitos ao Poder Judiciário e discuti-los como se fossem um contrato de compra e venda, assinalando quem 'tem razão' ou 'não tem razão' (lide primaziadamente individual de caráter liberal que opera dentro de uma lógica obrigacional).

A complexidade das políticas públicas e do direito à saúde devem ser considerados para o Poder Judiciário poder exercer sua função de ator social controlador de políticas públicas de maneira satisfatória. Assim, há necessidade de criar um modelo de controle de políticas públicas capaz de efetivar o direito à saúde nos moldes constitucionais de construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

Não se pretendeu nesta dissertação apresentar como construir esse sistema de controle, mas identificar a necessidade de sua criação e apontar algumas reflexões que possam auxiliar na sua elaboração, como a busca de mecanismos para deslocar as demandas relativas

à saúde do Poder Judiciário para outras esferas decisórias e formas de auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente.

Por fim, com as respostas dos questionamentos elaborados, seguem de maneira sistemática algumas outras conclusões oriundas desta dissertação, através da reprodução de considerações realizadas ao longo do texto.

1. A constituição não pode ser considerada uma matéria acabada na sociedade, os processos de luta originados para sua gênese devem ser pautados durante a sua vigência para conceder caracteres mais concretos para a efetividade dos seus direitos positivados.

2. Para conformar a compreensão da Constituição com o tema deste trabalho que trata do controle das políticas públicas e o direito à saúde, é necessário concebê-la nos sentidos político, sociológico e jurídico, partindo de uma concepção estruturante como forma de aplicação de seus preceitos normativos em conformidade com os anseios sociais. É necessário compreender sua história através das lutas que a formaram e formam, das relações de poder e de capital que a influenciam e as instituições e institutos jurídicos a partir de uma lógica emancipadora de efetivação dos direitos.

3. Para evitar a cooptação do capital e dos interesses individuais em prevalência aos da sociedade é que a compreensão dos fundamentos, objetivos, direitos fundamentais e sociais inaugurados no cenário brasileiro na Constituição de 1988 devem operar para a efetiva construção de um Estado Social e Democrático de Direito.

4. Os fundamentos e objetivos constitucionais, ao serem interpretados e aplicados na prática jurídica ou política, devem estar em consonância com aspectos históricos. Motivos que levaram tal direito a conquistar sua positivação, sociológicos e políticos, baseados na compreensão atual da sociedade e suas necessidades, e, por fim, jurídico, como forma de orientação normativa constitucional e umas das opções da sociedade para garantia de seus direitos.

5. Todos os direitos, individuais ou sociais, possuem custo para serem promovidos. No entanto, é possível observar que a preocupação com a promoção dos direitos individuais é mais corrente em nossa sociedade do que os direitos sociais e esse fato se assimila com a própria história e formação dos direitos sociais no cenário brasileiro e as posteriores escolhas políticas baseadas em uma política neoliberal que potencializa o investimento no 'econômico' em detrimento do 'social'.

6. É possível compreender que os direitos sociais no cenário brasileiro foram advindos de constante afirmação histórica perpetrada pela luta social de camadas menos beneficiadas da sociedade, buscando estabelecer um equilíbrio material nas relações sociais, e

que tais fatores foram incorporados de maneira íntegra no texto Constitucional de 1988, demonstrando uma função de orientar as questões políticas e econômicas dentro de uma lógica para buscar a efetividade de tais direitos. No entanto, a cultura político-econômica utilizada no pós 1988 não privilegia questões sociais, havendo um leve melhoramento com o governo petista que passou a criar mais investimentos e programas para setores sociais, mas ainda sendo uma política de caráter econômico que não condiz com as necessidades da sociedade.

7. Os direitos sociais além de uma vinculação jurídico-político-constitucional de orientar as ações do Estado pautados nos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, já assinalados neste trabalho, são passíveis de tutela jurisdicional.

8. O direito à saúde pode ser considerado um direito pautado na construção democrática da luta do movimento sanitário, que pretendia a criação de um modelo que não excluísse nenhum brasileiro, que se positivou como norma jurídica constitucional impondo uma compreensão político, social e jurídica para sua conformação concretizadora.

9. O conceito de saúde compreende uma interdisciplinariedade composta de vários elementos intrínsecos e extrínsecos relacionados com o ser humano.

10. Há em regra, cinco princípios constitucionais do direito à saúde: i) Princípio da Fundamentalidade – o direito à saúde é um direito de todos e sua fundamentalidade é caracterizada pela afirmação histórica na sociedade brasileira, através de uma construção política e social pelas lutas sociais impulsionadas pelo movimento sanitário, por sua positivação como norma constitucional de direitos fundamentais, sujeita a imutabilidade constitucional de uma cláusula pétrea nos ditames do art. 60, inciso IV, §4º, da CF/88, pela efetivação social através de políticas públicas e a possibilidade de tutela jurisdicional individual ou coletiva por ser um direito público subjetivo. ii) Princípio da Responsabilidade Estatal – condicionada ao orçamento público disponível. No entanto, é importante destacar que as escolhas estratégicas para alocar recursos na composição do orçamento público também estarão sujeitas a garantir o máximo de justiça social, através da primazia pela efetivação dos direitos sociais, nos ditames do Estado Democrático e Social de Direito inaugurado em 1988; iii) Princípio do Acesso Universal e Igualitário, Princípio da Gratuidade, e Princípio da Integralidade - o acesso à saúde deverá ser universal, igualitário e gratuito, ou seja, para todo ser humano independente da situação financeira do indivíduo, e integral, consubstanciado para além da prestação dos serviços públicos, emergindo na criação de políticas públicas oriunda de uma alocação de recursos que preze o social e a saúde, de atualização constante dos meios de fiscalização e das normas administrativas sobre o tema,

enfim, com observância de todas as medidas possíveis para a garantia do direito à saúde.

11. A política pública constitui a base do planejamento governamental, devendo estar condicionada a matéria constitucional e as necessidades do Estado e de sua sociedade, não apenas na acepção jurídica, mas social e política, fomentando a construção de uma verdadeira sociedade justa, livre e igualitária, não havendo espaço para criação de políticas públicas em moldes neoliberais destoantes do programa constitucional brasileiro de criação de um Estado Democrático e Social de Direito.

12. O processo de formulação das políticas públicas é complexo e com interações das mais diversas áreas do conhecimento. Essa é a percepção que os pesquisadores e profissionais da área do Direito devem possuir ao lidar com políticas públicas.

13. As políticas públicas nem sempre refletem as reais necessidades da sociedade e são manipuladas por aqueles que se encontram no poder tornando-se meros discursos políticos e tecnocráticos. No entanto, a finalidade das políticas públicas no cenário político, social e jurídico brasileiro, não pode servir a interesses individuais de governantes descomprometidos, preocupados com a manutenção de uma rede de poder e capital que não busca a prevalência do desenvolvimento de um Estado Democrático e Social de Direito, elas devem ser pautadas nas reais necessidades sociais e nas disposições constitucionais.

14. A discricionariedade administrativa na formulação das políticas públicas merece ser respeitada, mas condicionada aos interesses sociais e aos preceitos Constitucionais.

15. Em geral, o plano constitucional foi capaz de sistematizar minimamente as principais pretensões do movimento sanitário incluindo no artigo 198 CF/88 a criação de uma rede única, regionalizada, hierarquizada e descentralizada, pautada na participação da sociedade.

