



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”
Sezione di Sociologia e Filosofia del Diritto
“Renato Treves” International Phd Program in Law and Society

Desafios do Debate da Judicialização da Saúde no Brasil

Uma Análise dos processos que requerem medicamentos do Estado no Brasil.

Supervisor:

Prof. Emil Sobbotka

Co-supervisor:

Prof. Vincenzo Ferrari

Phd candidate:

Anatércia Rovani

Milão - 2016

Aos meus pais, **Estela e Carlos**, amor eterno, profundo e incondicional;
Ao meu marido, **Eduardo**, sentimento mais pleno e intenso de doação, paixão e amor;
Aos meus irmãos, **Joana, Maria Carolina, Maurício e Robinson**, cumplicidade, vida e
muito amor compartilhados;
À minha linda vó, **Carolina**, doutora da vida;
A **DEUS**, a quem TUDO devo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à **Università degli Studi di Milano e ao Programa de Phd in Law and Society “Renato Treves”** pela oportunidade única a mim proporcionada de fazer parte de seu corpo discente, condição na qual tive a oportunidade de enriquecer enormemente meu conhecimento.

Agradeço ao **Professor Vincenzo Ferrari** aos seus imensos conhecimentos que com humildade compartilha com seus alunos e orientandos.

Agradeço ao **Professor Luigi Cominelli** por seus ensinamentos, pelas aulas ministradas e por sempre estar atento às minhas necessidades e compreensivo com minhas limitações.

Agradeço ao **Professor Joxerramon Bengoetxea** pela ajuda sempre presente, por ter intercedido por mim em diversas situações de dificuldade e de displicência de minha parte.

Agradeço com enorme carinho ao **Professor Emil Sobbotka**, ser humano se conhecimento tão imenso e inspirador, pessoa que me incentivou em cada minuto e que, mesmo eu tendo frustrado algumas de suas expectativas, nunca desistiu de me incentivar.

Agradeço ao **Professor Sol Picciotto** pelos conhecimentos transmitidos sempre com um largo sorriso e prestatividade infinita.

Agradeço à **Universidade do País Basco** que me apoiou financeiramente e academicamente em toda minha caminhada.

Agradeço com carinho à **Susana Arese**, pessoa incrível, cuja extrema prestatividade e organização tanto me ajudaram.

Agradeço ao **Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati**, minha segunda casa no mundo, instituição que me acolheu e à qual devo parte inestimável do meu conhecimento e da minha vida.

“lei injusta não é lei, o direito injusto não é direito, o acesso à terra é algo maior do que uma norma escrita pelo parlamento, que é feita por grandes latifundiários”.

Humberto Jacques

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ação Cautelar
AgR – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
AIDS - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANVISA – Agencia Nacional de Vigilância Sanitária
CF – Constituição Federal
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
DF – Distrito Federal
ED – Embargo Declaratório
HIV – vírus da imunodeficiência humana
MG – Estado de Minas Gerais
OMS - Organização Mundial da Saúde
ONU - Organização das Nações Unidas
PE – Estado de Pernambuco
PR – Estado do Paraná
RE – Recurso Extraordinário
RS – Estado do Rio Grande do Sul
SC – Estado de Santa Catarina
STA - Suspensão de Tutela Antecipada
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas no Estado Democrático de Direito brasileiro por meio da análise dos processos judiciais em que o objeto da demanda é o pedido de medicamentos ao Estado. A escolha do tema tem origem na percepção sobre o grande número de processos judiciais ingressados com o objeto de requerer o fornecimento de medicamentos pelo Estado na última década. O direito à saúde, portanto, é tema central da pesquisa, portanto, a definição desse direito é apresentada no início no trabalho. Nesse sentido, o grau de alcance e proteção desse direito depende da noção de Estado escolhida pela sociedade, dessa maneira, necessário compreender a formação do Estado brasileiro em relação ao pacto constitucional de 1988. No contexto do Estado apresentado, adentra-se ao tema da judicialização da política tendo como base o princípio da divisão de poderes. Defende-se o fenômeno da judicialização como a carência da sociedade de um meio democrático para debater problemas na proteção de seu direito. Apresenta-se como meio de minimalização do problema o estabelecimento de meios de participação no qual o indivíduo contribua na formação das normas que regem sua vida e que determinam sua autonomia. Por meio da revisão de literatura consultada, analisa-se a possibilidade do judiciário em exercer controle sobre as políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo. A proteção à saúde pública, por seu caráter de direito fundamental social, exige prestações positivas do Estado na forma de políticas públicas efetivas de fornecimento de medicamento. A não efetivação dessa condição gera a possibilidade do judiciário interferir na política pública e exigir do Estado o cumprimento do dever constitucional. Analisa-se o caráter social da necessidade de medicamentos e dos custos sociais – não apenas econômicos – do descaso do Estado para com a proteção da saúde. Por fim, realizou-se uma análise empírica de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro entre os anos de 2000 a 2012, assim como das demandas sobre pedidos de fornecimento de medicamento para o Estado e das decisões proferidas pelo judiciário estadual do Rio Grande do Sul, ambas no período de 01/01/2000 a 01/01/2013.

ABSTRACT

This study aims to analyze the phenomenon of judicialization of public policy in the Brazilian Democratic Rule of Law through the analysis of court cases in which people ask for free medicines from State. The study begins by the presentation of theme, occasion in which we demonstrate the great number of court cases asking for free medicines in Brazilian Courts in the last decade. The right to health is the central theme of this research and it is defined as a social fundamental right which can be carried out even by individual process as well as collective one. The protection of the health right depends on the State social agreement. Then, in order to understand the Brazilian State structure it is necessary to examine the idea of State in the 1988 Constitution. In this sense, we analysed the judicialization of politics based on the principle of separation of powers. We argue that the judicialization phenomenon is a consequence of the lack of democratic measures. We propose that the way to minimize this problem is in the development of participation measures which could promote the individual contribution for shaping the rules that govern its own life and determine their autonomy. Through the literature review presented, we analyze the Judiciary control over public policies, which are an Executive liability. The public health protection, as fundamental right, requires from the State positive benefits established by public policies. The non-fulfillment of this requirement leads to the legal interference of the Judiciary Power in the State's public policy as its constitutional duty. Concerning to this, we analyze the social character of the need for drugs and the social costs of the State's omission. In this study we analyze empirically the cases judged by the Brazilian Supreme Court between the years 2000-2012 and by the Regional Court of the Rio Grande do Sul State between 01/01/2000 a 01/01/2013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	16
1.1. O direito social à saúde	23
1.2. A titularidade individual/transindividual do direito social à saúde e a exigibilidade dos direitos sociais	29
2. OS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL	32
2.1. O Estado Liberal de Direito	33
2.2. O Estado Social de Direito	36
2.3. O Estado Constitucional	41
2.4. O Estado Democrático de Direito	43
2.5. O Estado Democrático de Direito brasileiro	45
2.6. A judicialização da política no Estado Democrático brasileiro	48
3. O PODER PÚBLICO E O CONTROLE JUDICIAL	55
3.1. O controle judicial dos atos administrativos e políticos	61
3.2. A divisão de Poderes e as Políticas Públicas	71
3.3. O princípio da subsidiariedade	78
4. A SAÚDE COMO POLÍTICA PÚBLICA	84
4.1. O conteúdo do direito fundamental à saúde	86
4.1.1 O argumento da Reserva do Possível	99
4.1.2 Os princípios da igualdade e da universalidade do atendimento da saúde	104
4.2. O conceito de Política Pública	109
4.3. A implementação do SUS como Política Pública	117

4.4. A legitimidade do judiciário no controle da implementação da Política Pública	137
4.5. Procedimentos judiciais para implementação de Políticas Públicas	153
4.5.1 Instrumentos processuais adequados para o controle de Políticas Públicas	161
5. A QUESTÃO DOS MEDICAMENTOS	168
5.1. A Política Nacional de Medicamentos e seus aspectos sociais	169
5.2. O registro de fármacos na ANVISA e seus aspectos econômicos e sociais	178
5.3. A eficácia do direito ao acesso a medicamentos no Brasil	192
6. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE	197
6.1. O posicionamento do STF	199
6.2. As Audiências Públicas de abril e maio de 2009	213
6.3. Análise das decisões proferidas pelo STF no período de 01/01/2000 a 01/01/2012	220
6.4. Análise das decisões proferidas pelo judiciário estadual do Rio Grande do Sul, ambas no período de 01/01/2000 a 01/01/2013	241
CONCLUSÃO	258
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	267
ANEXOS	285

INTRODUÇÃO

A década de oitenta foi um período de importantes mudanças no cenário social, político e jurídico brasileiro. A ditadura militar ainda permanecia com força, embora a promessa de abertura e redemocratização lenta e gradual já estivesse consolidada e em andamento. No campo social, a sociedade ainda temerosa ante as pressões da repressão, dava sinais claros de que ansiava por mudanças como a possibilidade de voto direto para escolhas de seus representantes. Neste contexto, foi formada a constituinte que elaboraria a nova Constituição, a qual seria promulgada em 1988 trazendo novos paradigmas à compreensão e efetivação de direitos.

A Constituição cidadã inovou em dispor, já nos primeiros artigos, sobre garantias sociais como saúde enquanto direito de todos e dever do Estado. Nas décadas seguintes, ante questionamento da doutrina, dos cidadãos, dos magistrados e advogados, muitas pesquisas e análises foram desenvolvidas para buscar compreender em que âmbito consistia essas garantias e quais eram as devidas obrigações do Estado para que esse direito pudesse se tornar uma realidade universal – a todos os brasileiros -, contínua – não vinculada a períodos de ação – e eficaz – produzindo resultados que melhorem a condição de vida do cidadão.

Em meio a esses novos paradigmas, a década de noventa representou inovações pelas esperanças instauradas e estimuladas no fomento ao desenvolvimento econômico como carro chefe do desenvolvimento nacional como um todo. A abertura do mercado a produtos e tecnologia importados e o incentivo a padrões de consumo mais exaltados, representou a compreensão de que a economia sendo movimentada geraria emprego, estabilidade à moeda e, por consequência, desenvolvimento. Nesse processo, concepções neoliberais predominaram nos governos democráticos que se seguiram às eleições de 1989 (Kinzo, 2001).

No que tange às garantias sociais constitucionais, muitos programas entendidos como políticas públicas foram promovidos pelo governo nas esferas federal, estadual ou municipal. No entanto, notou-se com clareza a exclusão de grande parte da população da participação nas escolhas de políticas públicas a serem implementadas (Kinzo, 2001). Canais de participação e discussão sobre programas a serem executados em parte foram disponibilizados à participação popular na forma de conselhos, por exemplo.

Novamente decisões de fundamental importância à efetividade das garantias sociais constitucionais foram tomadas mantendo o afastamento da população. A falta de sincronia

entre as ações necessárias, as decisões políticas tomadas e a prática efetiva, resultou no carência de atenção aos direitos sociais, entre eles o direito à proteção da saúde.

Nesse cenário de novos paradigmas constitucionais, ensejando garantia a direitos sociais, e lacunas nos processos de discussão sobre formas de planejar e instaurar políticas públicas que pudessem garantir o exercício efetivo daqueles paradigmas, este estudo busca analisar o processo de formação da assistência à saúde pública brasileira denominado Sistema Único de Saúde – SUS –, especificamente no que se refere à política nacional de medicamentos. Partindo da noção de que o Estado brasileiro está estruturado na soberania dos cidadãos que determinam quais funções o Estado deve cumprir, procura-se compreender em que medida o Estado brasileiro está responsabilizando-se e comprometendo-se em efetivar a assistência à saúde no que tange à política nacional de medicamentos.

De início, analisa-se o fenômeno da judicialização da saúde de forma que o processo passou a ser compreendido pelo cidadão como um instituto capaz de executar individualmente direitos fundamentais que deveriam ser efetivados por políticas públicas. No entanto, um dos fatores do aumento célere de casos com esse intuito resolvem casos individuais, estando longe de resolver a questão maior, qual seja, a má administração nesse setor. Entende-se esse fenômeno como uma possibilidade de materialização dos paradigmas democráticos instituídos e, por ora, apenas programados.

A partir dessa perspectiva, o processo judicial pode ser visto como um espaço democrático de discussão. Trata-se da possibilidade do cidadão participar e debater sobre formas de tornar efetivo seus direitos constitucionais, situação não oportunizada no momento da elaboração da política pública específica que deveria tornar eficaz aquele direito. Há, nas demandas judiciais, algum espaço – ainda que pequeno – para que o indivíduo seja ouvido, para exposição de argumentação que potencialmente deveriam incluir uma discussão ampla, aberta e, inquestionavelmente, proposta por meios mais públicos de divulgação e acesso. Por meios como o processo judicial, o cidadão passa a perceber-se como sujeito ativo de políticas públicas, as quais somente serão efetivadas se exercida sua participação.

No sentido da discussão apresentada, inclui-se no debate o tema inevitável da divisão de poderes e competências, e os desvios potenciais que podem ser identificados quando a esfera judiciária determina a aplicação de uma política que deveria ser implementada pelo Poder Executivo. Analisa-se o Poder Legislativo como poder do povo simbolizado na representação parlamentar, ou seja, a soberania popular. Nesse entendimento, quando o legislativo falha em refletir a vontade do povo, mantendo-se alheio às necessidades e

reivindicações populares, a tendência se revela na sobrecarga do Poder Executivo no que tange à realização dos deveres estatais. O Executivo, nesse sentido, passa a constituir-se como poder maior, como autoridade referência para a busca da satisfação de direitos e expectativas.

Entre outras tendências que envolvem a problemática da busca judicial pela satisfação do direito a saúde, este estudo desenvolve uma pesquisa que passa pelo entendimento de que o Poder Executivo tem carência de possibilidades de decisões, uma vez que está preso a leis que direcionam o investimento dos recursos. A decisão judicial, no entanto, soa como uma autorização para utilização de verbas que, por vezes, estavam destinadas a outros setores ou que muitas vezes nem mesmo fazem parte dos ativos financeiros. Dessa forma, o fenômeno da judicialização da saúde poderia ser compreendido como uma consequência de causas tais como a carência de possibilidade do Poder Executivo somada à falta de instrumentos para tornar eficazes as garantias constitucionais. Há, portanto, um deslocamento das expectativas para o Poder Judiciário, o qual se torna um canal de manifestação de inconformismo e reivindicação.

Nesse contexto, a presente análise consiste também em pensar sobre a problemática da falta de espaços para discussão popular, manifestação e debate, no sentido de instigar o cidadão a fazer parte do processo político de elaboração e formalização das políticas públicas. O processo de deslocamento das expectativas de efetivação das garantias constitucionais sociais para o Poder Judiciário representa-se potencialmente importante uma vez que oportuniza o cidadão a qualidade de protagonista em um processo no qual ele – obrigatoriamente¹ - será ouvido por um magistrado. Tão importante quanto ser ouvido é poder esperar uma resposta séria e fundamentada proveniente do Estado, situação de diálogo inimaginável por outros meios.

O estudo deste fenômeno “novo” no Brasil – de cerca de 20 anos - constitui-se questão que merece ser estudada e compreendida dentro da lógica da saúde como política pública institucionalizada no Estado Democrático de Direito. A Constituição, portanto, é compreendida como instrumento de inclusão social, de representatividade popular exercida por diversos meios de debate, entre a sociedade e a representatividade parlamentar. Quando há quebra nesse canal de diálogo, há perda de legitimidade democrática que afeta o estado de Direito. A consequência consiste na busca ou na adaptação de outros meios de diálogo, outro canal de escape.

¹ Princípio da indisponibilidade da ação.

Não apenas a falta de meios de efetivação da saúde pública como política governamental no âmbito de recursos e instrumentos financeiros é causa para o fenômeno aqui retratado e estudado. Mas, a falta de canais de exercício da cidadania por meio da deliberação popular, do debate sobre o que pode ser melhor e mais eficaz, é igualmente fator essencial para a avalanche de ações para efetivação do direito a saúde no Brasil.

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro está tomando as funções dos demais poderes, atuando como um instrumento democrático para o cidadão. Todavia, também não tem bastado para garantir a efetividade da dignidade. A busca individual por meio do processo judicial, iniciado por conta desta sequência de falências estatais, conduz a soluções também individuais e que, na perspectiva do benefício coletivo, não resolvem o problema, geram ônus excessivos ao Estado e não produzem um debate que inclua todos os interessados e afetados (diretos e indiretos). A reconstrução de meios decisórios que incluam em suas atividades o debate não está, contudo, dentre as incumbências exigidas do Judiciário. Por este motivo, a busca da efetivação do direito a saúde pelo meio judicial causa tanta estranheza e até mesmo ojeriza de determinados atores sociais.

Este estudo, portanto, parte da apresentação da situação da saúde pública brasileira como política pública. Analisa-se o fenômeno iniciado no final dos anos 90 e que se intensifica ao longo da década de 2000 denominado, neste trabalho e pelo senso comum da prática jurídica, de judicialização da saúde. Após a apresentação do fenômeno, como parte do embasamento teórico-científico, parte-se para um estudo detalhado e dogmático sobre os diferentes tipos de Estado em relação a sua atuação processual judicial. Pretende-se com isso identificar o modelo brasileiro de Estado dentre aqueles teorizados pela melhor doutrina no sentido de compreender quais os objetivos e intenções que se pode exigir e esperar do Estado brasileiro. Ainda, nesse debate, busca-se dissertar sobre a atuação processual judicial no Estado Democrático de Direito.

Em um terceiro momento, analisa-se o Poder Público e o controle judicial de demandas administrativas. Questiona-se a competência de cada Poder no estado, com base no princípio da separação de poderes, verificando os fundamentos da função judicial em relação aos demais. Na quarta parte, discorre-se sobre a saúde enquanto política pública elaborada, estruturada e executada pelo Estado brasileiro. Parte-se da análise do conteúdo do direito constitucional social à saúde, abrindo o debate que contrasta a universalidade da proteção deste direito com limites de ordem orçamentária e distributiva. Apresenta-se a origem do SUS enquanto meio de implantação de políticas públicas de saúde no Brasil, questionando-se, por

fim, sobre a legitimidade do judiciário em atuar na esfera do controle da implementação das políticas públicas.

No ponto seguinte, cuida-se em específico da questão dos medicamentos, inicia-se a análise de seu fornecimento como forma fundamental da garantia de proteção plena da saúde. Estuda-se a Política Nacional de Medicamentos e as regulamentações sobre o registro e uso de medicamentos no país. Desta verificação, tem-se o questionamento sobre a eficácia da atual política e os problemas que envolvem sua concretização.

Na sexta parte volta-se ao fenômeno da judicialização analisando-o de forma empírica. Primeiramente expõe-se o histórico posicionamento do STF sobre o tema. Estuda-se a importante Audiência Pública realizada em abril e maio de 2009 pelo STF e suas implicações e mudanças geradas. Neste contexto, pretende-se questionar o Judiciário como um meio apto para o exercício de direitos que deveriam estar sendo discutidos em outra esfera estatal. Apresenta-se a análise empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no período de 01/01/2000 a 01/01/2012, e das demandas e as decisões tramitantes no Estado do Rio Grande do Sul proferidas no período de 01/01/2000 a 01/01/2013. A escolha do Estado do Rio Grande do Sul deu-se devido a este ser o estado brasileiro com maior número de demandas dessa natureza no Brasil, contando com mais que o dobro de processos em comparação ao segundo colocado, São Paulo (CNJ, 2011). Conforme dados de 2012, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul contava com cerca de 113.953 ações judiciais sobre saúde, enquanto o Tribunal de Justiça de São Paulo contava com cerca de 44.690 ações (CNJ, 2011).

A metodologia utilizada refere-se à análise qualitativa das decisões, tanto as proferidas pelo STF, quanto pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para obtenção da primeira fonte de dados foi realizada uma pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br. Nesta página que já disponibiliza a realização de pesquisas processuais, foi delimitada a data de início em 01/01/2000 – devido à constatação, por grande parte dos doutrinadores nacionais, de que após esta data percebeu-se o grande aumento quantitativo de demandas cujo objeto se constitui o pedido de fornecimento de medicamentos pelo Estado - e data fim de 01/01/2012 – estabelecida devido à possibilidade hábil para esta análise. O parâmetro nominal utilizado foram as expressões “medicamentos” e “políticas públicas”. Para estes parâmetros foi gerada a soma de 1 acórdão e 48 decisões monocráticas. Portanto, foram analisadas 49 demandas judiciais, nas quais em cada uma delas foi feita a leitura e análise das decisões nas instâncias inferiores para que fosse possível estabelecer os parâmetros das

argumentações defendidas, tanto pelas partes quanto pelos magistrados dos graus inferiores – juízes e desembargadores. O resultado dessa análise foi organizado em cinco partes conforme consta o capítulo 6, subcapítulo 6.3.

Para a obtenção da segunda fonte de dados, referente ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi realizada, inicialmente, uma pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual contempla todos os processos em trâmite e arquivados no Estado. No entanto, como o site não permite que sejam feitas pesquisas temáticas (medicamentos, por exemplo) de processos em trâmite no 1º grau, fez-se uma busca de todas as demandas de pedido de medicamentos por meio de decisões do Tribunal, ou seja, em nível de 2ª instância, por meio do recurso nominado Agravo de Instrumento – recurso este geralmente interposto em face do deferimento ou indeferimento do pedido liminar realizado pelo autor do processo, uma vez que todas as demandas relacionadas a medicamentos possuem, por característica fundamental, um (ou mais) pedidos liminares². Quando este recurso, portanto, é distribuído no Tribunal de Justiça, a demanda passa a estar passível de ser consultada por meio do site do Tribunal. A partir dessa constatação, procedeu-se a delimitação de processos por meio pesquisa temática dos recursos de Agravos de Instrumento. Para tanto, utilizou-se os seguintes vocábulos: ‘agravo de instrumento’, ‘direito público não especificado’ e ‘medicamentos’, com a delimitação da Comarca de Porto Alegre, inicialmente sem limite de datas. O resultado inicial foi de 892 processos, com datas de julgamento entre 19/11/1998 a 20/12/2013. Deste número, foram eliminadas todas as demandas em que o pedido estava relacionado à saúde, mas que não se tratavam de medicamentos e sim pedidos de próteses, tratamentos, cirurgias e até mesmo fraldas geriátricas. Após esta eliminação, chegou-se ao número de 604 demandas, todas correspondentes à 11ª Vara da Fazenda Pública, cartório especializado em saúde pública.

De posse dos números dos processos, iniciou-se a análise de cada um deles nos quais se fez a leitura de todos os arquivos, despachos, decisões e movimentações disponíveis pela via eletrônica. Os critérios específicos que constam da tabela ANEXO 3, foram sendo moldadas a partir das leituras dos próprios processos e constam em específico no capítulo 6, subcapítulo 6.4.

² As demandas de medicamentos são processos bastante similares no que diz respeito a sua tramitação. Isto porque o enfermo quando procura o advogado privado ou a defensoria pública está, na grande maioria das vezes, precisando do medicamento com urgência. Por isso, na petição inicial do processo, necessariamente haverá o pedido liminar, ou seja, o pedido urgente e com tramitação especial para que o juiz analise com rapidez de um dia ou menos, e profira sua decisão em caráter antecipatório, ainda que por vezes provisório. Portanto, todas as demandas de medicamentos, ou a imensa maioria delas, necessariamente contêm o pedido liminar de fornecimento do medicamento, pois a urgência é a natureza deste tipo de processo.