16. As políticas públicas estão presentes na organização estatal como mecanismos administrativos de planejamento governamental através de processos decisórios que deveriam visar às necessidades da sociedade e cumprir seus objetivos constitucionais. As políticas públicas devem obedecer algumas premissas para que sejam direcionadas para as reais necessidades sociais como a vinculação à vontade da população e aos objetivos, direitos e demais disposições da Constituição.

17. As razões para o controle das políticas públicas podem ser evidenciadas a partir de três pontos: i) opção constitucional, político-jurídica, de formação de um Estado Democrático e Social de Direito; ii) fundamento social, pautado na evidente desigualdade existente na sociedade brasileira, em especial no caso da saúde, com diversas deficiências que prejudicam sua plena garantia nos ditames dos anseios sociais e propugnaram a criação da

política pública constitucional de saúde; e, iii) fundamento jurídico, através das imposições normativas constitucionais relativas a possibilidade de controle por diversos atores sociais e pela coerência com seus fundamentos e objetivos.

18. A opção constitucional, político-jurídica, de formação de um Estado Democrático e Social de Direito impõe a necessidade de uma rede complexa de controle onde todos os atores estão aptos a contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária. A necessidade de controlar as políticas públicas é indiscutível e o Poder Judiciário faz parte desse controle, mas é necessário estabelecer passos e estudos cuidadosos para não causar maiores injustiças, buscando a criação de um controle judicial consonante com as disposições constitucionais, capaz de efetivar seus fundamentos e objetivos, para auxiliar o projeto de um Estado Democrático e Social de Direito.

19. O termo 'judicialização da política' é contemporâneo e remonta estudos realizados no início da década de 1990. Tal atualidade dos estudos em torno desta temática se faz pelo fortalecimento do Poder Judiciário e dos direitos fundamentais nas constituições do pós-segunda guerra mundial.

20. O que era conquistado pelas lutas sociais e pressões políticas passou a se pacificar com a entrada em vigor da nova ordem constitucional, principalmente, pelo fortalecimento do Poder Judiciário e outras instituições como o Ministério Público, a positivação de um extenso rol de direitos e demais questões constitucionalizadas.

21. Há vários trabalhos sobre a temática da 'Judicialização da Política', com percepções diferentes. Portanto, responder o que significa tal expressão não é satisfatório para o desenrolar deste trabalho, pois, como demonstrado. No entanto, mostrar em qual compreensão de 'Judicialização da Política' se enquadra o que ocorre com a 'Judicialização da Saúde' é de grande valia para a articulação da temática proposta. A busca de um significado mais preciso sobre 'Judicialização da Política' para o Brasil deve ser envolvido no desenvolvimento do Poder Judiciário, da 'cultura' jurídica e das particularidades sociais e políticas no caso brasileiro.

22. A expressão 'Ativismo Judicial' embora tenha sempre relação com a atuação dos juízes, em *lato sensu*, do Poder Judiciário, também assume diversas compreensões. Em geral, a expressão 'Ativismo Judicial' está sempre relacionada com uma atuação mas incisiva dos juízes em áreas que, em regra, não dizem respeito a suas atividades, como a Política.

23. A 'Judicialização da Política' e o 'Ativismo Judicial' são produto da Ciência Política norte americana oriundos de pensamentos conservadores que se mobilizavam contra o papel ativo das Cortes Americanas para garantia de direitos.

24. Interessante destacar que até 1988 todas as conquistas relacionadas ao direito à saúde passavam longe dos tribunais, eram perpetradas com base em movimentos sociais, como o movimento sanitário iniciado por volta dos anos 70.

25. O Estado Democrático e Social de Direito brasileiro inaugurado pela nova ordem constitucional inseriu uma nova lógica na busca da efetivação dos direitos sociais

26. A utilização da expressão 'Judicialização da Saúde' se dá no início da década de 1990, onde o país começou a vivenciar os reflexos da nova ordem constitucional. Assim, com a abertura democrática e a garantia constitucional de direitos fundamentais e sociais, várias demandas chegaram aos tribunais buscando a efetividade dos prometidos direitos ante a insuficiência da ação estatal.

27. O termo 'judicialização da saúde' é, sobretudo, utilizado para designar as demandas judiciais que tem como objeto a possibilidade ou não de concessão de qualquer insumo ligado a saúde, sejam eles medicamentos, próteses, internações, entre outros, ou seja, prestações materiais.

28. A 'judicialização da saúde' causa distorções no orçamento público e prejudica políticas públicas existentes. Seus problemas se concentram no excesso de demandas no Poder Judiciário e na interferência deste, sem parâmetros, na seara política.

29. As críticas são incisivas na atuação do Poder Judiciário, mas não contemplam causas extrínsecas que podem gerar uma 'judicialização da saúde' excessiva e prejudicial. Assim, é necessário conceber e relacionar as críticas com outras perspectivas, como a má alocação de recursos, a corrupção e as influências do âmbito privado (planos de saúde, indústrias farmacêuticas, etc.) que interferem negativamente no processo de 'judicialização da saúde'.

30. A legitimidade para controlar políticas públicas não pode ser impedida pelo argumento da separação de poderes. Como visto, é pacífico nos moldes do ordenamento o controle judicial. O que merece destaque é que este controle não pode ser feito a critérios vagos e genéricos, pautados em argumentos repetitivos sobre direito subjetivo a determinada prestação social, dignidade humana.

31. Não é possível imputar unicamente a responsabilidade pelas negativas influências causadas pela 'judicialização da saúde' ao Poder Judiciário, pois há evidentes distorções causadas pela ineficiência estatal, corrupção e compreensão da saúde como bem mercadológico.

32. É insuficiente dizer que o Poder Judiciário não possui legitimidade para analisar políticas públicas ou que deveria haver uma limitação de demandas que requisitam

bens materiais para a saúde, pois 'judicializar' no sentido de levar situações para os tribunais decidirem é perspectiva inevitável na atual organização jurídica constitucional.

33. Inexiste um controle judicial de política pública organizado. O problema é estabelecer quais são os seus limites e possibilidades de atuação, para não conduzir decisões que podem gerar mais desigualdade social.

34. O Poder Judiciário possui dificuldades em decidir lides que envolvem o direito à saúde e políticas públicas. Há necessidade de criar um controle judicial de políticas públicas capaz de garantir do direito à saúde.

35. A criação de um controle judicial de políticas públicas capaz de garantir o direito à saúde passa por reflexões que visem a criação de mecanismos para deslocar as demandas relativas à saúde do Poder Judiciário para outras esferas decisórias (Defensoria Pública, Administração Pública, Ministério Público) e/ou formas de auxiliar o Poder Judiciário a decidir de maneira mais coerente (acesso à justiça, identificação de demandas mal intencionadas, incentivo a tutela coletiva e diálogo entre os atores sociais).