1 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A partir do ano 2000, o número de ações judiciais em face do Poder Público requerendo o fornecimento de medicamentos ou realização de cirurgias e procedimentos tem apresentado um crescimento exponencial. Não há um levantamento oficial sobre quantas exatamente são as demandas desse tipo em nível nacional e nem mesmo sobre o real impacto financeiro que estas demandas têm gerado ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Esse crescente ingresso de demandas tem sido vulgarmente chamado de judicialização da saúde.

Trata-se de fenômeno é verificado tanto na Justiça Federal quanto na Estadual, cada um em sua esfera de competência tem verificado o grande crescimento destas demandas. A Constituição Brasileira define as competências dos entes federativos, entre elas as temáticas que tratam da saúde. Dessa forma, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente na assistência à saúde, o que significa que cada um possui determinada incumbência no que se refere ao provimento da saúde pública.

Conforme artigo 198 da Constituição Federal, o sistema de saúde é único, hierarquizado e regionalizado. Na prática, isso quer dizer que a União centraliza os recursos e os repassa aos estados e municípios para que descentralizadamente sejam empregados de forma eficiente para que o serviço seja adequadamente propiciado. Nessa mesma norma constitucional, estão definidas as diretrizes do Sistema Único, quais sejam: a) descentralização, cada esfera de governo (ou seja, estadual e municipal) detêm competência para direcionar os recursos que recebe de forma a investir em áreas de maiores demandas; b) atendimento integral à saúde de modo que todos os tipos de enfermidade estão contemplados pelo atendimento gratuito à população, com prioridade ao tratamento preventivo; c) participação da comunidade.

Nestes termos, o financiamento da assistência da saúde provém de recursos da União que são repassados a estados e municípios. Cada ente detém, por determinações infralegais, atribuições quanto ao tipo de material que deve fornecer. Enquanto a União não detém atribuições de ordem descentralizada especificamente imposta por uma lei, os estados e municípios têm responsabilidade em execução das ações e serviços da saúde.

A Lei 8080/90, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dispõe também que o fornecimento direto dos serviços de saúde é incumbência dos municípios,

sendo eles os receptores das verbas de financiamento para tal. Ou seja, aos municípios recai a responsabilidade de manter postos de saúde, hospitais, farmácias públicas, entre outros. Nessa organização, os estados agem supletivamente, uma vez que para determinadas aquisições de equipamentos e medicamentos também é destinatário de verbas advindas da União.

No que tange especificamente à responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, o Ministério da Saúde elabora e publica anualmente catálogos de medicamentos a serem fornecidos pela rede pública. Estes produtos estão divididos em três grupos, cada qual cuja incumbência do financiamento e fornecimento recai a um ente. A lista denominada RENAME, na qual constam medicamentos denominados de “essenciais”, estão sob responsabilidade dos Municípios (BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename., 2010). A listagem que identifica os medicamentos como excepcionais é de responsabilidade dos estados. A União está incumbida da assistência integral a enfermidades como AIDS (BRASIL, Ministério da Saúde. Política Nacional de DST/aids: princípios e diretrizes, 1999) e todos os tipos de câncer, conforme a Política Nacional de Atenção Oncológica (BRASIL, Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Oncológica., 2005).

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2011, a rede pública de saúde fornecia 149 medicamentos à população. Desses, 64 são de responsabilidade da União, 46 competem aos Estados e 39, aos municípios (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2011).

Devido a essa divisão de competências elaborada pelo Ministério da Saúde, cada demanda judicial, dependendo do medicamento requerido, deve ser direcionada para a respectiva justiça competente, ou seja, ou estadual ou federal. Quando a competência do fornecimento do medicamento cabe ao Município, a vinculação de competência recai à Justiça Estadual. Quando o medicamento não consta em nenhuma das listas não há definição absoluta de competência, uma vez que há concorrência de responsabilidade.

Em relação ao pólo passivo das demandas, de acordo com as listas determinadas pelo Ministério da Saúde, a falta de determinado medicamento incluído em sua respectiva lista de competência de fornecimento deveria ser o critério para sua definição. No entanto, para aumentar a possibilidade e a rapidez na satisfação do requerimento judicial, os advogados geralmente incluem como demandado os três entes federativos, questão processual que, conforme se verá mais adiante, é plenamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Como sempre há pedido de tutela antecipada, as decisões judiciais em primeira instância comumente atribuem competência solidária aos entes. Por esta questão, a União geralmente é parte envolvida na demanda.

O cumprimento da determinação judicial para fornecimento do medicamento ou realização de exame ou procedimento se dá de três formas: 1) por meio da aquisição do medicamento pelo Ministério da Saúde ou pela Secretaria do estado ou município; 2) por meio do depósito do valor requerido para que a aquisição possa se efetivar diretamente pelo demandante necessitado, ou 3) por meio de repasse da União aos estados e municípios para que o requerimento seja por um deles atendido. Por respeito à descentralização organizacional do Sistema único de Saúde, a diretriz do Ministério da Saúde tem como prioridade o cumprimento pelo Estado ou Município respectivo.

Segundo relatório da Advocacia Geral da União (BRASIL, 2012), muitas vezes quando a notificação para cumprimento chega à União, já houve satisfação da tutela antecipada pelo Estado ou Município, o que é severamente verificado para que não haja cumprimento em duplicidade.

Uma vez esclarecida, ainda que brevemente, a sistemática da competência, das demandas processuais e do cumprimento das determinações judiciais, importante analisar alguns indicadores que fazem destas demandas um fenômeno em constante crescimento no Brasil e a forma com qual se pode lidar com a situação. Como já referido, não há dados precisos – em nem mesmo estimativas – nacionais que possam conferir oficialidade no número das demandas. No entanto, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS), elaborou um estudo sobre o fenômeno. As fontes trazidas por esta consultoria, portanto, têm por base apenas demandas que envolveram a União, mas já contribuem para a visualização do fato social aqui trazido.

A verificação das tabelas abaixo indicam o referido crescimento do número de demandas:

1. Período: 2009³

Quantitativo de processos novos

JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
713	550	1023	867	614	766	1218	1002	922	1079	788	944

Total de processos novos 10.486

³ Essa análise comparativa inicia no ano de 2009 porque até o ano de 2008 o CONJUR/MS não era órgão estabelecido e nenhum outro órgão realizou esse tipo de aferição.

Tabela 01: Quantitativo de Processos novos em 2009

Fonte: Planilha de Distribuição da CODAJUD (BRASIL, Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais, 2012)

2. Período: 2010

Quantitativo de processos novos

JAN	FEV	MAR	ABRI	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
935	684	929	965	1052	791	775	782	766	1052	1215	1257

Total de processos novos 11.203

Tabela 02: Quantitativo de Processos novos em 2010

Fonte: Planilha de Distribuição da CODAJUD (BRASIL, Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais, 2012)

3. Período: 2011

Quantitativo de processos novos

JAN	FEV	MAR	ABRI	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
821	925	1166	1069	933	1124	1218	1287	1168	1079	865	1156

Total de processos novos 12.811

Tabela 03: Quantitativo de Processos novos em 2011

Fonte: Planilha de Distribuição da CODAJUD (BRASIL, Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais, 2012)

4. Período: 2012

Quantitativo de processos novos

JAN	FEV	MAR	ABRI	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
910	962	1070	885	794	817	641	845	1283	1360	----	----

Total de processos novos 9.567

Tabela 04: Quantitativo de Processos novos em 2012

Fonte: Planilha de Distribuição da CODAJUD (BRASIL, Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais, 2012)

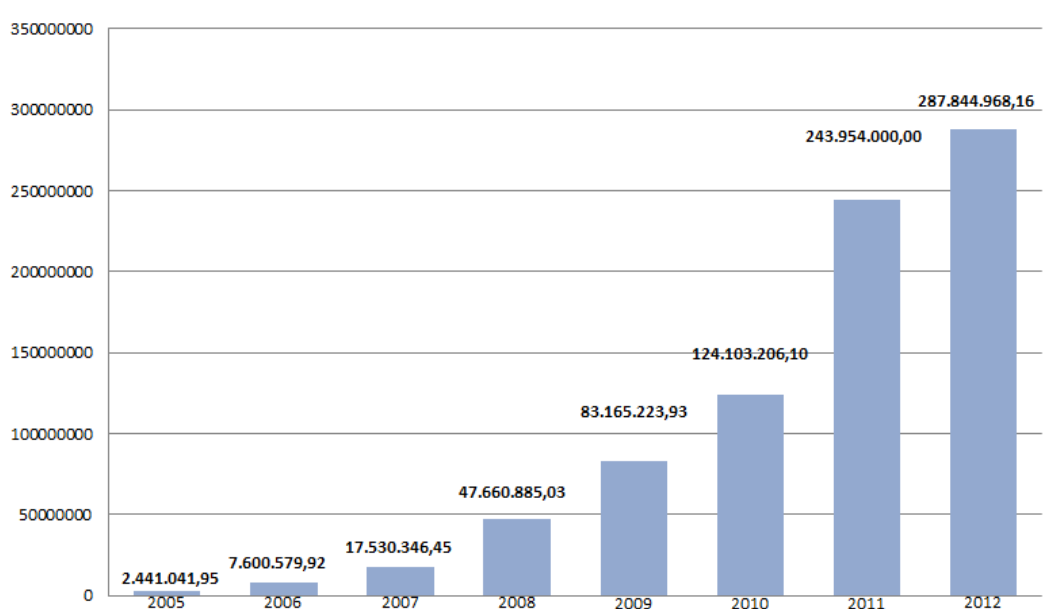
Como se pode verificar, as demandas tendem ao crescimento anual no número de requerimentos. Não há um fato histórico determinado ou evento social que possa fornecer uma explicação objetiva e determinada sobre este crescimento.

Em relação aos recursos financeiros dispensados para satisfação das ordens judiciais, primeiramente, são recursos sem previsão orçamentária, advindos do Poder Executivo. A União, quando repassa as verbas destinadas à manutenção do Sistema de Saúde, o faz com total adequação às leis de diretrizes orçamentais e ao plano plurianual orçamentário. Os valores dispensados a cada demanda judicial provêm de fonte não prevista. Da mesma forma, pelo caráter urgente do objeto da ação – muitas vezes o autor está em risco de morte – muitas o cumprimento da decisão judicial que deu procedência à medida liminar acaba sendo realizado sem processo licitatório.

Como consequência disso, tem-se a compra de medicamentos com custos maiores do que poderiam ser se de fato fossem adquiridos com a devida pesquisa de preços, barganha de mercado – pela compra de maior quantidade, entre outros. O custo adicional da compra iminente e única representa um grande impacto ao Erário.

Outra importante questão que merece ser ressaltada se refere aos tipos de medicamentos que são solicitados. Na grande maioria das demandas, o produto solicitado não consta em nenhuma lista de referência do Ministério da Saúde. Com o embasamento na argumentação do direito universal à saúde como um direito de todos e dever do estado, medicamentos não integrantes das listas de dispensa são requeridos. Tal qual será analisado com mais precisão posteriormente neste estudo, na maioria dos casos a liminar pleiteada é concedida, o que significa o cumprimento de todo o procedimento para cumprimento da ordem.

A tabela abaixo, proveniente de análise da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, apresenta dados sobre a evolução dos valores empregados no cumprimento de sentenças judiciais.



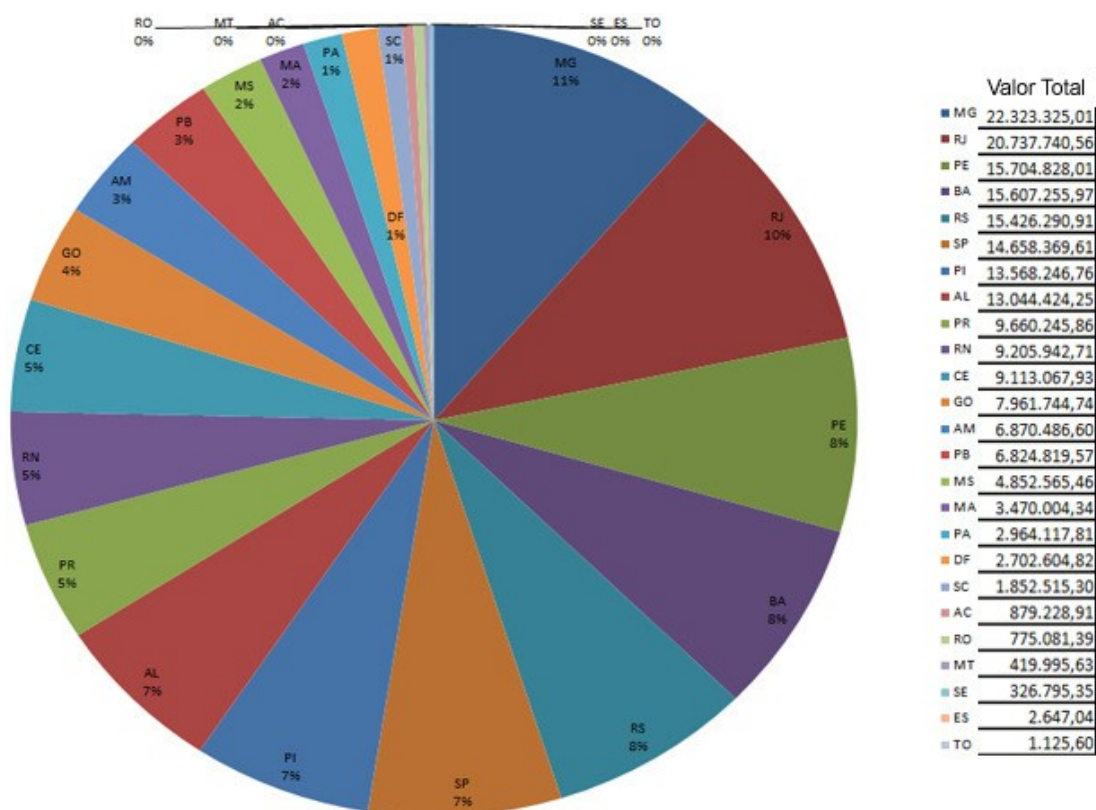
Quadro atualizado até Novembro de 2012 (BRASIL, Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais, 2012).

Como se pode verificar, de 2005 a 2012 o valor empregado nas três formas de cumprimento das determinações judiciais descritas acima cresce exponencialmente. Esses valores foram computados por meio da análise de publicações de gastos feitas no Diário Oficial da União (DOU). Importante considerar que nas somas apontadas nesta tabela estão

somente os gastos com os medicamentos, exames ou procedimentos em si, sem inclusão de gastos com deslocamento (frete) de produtos, por exemplo.

Aquisições com urgência, em pequenas quantidades e para utilização tão somente individual, têm representado cada vez mais a destinação da alocação de recursos não previstos para esse fim. Impõe-se a prioridade das demandas judiciais frente a outros possíveis investimentos, até mesmo de saúde preventiva, por exemplo. O cumprimento da determinação em sede de liminar gera obrigatoriedade tamanha que o gestor público sofre o risco de prisão caso não atenda a ordem. Gera-se, portanto, uma inversão da ordem de investimentos de recursos quando uma ordem iminente chega à mesa do gestor responsável.

Na tabela abaixo, verifica-se o percentual de recursos que a União deslocou para os Estados para atender às demandas judiciais.



(BRASIL, Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais, 2012)

A tabela acima não contempla os recursos dispensados por cada estado no cumprimento de sentenças judiciais para aquisição de medicamentos, realização de exames ou procedimentos. Os dados contidos nela são apenas valores que a União repassou aos estados.

Importante, de outro lado, salientar que no pólo ativo da demanda há sempre um ser humano, cidadão e que, muitas vezes, necessita de forma urgente do medicamento, exame ou procedimento para manter seu maior bem, a vida. A ordem constitucional prioriza a vida ante qualquer outra demanda.

A saúde como um direito de todos e dever do Estado ao não ser efetivada adequadamente, ou seja, quando não há medicamentos disponíveis, quando o Estado não fornece o tratamento digno, gera transtornos que a sociedade tem demonstrado pelos meios processuais que não quer mais absorver. Uma grande parcela da população – mesmo que ainda a imensa minoria – tem buscado um canal de comunicação com o Estado por meio da reivindicação de sua demanda no Poder Judiciário. Trata-se da percepção de determinada falência de representatividade do Poder Legislativo que induz o cidadão a buscar um entendimento junto ao Estado por meio do Poder Judiciário.

Como se pode analisar a partir dos dados apresentados, o número de demandas judiciais somado aos valores que cada uma dessas demandas contém, geraram um impacto bastante significativo ao Estado brasileiro. Por óbvio, como conseqüência dessas ações judiciais muitos prejuízos foram gerados ao Sistema Único de Saúde (SUS), desde a indução de gastos não previstos até o atendimento individualizado que, por si só, consiste em maior oneração.

Dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2011) revelam que até setembro de 2012 a soma de processos demandando por medicamentos, exames ou procedimentos chegava a 240.980 – apenas os que envolviam a União. Este montante, até então, tinha gerado uma soma de gasto de R\$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos).

Os números expostos têm a intenção de apresentar o porquê do tratamento da judicialização da saúde como um fenômeno social e jurídico. Trata-se de uma problemática que tem crescido numericamente e gerado transtornos financeiros ao Estado ainda não mensurados. Do outro lado está a vida humana, a necessidade de tratamentos que muitas vezes tem custo elevado e não podem ser custeados pelo cidadão. O direito à vida conduz a argumentação de deficiências do Estado brasileiro que estão muito além do suplemento à saúde. A estas questões tecemos esta reflexão jurídica sociológica.

Do ponto de vista jurídico-formal, sendo a saúde um dever do Estado, este deve desenvolver mecanismos que possam atender a população – políticas públicas – e o indivíduo

tem o direito de ver seu direito estabelecido. Conforme o Direito Administrativo, a pretensão do cidadão, nesta relação, está em obter a efetivação da política pública, não passando por qualquer execução individual de bens públicos (Torres, 2009). Nesse aspecto, as intervenções do judiciário às medidas da saúde estariam restritas ao controle da execução de políticas públicas e do controle das escolhas e dos resultados dessas políticas.

Por outro lado, a perspectiva constitucional fornece status de direito subjetivo ao direito à saúde, incluindo o fornecimento de prestações estatais que garantam a plena proteção à saúde (Amaral, 2011). A condicionante relativa à titularidade desse direito estaria apenas no artigo 5º caput da Constituição Federal, ou seja, a condição de cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil. Nesse contexto, o judiciário cumpriria o papel de exigir do Estado efetivação de um direito já estabelecido, ante a omissão estatal.

Nesse sentido, frente ao fenômeno já exposto, para tecer as discussões pretendidas neste estudo importa analisar o direito à saúde de sua perspectiva social (1.1) tratando em momento posterior sobre a titularidade individual ou transindividual dos direitos sociais (1.2).

1.1 O direito social à saúde

As preocupações com o direito à saúde, como condicionante da qualidade de vida de qualquer população e com comportamentos humanos capazes de constituir-se uma ameaça à saúde coletiva, começaram a emergir claramente com o fim da Segunda Guerra Mundial. Trata-se de direito incluído dentre o rol de direitos de segunda dimensão que tiveram origem no século XIX em decorrência da imensa desigualdade social que mantinha e gerava cada vez maiores problemas sociais e econômicos advindos do processo de industrialização. Trata-se de direitos que induzem à realização de prestações positivas por parte do Estado com objetivo de promover o bem-estar social. Os indivíduos passam a poder exigir da máquina pública prestações sociais como assistência social, educação e trabalho.

Os direitos sociais, portanto, entre eles o direito à saúde, por sua condição de direito humano e por sua estreita relação com a dignidade humana, pautada pela garantia do mínimo existencial, desenvolveram-se de forma substancial no século XX. Enquanto os direitos individuais (direitos civis e político) compreendem-se como direitos negativos e implicam um afastamento do Estado no sentido de não intervenção na esfera individual, os direitos sociais,

vinculados à noção de igualdade material, implicam na prestação positiva do Estado para sua satisfação, carecem de ações estatais geralmente realizadas por meio de políticas públicas.

Essa diferenciação estabeleceu a especificação de direitos de primeira dimensão aos direitos individuais e de segunda dimensão aos direitos sociais⁴. Essas denominações, conforme bem explica Ingo Sarlet (2011), não foram pautadas pelo critério da titularidade individual dos direitos civis e políticos ou coletiva dos direitos sociais. Segundo o autor, os direitos sociais, assim como os individuais, são provenientes de reivindicações de movimentos sociais e, portanto, ambos possuem um caráter coletivo e individual ao mesmo tempo. Neste sentido,

Todos os direitos fundamentais, em certa perspectiva, são direitos sociais, de modo especial em se considerando o vínculo entre a dignidade da pessoa humana e a democracia, visto que além de todos os direitos fundamentais apresentarem uma dimensão comunitária são também, em maior ou menor medida, dependentes de concretização por meio de prestações estatais. (Sarlet, 2011, pp. 129-130)

Trata-se da noção de que ambas as dimensões, coletiva e individual, podem existir – e de fato existem – em relação ao mesmo direito. A titularidade individual não se afasta em direitos em que o exercício ocorre de forma coletiva. Essa noção é compatível com as decisões do STF que indicam que a proteção do direito à saúde pode ser iniciada de forma individual ou coletiva. Dessa forma, é percebida uma fungibilidade formal ampla no que tange a aceitação de diferentes instrumentos processuais que demandem por direito à saúde.

A partir destas colocações, interessa compreender que a titularidade dos direitos sociais é do indivíduo, como claramente demonstra o direito à saúde. Isto porque embora esses direitos sejam referentes à pessoa em relação ao coletivo que a cerca, não necessariamente quer dizer que apenas possam ser exercidos coletivamente. Os direitos sociais foram assim denominados por que constam como prestações do Estado para realização da justiça social por meio da compensação de desigualdades. Trata-se da garantia estatal de acesso a determinados bens e serviços a toda população, principalmente, claro, aos que mais necessitam dos serviços oferecidos, ou seja, os socialmente mais vulneráveis.

Nesse sentido, segundo Sarlet,

⁴ A noção de terceira dimensão é verificada aos direitos transindividuais relacionados à fraternidade e a questões de direitos difusos.

A tese segundo a qual os direitos sociais são direitos humanos e fundamentais referidos à pessoa individual, não deve ser compreendida, para espancar qualquer dúvida, como afastando uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) dos direitos sociais, como se verifica no caso da conexão entre a proteção da saúde e a proteção do ambiente, ou mesmo no caso de políticas de saúde voltadas à prevenção e combate a doenças endêmicas, dentre tantos exemplos que poderiam ser colacionados apenas na esfera da saúde. (2011, p. 136)

No período pós-guerra, portanto, os direitos sociais passaram a ser consagrados em textos constitucionais e tratados internacionais (positivação). O processo de criação da Organização das Nações Unidas (ONU) incentivou a formação de outras organizações para proteção de direitos essenciais, entre elas a Organização Mundial da Saúde (OMS). Esta última traz no preâmbulo de sua Constituição, de 1946, um conceito de saúde no qual: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Trata-se de reconhecer que é fundamental ao ser humano manter um equilíbrio interno e externo para o conceito de saúde, uma condição inédita às nações ocidentais (Dallari S. G., 2003). A partir de então, qualquer noção de saúde que não inclua o equilíbrio físico e psíquico do indivíduo estará gerando uma deformidade conceitual.