Por último, resulta importante assinalar que a denominação 'conclusão' é empregada em sentido estritamente metodológico científico, ou seja, pretende atender o recorte epistemológico apresentado no início do trabalho. Logo, não se pretende limitar as infinitas possibilidades da temática debatida nesta dissertação com as conclusões apresentadas, mas sim proporcionar material e reflexões suficientes para auxiliar outras pesquisas.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. A. (Org.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito/Equador: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, 2009. (Justicia y derechos humanos)
- ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. N.; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, **Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>> Acesso em: 2 jul. 2013.
- ALEXY, R. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo: Renovar, 2001.
- AN STRALEN, C. J. et al. Conselhos de Saúde: efetividade do controle social em municípios de Goiás e Mato Grosso do Sul. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, set. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232006000300011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 1 out. 2013.
- ANGELL, M. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- APPIO, E. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.
- ARANTES, R. B. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 85-102, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sbcsoc/v14n39/1723.pdf>> Acesso em: 12 set. 2013.
- ARAÚJO, J. F. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>> Acesso em: 5 fev. 2013.
- ASSU: MP e prefeitura firmam TAC para melhorias na saúde. 30 set. 2010. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/noticias.asp?cod=721>> Acesso em: 1 out. 2013.

ATUAÇÃO do MP reduz a zero fila para tratamento de pacientes com câncer em Ribeirão Preto. São Paulo, ago. 2012. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2012/agosto_2012/Atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20MP%20reduz%20a%20zero%20fila%20para%20tratamento%20de%20pacientes%20com%20c%C3%A2ncer%20em%20Ribeir%C3%A3o%20Preto> Acesso em: 25 ago. 2013.

AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA. **Números da Dívida**, 2012. Disponível em:

<<http://www.auditoriacidadada.org.br/e-por-direitos-auditoria-da-divida-ja-confira-o-grafico-do-orcamento-de-2012/>> Acesso em: 12 fev. 2013.

BARBOSA, R. **O direito do Amazonas ao Acre setentrional**. Rio de Janeiro: Typographia Jornal do Commercio, 1910. Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21483/O_direito_do_amazonas_v2.pdf.txt;jsessionid=86B95B6C1863AF55A9C70C08BB6F2C9D?sequence=6> Acesso em: 15 set. 2013.

_____. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira (Discurso proferido pelo Conselheiro Rui Barbosa no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de Presidente, em 19 de novembro de 1914). **Revista do Supremo Tribunal**, Rio de Janeiro, v. 2, 2. pt., p. 393-414, ag./dez., 1914. Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf> Acesso em: 25 ago. 2013

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, S. R. **Direitos humanos: paradoxos da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2008. Disponível em:

<<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE: Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 71-91, 2009. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BATEUP, C. A. The dialogic promise: assessing the normative of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em:

<http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nyu_plltwp>. Acesso em: 1 out. 2013.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, v. 61, p. 5-24, 2004.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Decreto Federal n. 5.839, de 11 de julho de 2006. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012a. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis n^{os} 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 dez. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 2244. Corte Suprema, Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 1905. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 26155. Corte Suprema, Rio de Janeiro, RJ, 17 jun. 1936. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico>>. Acesso em: 1 out. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Julgamentos relevantes marcaram a pauta do STF em 2012b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227869>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 nov. 1985. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 19 set. 1990a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 2 jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 nov. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19313.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 1 out. 2013.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAID, A. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CAMARA, C. Articulações entre governo e sociedade civil: um diferencial na resposta brasileira à AIDS. **Impulso Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, v. 13, n. 32, p. 57-68, 2002.

CAMPILONGO, C. F. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, J. E. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS NETO, O. H. et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 46, n. 5, out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102012000500004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CANELA JÚNIOR, O. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O Direito constitucional como ciência de direção – núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: _____.; CORREIA, M. O. G.; BARÇA CORREIA, É. P. (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPELLA, A. C. N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 41, p. 25-52, 1996.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Fabris, 1993.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B.. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, aug. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2009000800020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CINTRA, G. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, A. B. et al. (Org.). **Direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília, DF: CEAD : Ed. UNB, 2008.

COELHO, V. S. P. Conselhos de Saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando. In: _____; NOBRE, M. (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo, São Paulo: 34 Letras, 2004.

COHN, A.; ELIAS, P. **Saúde no Brasil**. São Paulo: Cortez : Cedec, 1998.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1987, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em:

<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Anais.pdf> Acesso em: 13 jul. 2013.

_____, 14., 2012, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: Conselho Nacional de Saúde, 2012.

Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/Relatorio_final.pdf> Acesso em: 13/07/2013 Acesso em: 2 maio 2013.

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei n. 5.139, de 08 de abril de 2009. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 abr. 2009. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B2DB9D412697D8521BFEC4D45922C3C1.node1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009>. Acesso em: 1 out. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010a. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009. Dispõe sobre a criação de grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11896:portaria-n-650-de-20-de-novembro-de-2009>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010b. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 6 abr. 2010b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 1 out. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Recomendação CNS n. 001, de 15 de fevereiro de 2012. **Recomendações do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, DF, 15 fev. 2012. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2012/Reco001.doc>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Recomendação CNS n. 004, de 09 de maio de 2013a. **Recomendações do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, DF, 9 maio 2013. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2013/Reco004.doc>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Recomendação CNS n. 005, de 17 de março de 2011. **Recomendações do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, DF, 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2011/Reco005.doc>>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Recomendação CNS n. 013, de 11 de julho de 2013b. **Recomendações do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, DF, 11 jul. 2013. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2013/Reco013.doc>>. Acesso em: 1 out. 2013.

CORONA, R. B. Instituída a defensoria pública de São Paulo. **Revista de Estudos Jurídicos**, UNESP, Franca, v. 11, n. 15, p.271-274, jan./dez. 2006.

CUNHA, J. R. A. A vida ou a dívida? A auditoria constitucional da dívida e o financiamento do direito à saúde no Brasil: uma reflexão heterodoxa. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v. 42, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todasas-edicoes/numero-2-volume-42/a-vida-ou-adivida-a-auditoria-constitucional-da-divida-e-o-financiamento-do-direito-a-saude-no-brasil-uma-reflexao-heterodoxa>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

CUTAIT, R. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 6 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

DAL BOSCO, M. G. **Discricionariedade em políticas públicas**: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, S. G. Evolução do direito à saúde. In: COSTA, A. B. et al (Org.). **Direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília, DF: CEAD : Ed. UNB, 2008.

DALLARI, S. G.; NUNES JUNIOR, V. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DAVIM: Brasil investe menos em saúde que países vizinhos. **Senado: Portal de Notícias**, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/12/davim-brasil-investe-menos-em-saude-que-paises-vizinhos>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

DECOMTEC.FIESP. **Corrupção**: custos econômicos e propostas de combate. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, D. ; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, D. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

DIXON, R. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper**, New York, n. 3, 2006. Disponível em:
<http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

DRUCKER, P. **Desafios gerenciais para o século XXI**. São Paulo: Pioneira, 1999.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EM OITO ANOS, Lula gastou quase R\$ 10 bilhões em publicidade. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 20 dez. 2010. Disponível em:
<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/1666#sthash.mk6HkaAm.dpuf> Acesso em: 1 out. 2013.

FAGUNDES, M. J. D. et al. Análise bioética da propaganda e publicidade de medicamentos. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 221-229, 2007.

FALAVINHA, D. H. S. et al. A construção do conceito de responsabilidade social empresarial e sua aplicação para as indústrias farmacêuticas. In: MARCHETTO, P. B. et al (Org.). **Temas fundamentais de Direito e Bioética**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

FALAVINHA, D. H. S. **O controle judicial das políticas públicas**. 2010. 110 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Araraquara, Araraquara, 2010.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo:Globo, 2001.

FARIA, J. E. As Transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: _____.(Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FARIA, J. E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n.51, p. 103-125, 2004.

FAZOLI, C. E. F. ; FALAVINHA, D.H.S. Interpretação e Fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 14, p. 179-197, 2010.

FAZOLI, C. E. F.; RIPOLI, D. C. S. Direitos fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação. In: GÖTTEMS, C. J.; SIQUEIRA, D. P. (Org.). **Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira**. Birigui: Boreal, 2008.

FERNANDES, T. Vacina antivariólica: seu primeiro século no Brasil (da vacina jenneriana à animal). **História da Ciência e da Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 6, n.1, p. 29-51. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-59701999000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 23 mar. 2013.

FERREIRA FILHO, M. G. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, M. C. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca da efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**, Franca, ano 15, n. 22, p. 237-264, 2011.

FERREIRA, S. L.; COSTA, A. M. . Núcleos de assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? **Revista da Secretaria de Justiça do Rio de Janeiro**, v. 20, p. 219-240, 2013. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/371/345>. Acesso em: 1 out. 2013.

FISCHER, T. Administração Pública como área de conhecimento e ensino: a trajetória brasileira. **Revista de Administração Pública**, v. 14, n. 4, p. 278-288, out./dez. 1984.

FÓRUM regional itinerante: judicialização do direito à saúde é realizado em Campinas. **Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.epm.tjsp.jus.br/internas/NoticiasView.aspx?Id=14682>>. Acesso em: 1 out. 2013.

FREIRE JÚNIOR, A. B. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALVAO, J. A política brasileira de distribuição e produção de medicamentos anti-retrovirais: privilégio ou um direito? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, feb. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2002000100022&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GALVÃO, M. A. M. **Origem das políticas de saúde pública no Brasil**. Ouro Preto, 1989. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2013.

GARRAFA, V. Reflexão sobre políticas públicas brasileiras de saúde à luz da bioética. In.: FORTES, P.; ZOBOLI, E. L. (Org.). **Bioética e saúde pública**. São Paulo: Loyola:Centro Universitário São Camilo, 2003.

GASTOS com festividades e homenagens chegaram a R\$ 54,2 milhões em 2011. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/1229#sthash.vRhNkGNC.dpuf>>. Acesso em: 1 out. 2013.

GAVRONSKI, A. A. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: RT, 2010.

GLOBEKNER, O. A. **A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos**. Curitiba: Juruá, 2011.

GOVERNO federal gasta R\$ 59,6 milhões com cartão corporativo em 2012. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 6 fev. 2013. Disponível em: <<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/872#sthash.zlxjgrX8.dpuf>>. Acesso em: 1 out. 2013.

GRAU, E. R. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, A. P. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, K. (Org.). **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUEDES, G. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 4 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

HELLER, H. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERRERA FLORES, J. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução e revisão de Luciana Caplan et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

IBGE diz que saúde no Brasil divide pobres e ricos. **R7**, Rio de Janeiro, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/ibge-diz-que-saude-no-brasil-divide-pobres-e-ricos-20101119.html>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

JATENE, A. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

_____. Sobre a imprescindibilidade de mais recursos para a Saúde. In: CARVALHO, E. B. (Org.). **O financiamento da saúde no Brasil**. São Paulo: CREMESP, 2010.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KMIEC, K. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1441-1476, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

KOERNER, A. A história do direito como recurso e objetivo de pesquisa. **Diálogos**, Maringá, v. 16, p. 627-662, 2012.

_____. Ativismo Judicial? jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 set. 2013.

LAFER, C. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, D. (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008.

LANGFORD, M. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 98-133, dec. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180664452009000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 out. 2013.

LASSALE, F. **O que é uma constituição?** Tradução de Walter Stonner. São Paulo: Ed. Publ. Brasil, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 7 jan. 2013.

LEITE, R. C. C. Os lucros das farmacêuticas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 1 fev. 2013. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opinia0/91632-os-lucros-das-farmaceuticas.shtml>> Acesso em: 7 jul 2013.

LEITE, T.S.C. ; MARCHETTO, P. B. As trevas da razão esclarecida e as pesquisas em seres humanos em Tuskegee e na Guatemala: uma caso de bioética. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 1, p. 195-208, 2011.

_____. ; MARCHETTO, P. B. Bioética na sociedade técnica: uma reflexão sobre os avanços da biotecnologia e a ética através dos conceitos de Jacques Ellul. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 49, p. 249-258, 2012.

LESSA, P. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, N. T.; FONSECA, C. M. O.; HOCHMAN, G. A Saúde na construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, N. T. et al (Org.). **Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LIVIANU, R. **Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil** : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, J. R. L. **Direito sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

_____. Em torno da “reserva do possível”. In.: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACIEL, D. A. ; KOERNER, A. Sentidos da judicialização: duas análises. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 57, p. 113-134, 2002.

MAIS DA METADE das unidades de saúde fiscalizadas pela CGU não possuem infraestrutura adequada. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 14 fev. 2013. Disponível em: <<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/864#sthash.J2Kv1ZtZ.dpuf>>. Acesso em: 1 out. 2013.

MAPELLI JÚNIOR, R.; COIMBRA, M.; MATOS, Y. A. P. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MARCHETTO, P. B. et eal. **Temas fundamentais de direito e bioética**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 159-175, jan./jul. 2005.

MASCARO, A. L. B. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MASCARO, A. L. B. **Filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAXIMIANO, V. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Regimento jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, O. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MELLO, C. A. B. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, A. N. O orçamento da saúde está sendo engolido pela política econômica do governo federal [fev. 2012]. Entrevistadora: Vivian Fernandes. São Paulo, Radioagência NP, 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.radioagencianp.com.br/10605-o-orcamento-da-saude-esta-sendo-engolido-pela-politica-economica-do-governo-federal>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, J. A. C. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**.

Brasília, DF, 6 maio 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

MEZZARROBA, O. Plano Cohen: a consolidação do anticomunismo no Brasil. **Seqüência**, Florianópolis, v. 24, p. 92-101, 1992.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de Recomendação da Comissão de Incorporação de Tecnologias no SUS: medicamentos biológicos (infiximabe, etanercepte, adalimumabe, rituximabe, abatacepte, tocilizumabe, golimumabe e certolizumabe pegol) para o tratamento da artrite reumatóide. **Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos**, Brasília, DF, jun. 2012. Disponível em:

<http://formsus.datasus.gov.br/imgarq/8793/1101992_109700.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Formulação de Políticas de Saúde. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília, DF, maio 2001.

Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>.

Acesso em: 1 out. 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Secretaria de Orçamento Federal. **Orçamento Federal ao alcance de todos: Projeto de Lei Orçamentária Anual – PLOA 2012**. Brasília, DF, 2011. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2012/110831_orc_fed_alc_todos.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

MIRANDA, F. C. P. Defesa, guarda e rigidez das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 5, p. 1-25, 1946.

MIRANDA, F. C. P. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, G. de O. O juiz constitucional no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, p. 537-541, jul./dez. 2003.

Morais, F. **Olga**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

MPF e prefeitura de Juazeiro celebram TAC para garantir funcionamento de hospital. **Ministério Público Federal no Ceará**, Assessoria de Comunicação Social, Cariri, 04 out. 2013. Disponível em: <http://www.prce.mpf.mp.br/conteudo/noticias/exibe_noticia?idNoti=45755&idPubl=5487> Acesso em: 5 out. 2013.