O direito à saúde está relacionado, portanto, a outros aspectos da vida do indivíduo que não apenas a falta da doença, uma vez que falar em condição de qualidade de vida inclui a qualidade de trabalho, do meio ambiente, entre outros. Trata-se de concepção que foi confirmada ao longo do século XX. A Organização Mundial da Saúde compreende hoje a saúde como conceito amplo no qual deixa claro que se trata de um direito fundamental de todo ser humano.

Em vista desses aspectos introdutórios, o direito social à saúde é uma questão controversa no direito brasileiro. Isso porque alguns doutrinadores o consideram como direito subjetivo⁵ - e outros o entendem como um direito social não absoluto⁶ e que merece limitação frente a impossibilidades do Estado em fornecer o mesmo tratamento a todos os brasileiros. Frente a essa divergência, busca-se nesta etapa do estudo, verificar, ainda que de forma breve, a legislação nacional no sentido identificar parâmetros que possibilitem a discussão.

Da perspectiva constitucional, o direito à saúde está tratado de forma direta no artigo 196, no qual está disposto que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

⁵ Dentre esses, Eros Grau (1997) e Araken de Assis (1990)

⁶ Dentre eles, Ricardo Torres (2009)

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF, 1988). Nesse sentido, a garantia desse direito deve estar pensada de forma integrada a um conjunto de ações dos Poderes Públicos direcionadas à concretização de uma ordem social que prioriza o bem-estar coletivo e a justiça social. A vinculação da sociedade e do Estado aos propósitos constitucionais impõem que ajam coerentemente com o alcance das provisões realizadas pelo constituinte.

O texto constitucional brasileiro traz como base da nação o trabalho como forma de alcançar o bem-estar social e a justiça. Por essa razão, compreende-se que a partir de 1988 estão afirmadas as duas dimensões fundamentais do Estado, a econômica e a social. Nessa nova ordem, a seguridade social enquanto conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos (CF, 1988, p. art. 194) constitui-se o meio de efetivação das disposições dirigentes estabelecidas pelo texto constitucional. Nesse aspecto, importa analisar que a Constituição brasileira de 1988 é um texto que não apenas defini direitos, mas também estipula programas de ação e metas que deverão ser realizadas – pelo Estado e pela sociedade (Tojal, 2003).

Afirma-se, portanto, o Estado brasileiro enquanto Estado Social no qual o direito – e os demais instrumentos políticos e sociais – assume inevitavelmente a função de agente de transformação social. A ciência jurídica nos seus mais amplos aspectos desde a formação da lei até a aplicação dela não mais se limita a cumprir com a resolução dos conflitos do funcionamento do mercado e dos aspectos da vida privada. O Estado Social exige que o direito esteja instrumentalizado e dirigido a objetivos do sistema político comprometido com processos sociais que tenham propósitos de formulação e implementação de normas de justiça social.

Conforme ensina Tojal,

As mudanças de ordem estrutural e funcional decorrentes da rematerialização da racionalidade do Direito contemporâneo, do que o caráter dirigente das modernas Constituições é a sua mais expressiva evidencia, exigem uma nova postura não apenas por parte daqueles que elaboram o direito, mas também, e em especial, daqueles que precisam operacionalizar suas missões transformadoras. (2003, p. 29)

No que se refere ao direito à saúde, em se tratando de saúde pública, essa concepção é inovadora e essencial para que a proteção se faça de forma plena, uma vez que a garantia universal desse direito não está compatível com o modelo clássico de um direito estruturado em bases estritas do direito privado e do mercado. O crescimento do aspecto intervencionista

do direito está intimamente relacionado com o processo de judicialização das políticas de saúde, uma vez que o direito assume caráter regulatório e tende a firmar a racionalidade material em detrimento da racionalidade formal. Sua legitimidade passa a estar nos efeitos sociais resultantes ao bem coletivo.

Essa concepção foi recepcionada pela Constituição brasileira de 1988 que estabelece o direito à saúde como direito fundamental e direito social – no intuito de afastar-se das concepções meramente individualistas – o qual deve ser discutido judicialmente em caso de má fornecimento. Nesses termos, afora os artigos constitucionais, que tratam do tema, no site do Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde está definido como

[...] um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. [...] foi criado em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. [...] Antes da criação do SUS... a saúde não era considerada um direito social.[...] O Sistema constitui um projeto social único que se materializa por meio de ações de promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros. (BRASIL, Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde)

A Constituição Federal de 1988, dessa forma, estabelecendo o direito à saúde como direito fundamental dentro das normas de natureza programática, exigiu a elaboração de normas posteriores que especificassem e regulassem esse direito para que pudesse ser efetivado. Em geral, as regulamentações conduzem à efetivação prática e, portanto, à garantia de direitos sociais por meio de políticas públicas que comportam planejamento e organização da administração pública, assim como vultosos investimentos financeiros.

A não regulamentação desse direito social é conduta omissiva do Estado e intolerável em relação a um direito social de tamanha importância, uma vez que é fundamental ao maior direito: direito à vida.

Conforme Robert Alexy (2011), os direitos fundamentais sociais comportam a expectativa de prestações fáticas do Estado e encontram na burocracia estatal seu próprio fator de limitação. Segundo ele, padece sobre esses direitos o questionamento sobre a medida em que devem ser garantidos ao cidadão. Importante o entendimento do autor de que a garantia desses direitos são requisitos imprescindíveis à garantia da liberdade plena, uma vez que a liberdade depende de prestações estatais.

Alexy ressalta a importância da efetivação dos direitos fundamentais sociais para a promoção da dignidade humana, para diminuição da desigualdade social por meio da redistribuição da riqueza e, portanto, para que possa ser desenvolvida uma sociedade mais justa e igualitária (Alexy, 2011).

Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais vinculam a política social legislativa, executiva e judiciária de um Estado. Isso porque o conteúdo desses direitos é por natureza impreciso e gera dificuldades à sua efetivação. É natural que sejam discutidas, portanto, as limitações (ou não) desse direito em relação à aplicabilidade social que requer. Conforme Alexy, “se o direito carece de pautas suficientes, então a decisão acerca do conteúdo dos direitos fundamentais sociais é um assunto da política” (Alexy, 2011, p. 492). E continua o autor,

[...] de acordo com os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não recai na competência dos tribunais de justiça, mas nas mãos do ‘legislador diretamente legitimado pelo povo’, de forma que [...] os tribunais podem decidir no âmbito dos direitos fundamentais sociais só se o legislador já houver decidido. (Alexy, 2011, p. 493)

A satisfação de direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, depende, dessa forma, da ponderação entre princípios fundamentais que têm por benefício o indivíduo em sua condição privada e aqueles em que a coletividade deve ser colocada em primeiro plano. A verificação da limitação de determinados direitos em benefício coletivo é tema que envolve grandes divergências e causa de discussões processuais nas demandas relacionadas às prestações do direito à saúde.

Conforme Dallari, nesse aspecto,

Atualmente a humanidade não hesita em afirmar – ainda que matizando – que a saúde é um direito humano e que, como os demais direitos humanos, exige o envolvimento do Estado, ora para preservar as liberdades fundamentais, principalmente por meio da eficiente atuação do Poder Judiciário, ora para eliminar progressivamente as desigualdades, especialmente planejando e implementando políticas públicas. (Dallari D. A., 2012, p. 48)

A partir dessa noção, este estudo está conduzido de modo a também demonstrar como a proteção do direito à saúde está sendo tratada enquanto direito fundamental social na

realidade brasileira. A partir da verificação da qualidade não adequada das prestações do Estado em relação ao fornecimento de recursos materiais para fazer frente às necessidades da população em relação à saúde pública – uma vez que se adequada estivesse não haveria tamanho número de demandas exigindo prestações positivas do Estado – importa analisar a forma com a qual o Judiciário tem recepcionado a problemática e buscado decidir as demandas. Na mesma medida, merece o exame sobre alternativas para a elaboração e gestão das políticas públicas de saúde.

1.2 A titularidade individual/transindividual do direito social à saúde e a exigibilidade dos direitos sociais

Tendo em vista a simultânea titularidade individual e transindividual do direito social à saúde, importante considerar errônea a compreensão de que demandas individuais relacionadas à saúde não têm previsão e nem mesmo coerência normativa. Por entendimentos nesse sentido, por vezes o direito social à saúde passa a ter problemas em relação a sua exigibilidade. Portanto, nesta etapa do estudo, busca-se averiguar algumas situações que geram problema de exigibilidade às ações de saúde.

De início, importa confirmar a refutação de que direitos sociais possuem sempre titularidade coletiva, não permitindo, portanto, demandas baseadas em direito individual. E relação a essa questão, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, assim como a jurisprudência dominante, confirmam o entendimento sobre a dupla titularidade dos direitos sociais, em particular no que tange ao direito à saúde. Afasta-se, portanto, a extinção da ação com base no argumento da litigância individual.

Essa questão é bastante importante e permeará as discussões neste estudo. Isso porque a grande polêmica está na concessão individualizada – devido às ações individuais ou de determinados grupos que litigam por interesses próprios – de prestações que deveriam ser coletivas. A grande quantidade de demandas individuais causa impacto inevitavelmente oneroso ao sistema público de saúde e à própria administração pública o que, conforme Sarlet (2011), acaba gerando insegurança jurídica e instabilidade.

O argumento de que estas ações individuais ofenderiam o princípio da isonomia resta rechaçado pelo entendimento de que há uma violação ainda maior à dignidade humana – que

em parâmetros concretos pode estar representada no acesso a um medicamento. São dois os principais e recorrentes argumentos do Estado na defesa do não fornecimento dos medicamentos nas demandas analisadas: 1) argumento do princípio da vinculação orçamentária: não há recursos públicos para aquisição de medicamentos que não estejam na previsão orçamentária estatal e nas listas de dispensação produzidas pelo Ministério da Saúde; e 2) argumento referente ao princípio da reserva do possível: aduz que apenas pode ser fornecido a um cidadão o benefício que pode ser fornecido a todos que solicitarem o serviço ou insumo e que o Estado não dispõe de recursos para financiar atendimento médico de alta complexidade a todos.

A esse respeito o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que o ônus da prova de comprovar a não existência de orçamento e a escassez de recursos é do Poder Público. Como será visto adiante, em nenhum dos processos analisados, houve esta comprovação.

Outra importante questão de debate está na delimitação do objeto do direito à saúde. Nesse sentido, o que se considera um atendimento adequado? Quais prestações devem ser providas? Deve-se restringir o fornecimento de medicamentos apenas aos constantes nas listagens do Ministério da Saúde ou deve-se prestar atendimento integral, não importando qual insumo o paciente (demandante) necessita para manter sua vida?

Como já referido, a dignidade humana está estreitamente conectada à atenção ao mínimo existencial que está vinculado às necessidades físicas e mentais de cada ser humano no atendimento à sua saúde. Nesse sentido, importante analisar se a proteção à saúde pode ater-se a medicamentos padronizados, pré-estabelecidos, uma vez que o mínimo existencial não é conceito determinado. Conforme Sarlet, a proteção à saúde deve atender ao tratamento que promova o retorno à saúde ao indivíduo e não a uma seqüência predeterminada fruto padronizações que coloque em segundo plano o ser humano. Esta concepção foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de confirmar decisões que deferiram medicamentos que não constam nas listas ministeriais.

Nesse aspecto, importa analisar também a problemática sobre o princípio da subsidiariedade, no sentido de pensar sobre a abrangência do acesso. Apenas pessoas carentes e sem condições de arcar com custos particulares devem fazer parte do SUS no intuito de não extrapolar a capacidade do sistema ou todos universalmente devem ser atendidos?

Em relação a estas questões, Sarlet ensina que,

O fato é que a supressão pura e simples da tutela judicial individual (e mesmo coletiva, quando se trata de atender determinados grupos de pessoas) poderá gerar uma dupla violação do princípio isonômico. Com efeito, num primeiro plano, verifica-se que o Estado, ainda que investido (como o é, no mais das vezes) de boa-fé, viola o dever de assegurar o acesso igualitário e universal estabelecido no artigo 196, da CF/98, que preceitua que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas que visem, entre outros, o acesso universal e igualitário a serviços para sua promoção, proteção e recuperação, ao excluir um grupo maior ou menor de indivíduos do acesso a determinadas prestações. (2011, p. 140)

A partir dessa pertinente compreensão, o indivíduo sem recursos próprios para aquisição de medicamentos e que não obteve a proteção de seu direito à saúde (não obteve o tratamento necessário), em caso de não poder ingressar com ação reclamando seus direitos será punido duplamente. Nesse sentido, não pode ser afastada do Judiciário a análise da responsabilidade do administrador público pela efetivação de políticas públicas que concretizem direitos fundamentais de aplicabilidade imediata. A prática omissiva do Poder Público deve ser apreciada.

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o aperfeiçoamento das prestações administrativas no sentido de adequar as políticas públicas às demandas sociais é medida urgente e se apresenta como a melhor escolha a ser feita. Conforme afirma Sarlet “quando mais efetivo for o acesso pela via administrativa, menos trilhado – por desnecessário – tenderá a ser o caminho judicial” (2011, p. 142).

Nesse sentido, busca-se apontar neste estudo que a via administrativa de políticas públicas para ser eficaz e minimizar o problema da judicialização da saúde, deve estar pautada prioritariamente na participação da sociedade – a qual é o alvo dessas políticas. Apenas com a promoção de meios de deliberação participativos que contem oportunidades de comunicação pautadas na razão e na força do melhor argumento poderá buscar formas de resolução pacífica e desprovida de interesses comerciais e de coação.

Trata-se, por fim, de direitos de todos e de cada um, e o maior desafio é harmonizar esses direitos sem que nenhuma parte seja suprimida.

2 OS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ESTADO BRASILEIRO

As estruturas históricas da formação dos Estados são fatores fundamentais a serem estudados quando se menciona a existência de tipos diferentes de Estado. É sabido que os indivíduos conviventes em sociedade nem sempre se organizaram por meio de uma estrutura denominada e com característica de Estado. O surgimento dessa instituição e sua organização decorrem de processos evolutivos que perpassam formas de organização, desde um Estado de Natureza, ao Estado de Sociedade (Streck & Morais, 2000), ao Estado Medieval até aproximar-se do Estado Moderno – em sua primeira versão absolutista no qual o soberano concentrava a totalidades dos poderes e funções do Estado (Maders, 2010).

O Estado Moderno desenvolvido após o colapso do Estado absolutista tem como paradigma fundamental a doutrina da separação dos poderes, compreendendo a legalidade como valor supremo. Nestes termos, Montesquieu, na obra “Espírito das Leis”, Livro XI, cap. VI (Montesquieu, 2005), considera a legalidade enquanto função precípua do Legislativo, a qual legitima a atividade do Executivo e que vincula o Judiciário na função de relacionar a lei com os fatos da vida.

Nesse contexto, Segundo Maurício Mota, a definição clássica de Estado de Direito se refere:

[...] a de que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais. Além disso, uma vez obtida a vigência dessa formula, pretendeu-se tornar o seu alcance mais preciso, afirmando-se que através dela o Direito seria respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pela Administração Pública (Mota, 2011, p. 04).

Dessa forma, conforme Mota, um governo submetido ao Estado de Direito seria aquele contrário a um governo arbitrário. No entanto, a submissão do Estado a qualquer norma não garante a fuga à arbitrariedade. Por isso a importância referenciada à divisão de poderes, a qual estabelece a competência de cada Poder para que a legitimidade da lei possa ser conferida e para que somente as leis legítimas sejam executadas e julgadas pelo respectivo Poder competente.

A harmonia entre os poderes é questão extensivamente tratada por Montesquieu, que desenvolve a doutrina de freios e contrapesos na qual cada poder fiscaliza a atuação do outro em termos de alcance de atuação. É nessa perspectiva que se pretende analisar a possibilidade do Poder Judiciário em atuar com força controladora de determinadas atividades administrativas, como a efetivação de políticas públicas, por exemplo. Para tanto, alguns paradigmas fundamentais do Estado de Direito merecem análise no intuito de compreender a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas.

Nesse ímpeto, um estudo sobre os diversos tipos de Estado no que diz respeito à estrutura teórica se faz fundamental (2.1 a 2.5). Da mesma forma, a relação entre o tipo de Estado brasileiro e o fenômeno da judicialização se mostra importante para embasar as próximas análises tecidas (2.6). Esse exame pretende ser realizado por meio da observação da interrelação entre o Poder Judiciário e a efetivação das políticas públicas, para então adentrar nas questões sobre processo deliberativo de decisão em relação a temas que envolvam políticas públicas.

A abordagem referente aos tipos de Estado exige uma reconstrução histórica – ainda que muito breve – em relação ao respectivo período em que cada tipo de Estado emergiu, salientando o foco no que se refere aos limites de atuação dos Poderes do Estado.

2.1 O Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal tem sua raiz histórica na quebra da noção absolutista de Estado. Sua emergência, portanto, ocorre em meio ao repúdio às idéias de interferência ilimitada do governante soberano em todas as atividades do Estado. Outra característica de rejeição ao Estado Absolutista está na confusão entre o tesouro do monarca e do próprio Estado, o que representava-se também na cobrança de impostos sem lei prévia. Em contraste à falta de limitação à atuação do Estado, principalmente no que se refere à vida privada do indivíduo e às suas finanças, o Estado Liberal prega a não interferência do Estado por meio de regras rígidas limitem sua interferência na vida dos cidadãos. O dever do Estado, portanto, é negativo, ou seja, de não agir.

Neste contexto de pós-absolutismo, o contratualismo teorizado por Rousseau (Rousseau, 2002), entre outros, apresenta-se aceitável em sua forma de delegar todas as

funções estatais possíveis a representantes privados regidos por uma lógica de responsabilidade pelo público (o qual é de todos). Nesta lógica, o Poder deve estar dividido entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um com suas funções delimitadas e sem interferirem no ambiente individual de cada cidadão.

A clássica da separação dos poderes foi concebida pelo movimento iluminista, mais especificamente na França do século XIX, como importante proteção dos indivíduos contra as interferências do Estado em suas esferas de vida privada. Segundo Gregório de Almeida (2011), este é um período em que as inspirações liberais na Europa advinham de influências também da declaração de independência norte-americana e dos ideais de sua Constituição republicana.

Os esforços neste momento estavam em exaltar o liberalismo perante o Estado, no sentido de garantir a liberdade do homem. A separação dos Poderes detinha a função de resguardar a liberdade por meio do princípio da legalidade, nesse sentido, o Estado passava a estar limitado pela lei. Os indivíduos, da mesma forma em que exigiam proteção da lei contra arbitrariedades do Estado, também se viam delineados aos limites da legalidade. Nesse cenário, o Estado passa a perder o domínio sobre a econômica, fazendo dela uma possibilidade de atuação individual. Conforme Gregório de Almeida (2011), no Estado absoluto o indivíduo possuía somente direitos privados em relação ao Estado, já com o Estado liberal, passa a ter direitos públicos também. O Estado de Direito, portanto, se torna o Estado do cidadão individualizado.

Dentre as fundamentais características do Estado Liberal estão a separação dos poderes, o respeito a uma constituição enquanto norma fundamental, a legalidade enquanto superioridade da lei e a garantia de direitos individuais (Souza, 2002). A noção de liberalismo com Adam Smith perpassa pela noção de proteção à propriedade e aos contratos enquanto essência das funções do Estado. A nenhuma outra função o Estado se faz essencial, de modo que no caso de não haver propriedade, não há necessidade de Estado (Souza, 2002).

Nesse sentido, Lênio Streck define as idéias fundamentais do Estado Liberal:

- a) Separação entre estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.
- b) A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.
- c) A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação,

posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – referendun e plebiscito – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.

d) O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (Streck & Morais, 2000, p. 87)

A noção norte-americana de freios e contrapesos influenciou a noção de separação de poderes, uma vez que estruturou e difundiu a noção de fiscalização recíproca entre os poderes. Dessa forma, o Poder Legislativo pode atuar como julgador, assim como o Executivo tem possibilidade de tornar-se um órgão legislativo em determinadas situações. Esse sistema de fiscalização mútua depende das delimitações e definições dadas pelo modelo constitucional construído.

É, portanto, no Estado Liberal que o direito privado é enfatizado, tornando-se seu paradigma fundamental e indiscutível. Trata-se de concepção advinda dos anseios burgueses de obtenção e manutenção do poder. Nesse Estado são exaltados direitos que posteriormente vieram a chamados de primeira dimensão relacionados à liberdade, aos direitos civis e políticos nos quais o indivíduo é o centro fundamental, principalmente no que se refere a sua proteção contra arbitrariedades do Estado.

Nesse sentido, deve o Estado garantir a certeza das relações sociais por meio da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse geral de todos. Segundo Mota,

O Estado Liberal caracteriza-se pela difusão da idéia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como do império das leis, próprias dos movimentos constitucionais que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum*, de 1215. (grifos do autor) (Mota, 2011, p. 5).

Neste modelo, ao Judiciário incumbe unicamente a solução de conflitos entre privados e, por excelência, a proteção da propriedade. A proteção da autonomia individual constitui-se fator principal. A igualdade de todos perante a lei é consagrada de forma que todos se apresentam proprietários de determinados direitos individuais mínimos e, portanto, devem ser iguais frente a lei (Mota, 2011). Tal como explica Ovídio A. Batista da Silva,

Os pensadores liberais supunham que a derrocada do regime soviético teria produzido o “fim da História”. Ninguém mais poderia opor-se à liberal democracia, considerada a fórmula genial de organização política, capaz de garantir o exercício da mais ampla liberdade possível, permitindo a convivência harmônica de todas as crenças morais e religiosas. “naturalizando” a idéia de regime democrático representativo e livre mercado global, numa fórmula abstrata e universal, supunham-no capaz de ser praticado com igual perfeição em todo o mundo, independentemente da cultura e tradições de cada povo. O liberalismo seria a ‘última conquista’, insubstituível, do gênio político. (grifos do autor) (Baptista da Silva, 2004, p. 7).

O modelo liberal, no entanto, não perdurou com a constância e plenitude que se esperada dele. Outras proteções que não apenas a referida à propriedade começaram a ser exigidas do Estado, que se percebeu obrigado a transbordar sua amplitude de atuação de modo esquivar-se de alguns princípios liberais. O século XX provou de crises econômicas que exigiram a criação de mecanismos de proteção e salvaguarda dos menos favorecidos por parte do Estado. As idéias liberais permaneceram, no entanto, em meio à percepção de que em relação a determinadas crises o mercado por ele mesmo não conseguiria superar.

Nesse sentido, entendeu-se pela necessidade de repensar os valores do Estado liberal, sobre até que ponto a não intervenção na esfera privada e principalmente na economia poderia manter a sociedade próspera. O livre arbítrio do setor econômico estava dando sinais de que não encontraria soluções para imensas desigualdades. O Estado começou a fazer-se necessário para que, de forma democrática, fosse possível retirar a sociedade de situações de vulnerabilidade econômica e proporcionar um ambiente um pouco mais razoável de vida aos cidadãos.

2.2 O Estado Social de Direito

O Estado Liberal, tal como visto anteriormente, começou a ser questionado pelo radical privilégio do individualismo, pela não interferência do Estado e pelas desigualdades sociais advindas ou mantidas por este modelo. Estas questões somaram-se ao caos do término da Primeira Guerra Mundial.

A esse respeito, interessante analisar o que José Luiz Quadros de Magalhães refere sobre estas questões:

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos (Magalhães, 2000, p. 44).