NAFFAH FILHO, M.; CHIEFFI, A. L.; CORREA, M. C. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. **Boletim Epidemiológico Paulista**, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 18-30, 2010.

NEGRI, A. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: De Paula, 2002.

NEONATAL é problema, diz prefeito de Ituiutaba após bebê esperar por leite. **G1**, Minas Gerais, 15 fev. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2013/02/neonatal-e-problema-diz-prefeito-de-ituiutaba-apos-bebe-esperar-por-leito.html>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

NWOBIKE, J. C. Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o caminho a seguir. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 126-143, jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180664452006000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 jun. 2013.

OLIVEIRA, A. A. S. **Bioética e direitos humanos**. São Paulo: Loyola, 2011.

OLIVEIRA, E. A.; FALAVINHA, D.H.S. A estrutura do Estado nacional: uma análise organizacional da forma de estruturação dos poderes da república. **Revista Matiz**, Matão, v. 1, p. 73-88, 2010.

OLIVEIRA, R. F. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

PALLARES, F. Las Politicas Publicas: el sistema politico en accion. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 62, p. 141-162, out./dez. 1988.

PARANÁ. Lei Complementar n. 136, de 19 de maio de 2011. Estabelece a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná, **Diário Oficial do Estado**, Poder Legislativo, Curitiba, PR, 19 maio 2011. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao/Lei_Complementar_136_19_de_Maio_de_2011.pdf> Acesso em: 1 out. 2013.

PEREZ LUÑO, A. E. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid:Tecnos, 2007.

PERONDI, D. Mesa de Abertura. **Conselho Nacional de Saúde**, seminário nacional sobre demandas judiciais no âmbito do SUS, Brasília, DF, p. 11-12, 7 de jul. 2011. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_seminario_judicializacao.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

PICON, P. D. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 4 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

PINOTTI, J. A. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Ações afirmativas na perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-56, jan./abr. 2005.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; BARÇA CORREIA, E. P. (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POLÍTICAS de saúde no Brasil: um século de luta pelo direito à saúde, 2006. Direção: Roteiro e direção: Renato Tapajós, Consultores: João Palma, Emerson Merhy e Túlio Franco, 2006.

PREFEITA de Ribeirão Preto-SP admite caos na saúde. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,prefeita-de-ribeirao-preto-sp-admite-caos-na-saude,306077,0.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

PREFEITURA DE ASSÚ. **Diário Oficial do Município de Assú**, Assú, p. 1-2, 3 de jul. de 2013. Disponível em: <http://www.assu.rn.gov.br/arquivos/DOM_2200_4A_03072013.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

RIBEIRO, L. Os movimentos sociais e sua relação com a questão da saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 264-275, set. 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X1989000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 jul. de 2013.

ROACH, K. **The Supreme Court on trial**: judicial activism ou democratic dialogue. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROSA, J. A. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. São Paulo: Russell, 2006.

RUBIO, D. S. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

RUGER, J. P. Toward a theory of right to health: capability and incompletely theorized agreements. **Yale Journal of Law and Human**, v. 18, p. 273-326, 2006.

SA, Magali Romero. A "peste branca" nos navios negreiros: epidemias de varíola na Amazônia colonial e os primeiros esforços de imunização. **Revista Latino-americana de Psicopatologia**, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 818-826, dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141547142008000500008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 fev. 2013.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, M. et al (Org.). **Para pensar o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SADEK, M. T. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTA CATARINA. Lei Complementar estadual n. 575, de 02 de agosto de 2012. Cria a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. **Diário Oficial do Estado**, Florianópolis, SC, 2 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/site-map/historico>>. Acesso em: 1 out. 2013.

SANTOS, B. S. Tribunais e democracia: **Carta Maior**, 6 de set. de 2013. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Tribunais-e-Democracia/28652>>. Acesso em: 8 set. 2013.

SANTOS, T.. O neoliberalismo como doutrina econômica. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 1. n. 1, p. 119-151, 2010. Disponível em: <http://www.proppi.uff.br/revistaeconomica/sites/default/files/V.1_N.1_Theotonio_dos_Santos.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2013.

SÃO PAULO. Secretaria da Saúde do Estado. **Medicamentos**, 2013. Disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/aceso-rapido/medicamentos>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

SARAIVA, E. Introdução à teoria da política pública. In: _____; FERRAREZI, E. (Org.). **Políticas públicas**: coletânea. Brasília, DF: ENAP, 2007.

SARLET, I. W. ; FIGUEIREDO, M. F.. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. ; FIGUEREDO, M. F. . O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – IDB**, ano 2 , nº 4, 3183-3255, 2013. Disponível em: <http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2013_04_03183_03255.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, I. W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. **Cadernos da AMATRA IV**, v. 10, p. 9-39, 1 ago. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2013.

SARMENTO, D. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARNEY, J. Discurso na 8. Conferência Nacional de Saúde, 1987. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1987, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Anais.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2013.

SCHMITT, C. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHNEIDER, V. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. Tradução de Hermílio Santos, **Civitas**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 29-58, jan./jun. 2005.

SCOREL, S. **Reviravolta na saúde**: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Nacional Brasileiro ao Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/programas/pdf/mecanismo-de-revisao-universal-das-nacoes-unidas-rpu-_1>. Acesso em: 1 out. 2013.

SEGALLA, J. G. M. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 7 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

SEM LEITO em hospital do DF, baleado espera em corredor há três dias. **G1**, Distrito Federal, 9 jan. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/01/sem-leito-em-hospital-do-df-baleado-espera-em-corredor-ha-tres-dias.html>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

SEVERI, F. C. Política dos direitos humanos e teoria constitucional. **Revista de Direito Alternativo UNESP**, Franca, v. 1, p. 112-131, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, V. A.; TERRAZAS, F. V. Claiming the right to health in brazilian courts: the exclusion of the already excluded? **Law & Social Inquiry**, Chicago, v. 36, p. 825-853, 2011.

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, V. A. Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico. In: CLÉRICO, L.; SIECKMAN, J. LALANA-OLIVER, D. (Org.). **Derechos fundamentales, principios y argumentación**: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Comares, 2011.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOARES DO BEM, A. A centralidade dos movimentos sociais na articulação entre o Estado e a Sociedade brasileira nos séculos XIX e XX. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 27, n. 97, p. 1137-1157, set./dez. 2006.

SOUSA, H. J. **A cura da Aids**. Rio de Janeiro: Relme-Dumará, 1994.

SOUZA, C.. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, J. M. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Dissertação. 2011. 350 f. (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, abr./maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 de fev. 2013.

TATE, C. N. Why the expansion of judicial power? In: _____. ; VALLINDER, Torbjorn. (Org.) **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

_____.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York:New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista de Direito GV**, São Paulo , v. 8, n. 1, p. 37-57, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 ago. 2013.

TJ e saúde do Estado instalam núcleo de apoio a juízes em decisões de Saúde. **Secretaria de Saúde do Estado de Mato Grosso**, Cuiabá, 9 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/noticia/3017>>. Acesso em: 1 out. 2013.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index**, p. 1-8, 5 dec. 2012 . Disponível em: <http://issuu.com/transparencyinternational/docs/cpi_2012_report?e=2496456/2010281>. Acesso em: 2 mar. 2013.