A concepção de que o Estado não mais deveria interferir na vida dos cidadãos e na economia, apenas protegendo o direito de propriedade, nas primeiras décadas do século XX, dá lugar a novas idéias de um Estado compreendido, provedor de ações positivas. Ou seja, começa-se a construir a noção de um Estado que busca implementar a igualdade não apenas perante a lei (igualdade formal), mas em relação ao provimento de condições materiais também (igualdade material). Importante a esse processo foi a influência das idéias socialistas, comunistas e anarquistas, as quais empolgaram os movimentos coletivos por melhores condições de vida e de trabalho.

Dentre as alterações significativas desse momento, ressalta-se o aumento da relevância das constituições para os ordenamentos jurídicos. Antes, o domínio dos Códigos – e no Estado Liberal principalmente o Código Civil e Comercial – exaltava os direitos individuais civis e políticos como cerne da estrutura jurídica do Estado. A Constituição da República de Weimar, nesse sentido, revelou-se como paradigma constitucional de um Estado que se denominou de Estado Social de Direito. As Constituições como cartas de direitos fundamentais e sociais começam a ganhar importância.

O desenvolvimento desse modelo de Estado, portanto, não se deu de forma repentina, mas sim está ligado a movimentos operários por regulamentação de direitos. A alteração das relações de produção como a redução da jornada de trabalho, benefícios previdenciários e assistência social – como moradia, transporte, alimentação, saúde, entre outros – se constituiu argumento fundamental à construção de novos direitos. Esses direitos e benefícios deixam de ter caráter de caridade para tornarem-se direitos exigíveis, próprios da cidadania e vinculados à dignidade humana. Trata-se da incorporação da igualdade substancial aos princípios constitucionais como alicerce do Estado.

As constituições passam a incorporar direitos sociais tais como garantias de acesso à educação, à cultura, ao trabalho, à moradia, à saúde, entre outros. Revelam, portanto, outras

funções do Estado que não apenas a proteção da propriedade. Trata-se da concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência do cidadão. Nesses direitos compreende-se um conjunto de bens e serviços que o Estado tem a obrigação normativa de fornecer.

O Estado Social de Direito, também denominado como Estado de Bem Estar Social⁷⁷, assume a responsabilidade pela promoção de prestações positivas que envolvam direitos sociais. Regulamentação de direitos trabalhistas e previdenciários é o tradicional exemplo da intervenção do Estado na sociedade. Trata-se de um Estado disposto a exercer o papel de planejador e executor de atividades econômicas e sociais que busquem o desenvolvimento do bem comum. Evidenciam-se, neste modelo de Estado, os direitos denominados de segunda dimensão (Lenza, 2009). Mais do que buscar promover direitos de igualdade por meio de ações positivas, o Estado Social de Direito busca promover meios de proteger esses direitos.

Nesse Estado, nota-se o desenvolvimento de políticas públicas concentradas em beneficiar o cidadão economicamente e socialmente menos favorecido. Trata-se de programas sociais apoiados na abundante normatização de disposições programáticas nas constituições, o que torna o Estado responsável pela execução destas disposições. O cidadão se torna destinatário de projetos e programas elaborados e executados pelo Estado, transformando a cidadania em promessa estatal.

Segundo Sonia Draibe, são características deste Estado:

A tendência do Estado de modificar o livre funcionamento do mercado; o princípio da substituição do rendimento em caso de perda temporária ou definitiva da capacidade de obtê-lo, para a prevenção dos riscos próprios inerentes à economia de mercado (velhice, doenças, maternidade, desemprego); a garantia, mesmo para os excluídos do mercado de trabalho, de uma renda mínima a um nível considerado suficiente para a satisfação das necessidades sociais e culturais essenciais (Draibe, 1989, p. 18).

O Estado atua na efetivação das normas programáticas constitucionalmente previstas por meio do legislador constituinte, proporcionando meios para que o Executivo aja de forma legitimada. Quanto à atividade do Judiciário, a este cabe atuar na tentativa de resolução de possíveis falhas ou lacunas no sistema jurídico, além dos diversos conflitos entre cidadãos e entre cidadãos e o próprio Estado. Importante frisar que muitas vezes a tarefa do Judiciário se constitui meramente de direcionar a promoção do direito a uma melhor forma de adequá-lo às finalidades sociais pretendidas (Kelsen, 1992).

⁷⁷ Também denominado Welfare State.

Norberto Bobbio (1995), brilhantemente, ensina que no Estado Moderno⁸ o juiz torna-se um órgão do Estado, posição que não assumia no Estado Liberal no qual ocupava posição de livre órgão da sociedade. O juiz, portanto, assume um dos poderes estatais: o judiciário. A ele recai a resolução de debates provenientes de questões legislativas passíveis de gerarem controvérsias.

O Estado Social não representou uma ruptura radical com o Estado Liberal, mas representou uma mudança de paradigma em relação ao papel do Estado perante seus cidadãos. Almeida e Cianci (2011) consideram que o Estado Social representou uma correção de rumo do liberalismo, uma vez que possibilitou a garantia de direitos políticos e sociais, mantendo a forma de liberdade sustentada pelo individualismo anterior. A atuação do Poder Judiciário se manifesta como de extrema importância, pois entre outras funções deve atuar para garantir a realização das normas programáticas.

Conforme afirma Claus Offe (1972), o desenvolvimento do Estado Social de Direito é um fenômeno ocorrido com sociedades de capitalismo avançado, as quais criaram problemas sociais que na manutenção do próprio sistema não conseguiram resolver. O Estado de Bem Estar Social seria, portanto, uma forma de compensar os desajustes causados pela lógica liberal capitalista. Desse modo, a preponderância do social não significa alterações na estrutura da sociedade capitalista, apenas representa-se como um propósito compensatório. Este Estado não causa a destruição das formas anteriores de vida social (Offe, 1972).

Maria Goreth Dal Bosco se reporta à manutenção do individualismo como causa da crise do Estado Social. Segundo ela, “a deslegitimação histórica deste modelo, proporcionada pelo isolamento dos cidadãos e conseqüentemente ausência de participação e cooperação na formação de interesse geral, provoca uma crise de representação e de liberdade de expressão” (2008, p. 50).

O Estado social, nessa perspectiva, tem a intenção de promover meios para que todos possam desenvolver-se de forma moral, intelectual e econômica, proporcionando, assim, a cada um a escolha de seu plano de vida. Trata-se de condições de igualdade que de maneira individual o indivíduo unicamente por seus meios não conseguiria – ou muito dificilmente conseguiria – alcançar.

O Estado Social, portanto, institui-se quando o ordenamento constitucional estatal passa a considerar como direitos de todos a igualdade proporcionando meios legislativos de

⁸ Conforme Norberto Bobbio, no Estado Moderno o direito natural e o positivo não são mais considerados no mesmo nível, e isto diferencia este Estado dos demais anteriores. O direito positivo é tido como único e verdadeiro direito e, portanto, o único a ser aplicado nos tribunais (Bobbio, 1995).

efetivação desses direitos. Trata-se de buscá-los no programatismo das disposições normativas em busca de aplicabilidade da norma no seio social. Nesse processo, direitos sociais são necessariamente garantidos pelos Poderes do Estado que passa a fazê-lo majoritariamente por meio de políticas públicas.

A crescente importância destinada aos direitos sociais no Estado Social não se constitui resultado de escolhas, mas sim de necessidade imposta pela grande margem populacional sem condições de escolhas. Segundo Offe (1972), são as condições econômicas e sociais que determinam a emergência deste modelo de Estado e não opções feitas na esfera política. Segundo ele,

Padrões ideológicos não são apenas ausentes, mas eles seriam inaplicáveis mesmo se existissem, porque a margem para políticas alternativas “viáveis” é muito pequena para permitir escolhas baseadas em princípio. É exatamente esta situação que melhor descreve o desenvolvimento do Welfare State. Plataformas dos partidos e resultados eleitorais parecem não ter influência na percentagem do orçamento estatal que é gasto para fins de Welfare ou em novos programas de Welfare que são criados. Muito mais importantes como determinantes das políticas (“policies”) são variáveis econômicas tais como o crescimento da produtividade, a extensão da mobilidade social, o nível tecnológico das indústrias básicas, o tamanho e composição da força-de-trabalho, a estrutura de idade da população e outros indicadores macroeconômicos e macrosociológicos (Offe, 1972, p. 484).

Nessa lógica, o Estado Social é uma constante adaptação e tentativa de compensação das desigualdades instauradas pelos problemas sociais gerados pelo capitalismo liberal. Pode-se entender como um desenvolvimento daquele modelo liberal de produção capitalista, no qual o Estado assume atividades antes exercidas apenas por entes privados. Trata-se do processo de inserção nos textos constitucionais de normas que se referem às relações existentes entre as classes sociais.

A materialização dos direitos sociais dispostos constitucionalmente é o que importa ao Estado Social de Direito. No entanto, os custos deste Estado torna muitas vezes sua intenção inviável de ser efetivada. Decorre disso a ineficácia das disposições constitucionais sociais, ainda que legitimamente previstas. Em muitas situações os deveres impostos ao Executivo, no sentido de empregar recursos financeiros em determinados setores do Estado, acaba não sendo cumprido – por motivos de falta de recursos, de excesso de burocracia, de corrupção, entre outros. Em sendo um direito social fundamental, quando o Estado não elabora meios para sua materialização – não efetiva uma política pública eficiente, por exemplo -, o cidadão acaba

recorrendo ao Judiciário, o qual se vê obrigado a decidir entre o direito de uma pessoa e os recursos orçamentários do Estado. De forma bastante simplificada, este é o processo que origina o fenômeno da judicialização da política, como se estudará melhor adiante.

2.3 O Estado Constitucional

O constitucionalismo constitui-se de um movimento no qual as constituições passaram a obter maior relevância na carta de direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. A busca de proteção a direitos denominados como fundamentais conduziu à emergente importância dos textos constitucionais em relação aos demais livros legislativos, tais como os códigos. A Revolução Francesa representou como marco importante para a garantia das constituições como fonte de direitos que protegessem o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Inicialmente, portanto, a essência do constitucionalismo se dá na defesa de direitos individuais, de primeira dimensão.

O processo de formação dos Estados Nacionais (Estado de Direito) coincide com o aumento da relevância das constituições no ocidente (Accioli, 1981). Na essência desses processos está a positivação de direitos e garantias aos indivíduos, por meio da definição e imposição de regras (limitações) determinadas ao Estado. Segundo Mota,

O constitucionalismo moderno surge com o tema central da fundação e legitimação do poder político, assim como a constitucionalização das liberdades. A idéia, na era moderna, é impor limites ao Leviatã e garantir os direitos individuais (Mota, 2011, p. 6).

No entanto, inicialmente as constituições determinavam diretrizes para o legislador, normas relacionadas à divisão dos poderes e designação de competências. O Poder Legislativo estava designado a ser o poder instituidor de leis, representando superioridade sobre o Judiciário, que por sua vez estava limitado à aplicação da lei, sem competência questionadora de inconstitucionalidades.

O controle de constitucionalidade de atos legislativos somente se firmou como importante ferramenta para manutenção das garantias fundamentais no século XX. O Estado começa, então, a assumir funções relacionadas à efetivação das garantias constitucionais e em consequência disso ao desenvolvimento de políticas públicas. O Estado Constitucional,

portanto, é aquele em que a Constituição é a carta hegemônica de todo o ordenamento jurídico, e todos os poderes estatais e cidadãos estão submetidos à legalidade constitucional. Nessa legalidade, compreendem-se garantias aos direitos sociais e às liberdades individuais civis e políticas (Canotilho, 2006).