UNIÃO reduz gastos com publicidade em 2011. **Contas Abertas**, Brasília, DF, 23 jan. 2011. Disponível em: <<http://contasabertas.postbox.com.br/website/arquivos/1260>>. Acesso em: 1 out. 2013.

UNITED NATIONS. **Universal Periodic Review**, 2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

VENTURA, M. S. Assessorias jurídicas das ONGs/AIDS e sua contribuição para a efetivação dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil. In: BUGLIONE, S. et al (Org.). **Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

VERISSIMO, M. P. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 407-440, 2008.

VIANNA, L. J. W. et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____.; BURGOS, M. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: _____. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

_____. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

VILLANUEVA, L. F. A. **La hechura de las políticas**. México: Porruá, 1992.

WANG, D. W. L. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas**. 2009. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**. 22 jul.1946. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/pdf/bd47/en/constitution-en.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

YOSHINAGA, J. Y.. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 24, p. 1-21, dez./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-JULIANA-YUMI.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

ZAKIR, A. S. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

ZUFELATO, C. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.). **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANEXOS

ANEXO A - DECISÕES DO STF**Acórdãos:**

Acórdãos	Partes	Turma	Relator	Assunto	Decisão	Data	Precedentes
RE 259508 AgR / RS	Município de Porto Alegre X Patrício Palácio de Souza	2ª Turma	Min. Maurício Corrêa	Fornecimento gratuito de medicamentos para HIV/AIDS	Provimento negado	08.08.2000	AGRE 271.286-8/RS
RE 271286 AgR / RS	Município de Porto Alegre X Diná Rosa Vieira	2ª Turma	Min. Celso de Mello	Fornecimento gratuito de medicamentos para HIV/AIDS	Provimento negado	12.09.2000	Ag 232.469/RS, Ag 236.644/RS, Ag 238.329/RS, RE 273.042/RS, Pet 1.246/SC, RE 236.200/RS, RE 247.900/RS, RE 264.269/RS, RE 267.612/RS, RE 232.335/RS, RE 273.834/RS
RE 393175 AgR / RS	Estado do Rio Grande do Sul X Luiz Marcelo Dias e Outro(A/S)	2ª Turma	Min. Celso de Mello	Fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica com episódios de tentativa de suicídio	Provimento negado	12.12.2006	Pet 1.246/SC, AI 462.563/RS, AI 486.816-Agr/RJ, AI 532.687/MG, AI 537.237/PE, RE 195.192/RS, RE 198.263/RS, RE 237.367/RS, RE 242.859/RS, RE 246.367/RS, RE 242.859/RS, RE 279.519/RS, RE 297.276/SP, RE 342.413/PR, RE 353.336/RS, AI 570.455/RS, RTJ 175/1212-1213, RE 257.109-Agr/RS, RE 271.286-Agr/RS, RE 273.042-Agr/RS, AI 597.182-Agr/RS, AI 604.949-Agr/RS

AI 734487 AgR / PR	Estado do Paraná X Ministério Público Estadual	2ª Turma	Min. Ellen Gracie	Implementação de Políticas Públicas relativas a saúde ao Hospital Universitário de Londrina	Provimento negado	03.08.2010	ADPF 45/DF, RE 271.286-Agr/RS, AI 553.712/RS, AI 597.182-Agr/RS, SS 3205/AM, AI 562.561/RS, SL 47-Agr/PE, RE 410.715/SP,
SL 47 AgR / PE	Estado de Pernambuco X União, MPF, MP-PB, Município de Petrolina	Tribunal Pleno	Min. Gilmar Mendes	Implementação de Políticas Públicas – Providências administrativas para melhoria do Hospital Dom Malan	Provimento negado	17.03.2010	SS-Agr 846/DF, SS-Agr 1.272/RJ, Audiência Pública – Saúde – 2009, Agr-RE 271.286-8/RS, ADPF 45/DF, STA 91-1/AL, RTJ 164/158-161, RTJ 199/1219-1220, RE 393.175-Agr/RS, Seleção de acórdãos do Min. Celso de Mello.
STA 175 AgR / CE	União X MPF, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Pará	Tribunal Pleno	Min. Gilmar Mendes	Fornecimento gratuito de medicamentos para paciente portadora de NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara.	Provimento negado	17.03.2010	SS-Agr 846/DF, SS-Agr 1.272/RJ, Audiência Pública – Saúde – 2009, Agr-RE 271.286-8/RS, Agr-RE 271.286-8/RS, ADPF 45/DF, STA 91-1/AL, RE 195.192-3/RS, RE-Agr 255.627-1, RE 280.642, RE 566.471, SS-Agr 2.932/SP, SS-Agr 1.964/SP, SL 80/SP, 56-Agr/DF, RE 393.175-Agr/RS, Seleção de acórdãos do Min. Celso de Mello.
STA 328 AgR / PR	UNIÃO X MPF, MP-PR, Estado do Paraná	Tribunal Pleno	Min. Cezar Peluso	Fornecimento gratuito de medicamentos para todos portadores de Doença Pulmonar	Provimento negado	24.06.2010	---

				Obstrutiva Crônica – DPOC na seção judiciária de Maringá.			
AI616551 AgR / GO	Estado de Goiás X MP-GO	2ª Turma	Min. Eros Grau	Fornecimento gratuito de medicamentos para paciente hipossuficiente	Provimento negado	23.10.2007	RE 242.859, RE 264.269-Agr, RE 255.627-Agr, RE 259.508-Agr, RE 271.286-Agr, AI 597.182,
RE 256327 / RS	Estado do Rio Grande Do Sul X Antônio Martinelli	1ª Turma	Min. Moreira Alves	Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa carente portadora de doença de origem neurológica.	Recurso extraordinário não conhecido	25.06.2002	RE 242.859
RE 268479 AgR / RS,	Município de Porto Alegre X Estado do Rio Grande do Sul e André Costa Cavalheiro Lima	1ª Turma	Min. Sydney Sanches	Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa portadora de HIV/AIDS.	Provimento negado	25.09.2001	RE 242.859, AGRE 257.109-1/RS
RE 273042 AgR	Município de Porto Alegre X Carlos Alfredo de Souza Luize	2ª Turma	Min. Carlos Velloso	Fornecimento gratuito de medicamentos para pessoa carente.	Provimento negado	28.08.2001	RE 255.627-AgRg/RS, RE 259.508-ArRg/RS, RE 242.859/RS, RE 271.286-ArRg/RS, RE 236.200/RS, RE 247.900, RE 264.269/RS, RE 267.612/RS.
RE 255627 AgR	Município de Porto Alegre X Carlos Albeto	2ª Turma	Min. Nelson Jobim	Fornecimento gratuito de medicamento	Provimento negado	21.11.2000	RE 280.642, AGRAG 238.328

	Ebeling Duarte			para pessoa carente.			
RE 195192	Estado do Rio Grande do Sul X Rodrigo Skrsypcsak	2ª Turma	Min. Marco Aurélio	Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa portadora de doença rara denominada fenilcetonúria.	Recurso extraordinário não conhecido	22.02.2000	---
AI 238328 AgR	Município de Porto Alegre	2ª Turma	Min. Marco Aurélio	Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa portadora HIV/AIDS.	Provimento negado	18.02.2000	---
RE 242859/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Município de Porto Alegre, Rute Regina Serissol Nunes	1ª Turma	Min. Ilmar Galvão	Fornecimento gratuito de medicamento para pessoa portadora HIV/AIDS.	Recurso Extraordinário não conhecido.	26.06.99	---
AI 750768 AgR	Estado da Bahia X Maria Leia da Conceição Franco	1ª Turma	Min. Dias Toffoli	Realização de Cirurgia Bariátrica	Provimento negado.	25.10.2011	ARE 639.337/SP-AgR
RE 408673	Ana Paula Teixeira Avila X Estado do Rio Grande do Sul, Município de Novo Hamburgo	1ª Turma	Min. Cármen Lúcia	Cirurgia pleiteada e não concedida.	Provimento negado	03.03.2009	AI 562.703-AgR, RE 537.700-Agr

Decisões monocráticas e da presidência encontradas nos precedentes:

Decisão	Partes	Ministro	Assunto	Decisão	Data
Ag 232.469/RS	Município de Porto Alegre X Loreni de Fátima Santos Serra	Marco Aurélio	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de HIV/AIDS	Agravo desprovido	12.12.1998
Ag 236.644/RS	Município de Porto Alegre X Carlos Alberto Ebeling Duarte	Maurício Corrêa	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de HIV/AIDS	Negado	05.08.1999
RE 273.042/RS	Estado do Rio Grande do Sul, Município de Porto Alegre X Carlos Alberto de Souza Luize	Marco Aurélio	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de HIV/AIDS	Negado	16.08.2000
RE 247.900/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Ida Maria Lorez Huber e outros	Marco Aurélio	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de HIV/AIDS	Negado	20.09.1999
RE 267.612/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Augusto Seleprion	Celso de Mello	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de HIV/AIDS	Negado	02.08.2000
RE 232.335/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Jorge Eduardo Hennig	Celso de Mello	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de HIV/AIDS	Negado	01.08.2000
RE 273.834/RS	Município de Porto Alegre, Estado do Rio	Celso de Mello	Fornecimento gratuito de medicamentos	Negado	23.08.2000

	Grande do Sul X Cristiane Carneiro Bortolaz		para portadora de HIV/AIDS		
AI 462.563/RS	Município de Porto Alegre X Priscila Lee do Amaral Gonçalves	Carlos Velloso	Fornecimento gratuito de medicamentos para portadora de Asma e Bronquite	Negado	08.12.2004
AI 532.687/MG	Município de Belo Horizonte X Maurício Martins Wanderley	Eros Grau	Fornecimento de oxigênio para paciente em situação de risco.	Negado	28.03.2005
AI 537.237/PE	Estado de Pernambuco X Aureliano de Albuquerque Sousa Júnior	Sepúlveda Pertence	Fornecimento gratuito de medicamento para portador de Hepatite C.	Negado	12.04.2005
RE 198.263/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Paola da Rosa	Sydney Sanches	Fornecimento gratuito de medicamento para portador de doença rara – Fenilcetonúria.	Negado	12.02.2001
RE 237.367/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Ademir Nunes Bernardes	Maurício Corrêa	Fornecimento gratuito de medicamento para portador de HIV/AIDS.	Negado	05.08.1999
RE 297.276/SP	Estado de São Paulo X Felipe Augusto Taniguchi Piza de Andrade (Rep. p/ Emília Taniguchi)	Cezar Peluso	Fornecimento gratuito de medicamento para portador de doença rara.	Negado	17.11.2004
RE 342.413/PR	Estado do Paraná X Francisco Montoya Romero	Ellen Gracie	Fornecimento gratuito de medicamento para portador de tumor	Negado	14.10.2004

			carcinóide de fígado.		
RE 353.336/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Elida Soares da Silva	Carlos Britto	Fornecimento gratuito de medicamento para portador de Hepatite C.	Negado	15.12.2004
SS 3205/AM (Decisão da presidência)	Estado do Amazonas X Maria Patrícia de Azevedo Medeiros	Ellen Gracie	Determinação para a secretária do Estado da Saúde adquirir medicamento Diazóxido, junto ao laboratório fabricante e manter o seu fornecimento de forma ininterrupta.	Negado	31.05.2007
STA 91/AL	Estado de Alagoas X Germana Galvão Cavalcanti Laureano	Ellen Gracie	Fornecimento de medicamentos para pacientes renais crônicos.	Parcialmente procedente	26.02.2007
SS 3073/RN	Estado do Rio Grande do Norte X Luis Carlos Fernandes	Ellen Gracie	Fornecimento de medicamentos para portador de câncer.	Deferido	14.02.2007
AI 562.561/RS	Estado do Rio Grande do Sul X João Abrantes Mendonça	Sepúlveda Pertence	Fornecimento de medicamento para portador de esclerose múltipla.	Negado	29.11.2005
SS 3263/GO	Estado de Goiás X Ministério Público do Estado de Goiás	Ellen Gracie	Fornecimento de medicamento para infertilidade feminina.	Deferido	02.08.2007

Decisões monocráticas e da presidência recentes (01.01.2011 a 09.02.2012) – fornecimento de medicamentos

Decisão	Partes	Ministro	Assunto	Decisão
SS 4316 / RO – 07.06.2011 (Decisão da presidência)	Estado de Rondônia X Carmen Glória Roncatto	Cezar Peluso	Fornecimento de medicamento Soliris (Eculizumabe), fabricado no exterior pela indústria farmacêutica Alexion Pharmaceuticals, para portadora de doença rara Hemoglobínúria Paroxística Noturno - HPN	Negado
SS 4304 / CE – 19.04.2011 (Decisão da presidência)	Estado do Ceará X Ministério Público do Estado do Ceará (Tiago Moura Sobreira Bezerra)	Cezar Peluso	Fornecimento de medicamento Soliris (Eculizumabe), fabricado no exterior pela indústria farmacêutica Alexion Pharmaceuticals, para portadora de doença rara Hemoglobínúria Paroxística Noturno - HPN	Negado
AI 695674 / RS - 19/12/2011,	Estado do Rio Grande do Sul X Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul	Joaquim Barbosa	Bloqueio de verbas destinados a aquisição de medicamentos.	Negado
RE 664918 / RS - 05/12/2011,	Luiza Herta Maciel X Estado do Rio Grande do Sul	Ayres Britto	Fornecimento de medicamentos	Negado
AI 695813 / SP - 30/11/2011,	Município de São Paulo X Romulo Uras (Defensoria), Estado de São Paulo	Dias Toffoli	Fornecimento de medicamentos para portador de Diabetes Meilittus	Negado

AI 845424 / MG - 27/09/2011,	Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Eny Gomes Torres) X Município de Belo Horizonte	Luiz Fux	Fornecimento de medicamento	Negado
RE 556314 / MG - 21/09/2011,	Departamento Municipal de Saúde Pública Dr. Antônio Benedito de Araújo X Ministério Público do Estado de Minas Gerais	Ayres Britto	Medida cautelar para exame de cintografia miocárdia em idoso.	Negado
AI 645270 / RS - 23/08/2011,	Estado do Rio Grande do Sul X Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Vinicius Varini da Costa)	Dias Toffoli	Fornecimento de tiras reagentes para glicemia pelo Estado para crianças.	Negado
RE 628293 / DF - 02/08/2011,	Estado do Amazonas X Ministério Público do Estado do Amazonas	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamento para menor.	Negado
RE 628345 / DF - 02/08/2011,	Estado do Mato Grosso X Safira Drumond Gouveia	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamento.	Negado
AC 2839 MC / RS - 03/06/2011,	Maria Lourdes Dias (Defensoria) X Município de Passo Fundo	Joaquim Barbosa	Manutenção do fornecimento de medicamento.	Negado
RE 607385 / SC - 19/04/2011,	Estado de Santa Catarina X Elisa Meira Fernandes	Carmen Lucia	Fornecimento de medicamento.	Negado

ANEXO B - DECISÕES DO STJ

Acórdãos	Partes	Turma	Relator	Assunto	Decisão	Data
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.017.055 - RS (2007/0303402-2)	União X Maria das Graças Mesquita Conceição	Segunda Turma	Castro Meira	Fornecimento de medicamentos	Agravo desprovido	15.08.2013
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.231.484 - RS (2011/0010161-0)	Cirlei Ferreira Franco X Estado do Rio Grande do Sul	Segunda Turma	Humberto Martins	Fornecimento de fraldas geriátricas	Agravo desprovido	19.06.2012
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.505 - RS (2009/0229735-3)	Marcos Paulo Silveira Anadon X Estado do Rio Grande do Sul	Segunda Turma	Napoleão Nunes Maia Filho	Fornecimento de medicamentos	Agravo desprovido	25.10.2011
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 695.396 - RS (2004/0146850-1)	Ministério Público Federal X Estado do Rio Grande do Sul	Primeira Turma	Denise Arruda	Fornecimento de medicamentos	Agravo provido	06.09.2007
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.222.387 - RS (2010/0215583-2)	Estado do Rio Grande do Sul X Doralina da Silva Machado	Segunda Turma	Herman Benjamin	Fornecimento de medicamentos	Agravo desprovido	15.03.2011
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.600 - SE (2008/0065120-6)	Eliana Porto Fonseca X Estado de Sergipe	Primeira Turma	Arnaldo Esteves Lima	Fornecimento de medicamento	Recurso não provido	15.02.2001
RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.731 - RS (2008/0137930-3)	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul X Estado do Rio Grande do Sul	Segunda Turma	Herman Benjamin	Falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs	Recurso provido	17.02.2011
AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.352.744 - RS (2010/0173958-0)	Estado do Rio Grande do Sul X I.A.P.	Primeira Turma	Hamilton Carvalhido	Fornecimento de medicamentos	Agravo improvido	08.02.2011
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.723 - MG (2009/0204663-5)	Danilo Ruas Lopes X Estado de Minas Gerais	Segunda Turma	Castro Meira	Fornecimento de medicamentos	Recurso provido	23.11.2010
AgRg no REsp 1136549 - RS (2009/0076691-2)	Município de Esteio X Ministério Público do Estado do Rio	Segunda Turma	Humberto Martins	Fornecimento de medicamentos	Agravo improvido	08.06.2010

	Grande do Sul						
AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL N° 1.075.839 - MG (20080156301-9)	Município de Belo Horizonte X Ministério Público do Estado de Minas Gerais	Segunda Turma	Mauro Campbell Marques	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo não provido	04.05.2010
AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.179.076 - MG (20090068767-7)	Município de Belo Horizonte X Marcio Antonio Pinto	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo desprovido	13.04.2010
RECURSO ESPECIAL N° 716.712 - RS (20050006446-1)	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul X Estado do Rio Grande do Sul	Segunda Turma	Eliana Calmon	Fornecimento de medicamentos	de	Recurso provido	15.09.2009
RECURSO ESPECIAL N° 1.041.197 - MS (20080059830-7)	Estado do Mato Grosso X Ministério Público do Estado do Mato Grosso	Segunda Turma	Humberto Martins	Fornecimento de equipamento hospitalar para hospital universitário	de	Recurso improvido	25.08.2009
AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 981.163 - RJ (20070253930-9)	Estado do Rio de Janeiro X Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	Primeira Turma	Teori Albino Zavascki	Fornecimento de medicamentos para grupo de portadores de insuficiência renal crônica	de	Agravo improvido	24.03.2009
AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 1.028.835 - DF (20080027734-2)	União X Jucileia Pereira dos Santos e outros	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo desprovido	02.12.2008
REsp 1062960 (2008/0120113-4 - 29/10/2008)	Estado do Rio Grande do Sul X Itália Joaquina Rosso	Primeira Turma	Francisco Falcão	Fornecimento de medicamentos	de	Recurso improvido	14.10.2008
AgRg no REsp 946.973/RJ	Município do Rio de Janeiro X Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	Segunda Turma	Herman Benjamin	Tratamento médico para menor carente		Agravo não provido	05.06.2008
AgRg no Ag 961.677/SC	União X Tânia Maria Martins Barreiros	Segunda Turma	Eliana Calmon	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo não provido	20.05.2008
AgRg no REsp 950.725/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Resony de	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo desprovido	06.05.2008

	Campos Silveira					
RECURSO ESPECIAL N° 947.324 - RJ (2007/0097516-9)	Município do Rio de Janeiro X Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	Segunda Turma	Castro Meira	Melhoria de atendimento hospital	de em	Recurso não provido 19.02.2008
AgRg no Ag 932.569/MG	Estado de Minas Gerais X Francisca Apolinário de Siqueira	Primeira Turma	José Delgado	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo não provido 06.12.2007
REsp 869.843/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	de	Recurso desprovido 18.09.2007
REsp 901.289/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul	Primeira Turma	Teori Albino Zavascki	Pagamento de despesas com tratamento médico	de com	Recurso não provido 04.09.2007
REsp 912.042/RS	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul X Estado do Rio Grande do Sul	Primeira Turma	Teori Albino Zavascki	Fornecimento de medicamentos	de	Recurso provido 04.09.2007
REsp 948.579/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Ministério Público Federal	Primeira Turma	José Delgado	Tratamento médico para menor carente		Recurso não provido 28.08.2007
REsp 902.473/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul	Primeira Turma	Teori Albino Zavascki	Fornecimento de medicamentos	de	Recurso não provido 16.08.2007
AgRg no REsp 935.083/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Aracy Ingrid Perkovski	Segunda Turma	Humberto Martins	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo improvido 02.08.2007
REsp 900.458/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Alenir dos Santos Closs	Primeira Turma	Teori Albino Zavascki	Fornecimento de medicamentos	de	Recurso improvido 26.06.2007
AgRg no Ag 858.899/RS	União X Ministério Público Federal	Primeira Turma	José Delgado	Fornecimento de medicamentos	de	Agravo não provido 26.06.2007

AgRg no Ag 865.880/RJ	Estado do Rio de Janeiro X Estelita Maria de Souza Bispo	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	Agravo não provido	12.06.2007
AgRg no Ag 842.866/MT	Estado do Mato Grosso X Clóvis Augusto Martins	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	Agravo não provido	12.06.2007
AgRg no REsp 851.797/RS	Estado do Rio Grande do Sul X Sírio João Rockenbanch	Segunda Turma	Humberto Martins	Fornecimento de medicamentos	Agravo improvido	22.05.2007
RECURSO ESPECIAL Nº 811.608 - RS (20060012352-8),	FUNAI X Ministério Público Federal	Primeira Turma	Luiz Fux	Implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena	Agravo não provido	15.05.2007
RMS 20.335/PR	Giddel Gonçalves Moroz X Secretário de Saúde do Estado do Paraná	Primeira Turma	Luiz Fux	Fornecimento de medicamentos	Recurso provido	10.04.2007