Nesse sentido, conforme afirma Dal Bosco:

(...) o Estado só pode ser concebido enquanto Estado Constitucional, ainda que esta qualificação, só mais recentemente, tenha sido aceita pelos estudiosos do Direito Público, sendo entendida como um Estado submetido ao direito, regido por leis e sem confusão de poderes, ou como afirma Canotilho, “um Estado com qualidades”, representadas pelo “Estado de Direito” e pelo “Estado democrático”. Assim, o Estado estaria estruturado enquanto Estado de Direito democrático, ou seja, dotado de uma ordem de domínio à sociedade e por ela legitimada (Dal-Bosco, 2008).

Dessa forma, sendo o Estado Constitucional um Estado instituído por bases da legalidade e de garantias programáticas a direitos sociais, a materialização desses direitos passa a depender de regulamentações no intuito de que se tornem práticas. Por exemplo, o direito social à saúde, garantido de forma genérica no texto constitucional, exige regulamentação sobre a forma com que será efetivado. Trata-se do estabelecimento de parâmetros estatais para o desenvolvimento de políticas públicas.

Importa, portanto, perceber de que forma essas políticas são concebidas, se constarão com formas democráticas de desenvolvimento ou serão impostas pelo Legislativo. Interessa a forma de participação efetiva que é proporcionada pelo Estado (implementador) aos receptores destas políticas, ou seja, aos afetados por estas políticas.

O fenômeno da judicialização da política também impõe reflexões sobre o quão democrática ou não – e que tipo de democracia – pode ser uma Constituição no que tange à regulamentação de políticas públicas. Restringir o processo de regulamentação das garantias constitucionais ao Poder Legislativo diz muito sobre as intenções de um Estado Constitucional. A judicialização da política ocorre quando o cidadão não obtém garantia do seu direito porque a forma com que o Estado o regulamentou - ou seja, pela política pública tal qual está elaborada, organizada e efetivada – não corresponde às necessidades da sociedade. O Judiciário nessas demandas de judicialização da saúde, portanto, exerce um papel de mediador entre Estado e cidadão, servindo também – ainda que indiretamente – como forma democrática de expressão popular. Uma vez que meios democráticos não são

previstos para possibilitar a elaboração de políticas públicas por meio da participação daqueles que serão afetados por ela, ocorre a distorção dos reais propósitos dessa política.

Nesse sentido, o Estado Constitucional representa um avanço nas garantias dos direitos e na vinculação de toda legislação infraconstitucional aos seus parâmetros. No entanto, os processos de regulamentação das abrangentes normas constitucionais podem expor um caráter não democrático de um Estado que se afirma como democrático.

2.4 O Estado Democrático de Direito

Partindo da concepção de Estado de Direito enquanto modelo em que a estrutura estatal está organizada em critérios vinculados à lei, de forma que há relação intrínseca entre o direito e a política, impõe-se a consideração de determinadas características: a lei é imposta a todos de forma igual, ao Estado é dado status de pessoa jurídica, a separação dos poderes é fator fundamental no qual se mantêm a independência e o controle mútuo de cada poder e a prevalência dos direitos fundamentais está nas razões constituintes do Estado. Trata-se do Estado em que o respeito à lei é a base da sociedade, estando a Constituição como norma maior de hierarquia, e todos essas fontes do direito estão pautados por parâmetros democráticos.

O Estado Democrático de Direito tem como valor fundamental a liberdade civil e se dispõe a respeitá-la por meio da garantia de legitimidade do sistema jurídico. Neste Estado a Constituição está baseada em elementos democráticos e está estruturada para preservar instâncias de decisão democrática como fundamento.

Nesse contexto, questões que se referem à coisa pública estão condicionadas à participação da sociedade, seja na forma representativa – quando os cidadãos elegem um representante para tomar decisões na esfera pública –, seja em outras formas, tal como a deliberativa, por exemplo.

A configuração deste modelo de Estado surge com o final da Segunda Guerra Mundial, momento em que pensadores do direito começam a buscar formas mais concretas de proporcionar garantia de fato aos direitos fundamentais. Além da iniciante construção das noções sobre direitos humanos, esse período também é marcado pela inclusão nos textos constitucionais de direitos de segunda dimensão. A disposição destes direitos com força

normativa constitucional impõe ao Estado a interferência na econômica de modo a possibilitar a eficácia de direitos fundamentais.

A democracia como norma fundamental traz o cidadão à participação do debate público sobre os problemas do Estado, ao mesmo em tempo que coloca este Estado como responsável pela execução de valores sociais. As normas constitucionais referentes aos direitos democráticos, políticos e sociais se constituem de natureza cogente, na qual há exigibilidade de cumprimento.

O Estado Democrático de Direito, portanto, se caracteriza por constitucionalmente proporcionar meios para o pluralismo, para a participação ampla de diversos grupos sociais. Contudo, existe a necessidade de se pensar sobre a efetividade prática dos meios de exercício democrático. Neste estudo, analisam-se meios participativos de democracia para concretização de um debate plural a cerca das políticas públicas relacionadas ao provimento da saúde pública, mais precisamente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.

A compreensão das disposições constitucionais relacionadas ao sistema de tripartição de poderes, portanto, podem sofrer alterações quando preceitos democráticos fundamentais ao Estado de Direito são incluídos nas constituições. Isso por que a constituição passa a coordenar aspectos de efetivação da democracia com a divisão de Poderes do Estado. O texto constitucional, portanto, incorpora instrumentos processuais de efetivação automática de seus preceitos. Passa a exigir do modelo clássico de tripartição do Estado que cada um dos Poderes exercite sua função com finalidade de atender aos princípios constitucionais democráticos tendentes ao interesse público. Ou seja, o cidadão se torna protagonista do poder político.

Nesta configuração de Estado, o Poder Judiciário assume a importante função de interpretar o direito – e não apenas aplicar o direito –, tendo sempre em vista a complexidade das concepções constitucionais. O estrito legalismo é contraposto à possibilidade da decisão jurídica estar baseada em princípios constitucionais que permitam margem de hermenêutica e que possam transbordar ao enquadramento objetivo do legalismo.

No entanto, uma concepção principiológica ampla abre margem para que os cidadãos exijam do Estado, por exemplo, a efetivação de direitos que não estão claramente especificados, mas apenas referidos. A efetivação do direito à saúde, constitucionalmente considerado como dever do Estado, pode compreender-se de diferentes formas, mais abrangentes ou menos abrangentes. Ao Judiciário recai em parte a delimitação dos limites à obrigação efetiva do Estado para com o cidadão. Aspectos relacionados a estas questões serão dimensionados neste estudo.

2.5 O Estado Democrático de Direito brasileiro

O Estado Democrático de Direito está, portanto, vinculado a uma Constituição e a uma idéia de justiça. Os limites estabelecidos ao exercício do poder político por parte daqueles que detêm funções estatais não é livre, mas sim está vinculado às funções para as quais o Estado se propôs a servir e aos objetivos que pretende alcançar. Ao Estado Liberal, cabe a vinculação de seus objetivos à garantia da livre circulação de bens, da não interferência estatal em relações que digam respeito a entes inteiramente privados, a não ser quando para exercer a proteção da propriedade. Atuando condizentemente com tais objetivos e conforme a legalidade das normas constitucionalmente e legalmente estabelecidas, o Estado Liberal tende a promover a justiça com a qual se comprometeu.

O Estado Democrático, nestes termos, assume a posição de perseguir meios democráticos de decisão para atingir o propósito da promoção da justiça. Estando este Estado vinculado à concepção do Estado de Direito, o exercício de qualquer função somente poderá ocorrer quando por meio de instrumentos previamente institucionalizados pela ordem jurídica e por aqueles que detêm competência para praticá-lo (Maders, 2010). A este Estado, complementarmente, cabe a importante função de cumprir com as determinações normatizadas nas constituições, denominadas de deveres do Estado. Esses pressupostos axiológicos previstos constitucionalmente referem-se ao ideal de justiça expresso pela representatividade da sociedade no Poder Constituinte e por meio de sua aplicação nos casos concretos que conduzem à efetivação da justiça por meios democráticos.

O Estado de Direito, portanto, deve ater-se na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, vez que constituem a base de sua fundamentação e legitimidade. Nesse aspecto, a garantia do acesso ao judiciário em caso de violação ou ameaça de violação a direitos, ou quando da não promoção – devido a falta de instrumentos de efetivação – de um direito fundamental, deve figurar como critério básico da organização do sistema jurídico. Ainda nesse âmbito, princípios como o do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes do processo, se constituem fundamentais para a caracterização do Estado Democrático de Direito, diferenciando-o de outros modelos de organização do Estado baseados na concentração de poder absoluto ou na hegemonia de um grupo social.

A forma democrática do Estado de Direito tem como objetivo primordial a igualdade formal, não apenas para limitar a ação estatal – no intuito de evitar abusos –, mas também para transformar a sociedade. Nesse modelo, a lei não apenas tem um caráter de sanção ou promoção, mas também assume forma de reestruturação das relações sociais.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito soma elementos caracterizadores ao modelo social no sentido de efetivar a igualdade substancial dos cidadãos. Segundo Maders (2010), o Estado Democrático de Direito é um adicional normativo em relação ao Estado Social, uma vez que impõe ao ordenamento jurídico e à ação estatal o conteúdo de transformação da realidade, baseado na constituição, no sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, na igualdade, na legalidade e na justiça social.

Nessa lógica, no Estado Democrático de Direito percebe-se um incremento no rol de direitos do cidadão, gerando conseqüentemente uma transformação no conteúdo das garantias. Com isso, a esfera de tensão social tende a deslocar-se do Executivo para o Judiciário, o qual acaba necessariamente tendo que interferir na atuação daquele a fim de garantir a efetividade dos direitos constitucionais e da própria democracia. Esse fenômeno, tal como referido nos aspectos introdutórios deste estudo, vem ocorrendo no Brasil no que se refere ao direito à saúde.

Ao tratamos do Estado Democrático de Direito no Brasil, primeiramente devemos analisá-lo a partir da promulgação da Constituição de 1988. Isso porque, ao menos no que se refere ao plano teórico, esta Carta constituiu-se em grande avanço por considerar a cidadania, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado. O fundamento do Estado representa seu conteúdo constitutivo, ou seja, as estruturas básicas do Estado e da sociedade. Essa característica basilar é o que diferencia um direito como fundamental por seu conteúdo, de uma mera positivação constitucional (Canotilho, 1999).

No artigo primeiro da Constituição brasileira, está explícita a nomeação do Estado Brasileiro como Democrático de Direito. A intenção desta especificação pretende deixar clara a noção de país governado e administrado por poderes dotados de legitimação, submissos à lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais. Trata-se da afirmação do princípio da legalidade como um dos objetivos da República.

A legitimidade dada às leis, portanto, advém dos representantes eleitos pela própria sociedade por meio do direito ao sufrágio. Essa relação, no entanto, encontra diversos problemas quando analisada a efetividade da representatividade dos eleitos. Isso porque não

há uma expressiva ação política participativa do povo brasileiro na transformação da sociedade – devido a falta de meios de participação.

Além do voto, em períodos eleitorais, não são oportunizados outros instrumentos participação em decisões importantes da sociedade – isso quando a participação não é obstaculizada⁹. Segundo Mota (Mota, 2011), devido a essa situação, o Estado Social de Direito não pode ser considerado um estado de Direito, uma vez que não assegura com efetividade a participação política na formação da vontade do Estado. Sendo os indivíduos mantidos alheios das ações políticas dado o paternalismo da estrutura social, política e jurídica do próprio Estado. Nesse contexto, direitos sociais considerados fundamentais são parcamente assegurados por políticas públicas ineficientes e serviços públicos sem qualidade. Segundo Mota (2011), portanto, ante essa realidade não há falar em Estado de Direito efetivo.

Cumprir salientar que questões como essas serão mais detalhadamente discutidas, com foco nas discussões sobre a política nacional de saúde pública no Brasil.

Importante, por ora, referir que a representatividade, no modelo de democracia participativa, se refere a dotar o povo de poderes de governabilidade e, para tanto, é de extrema importância que meios efetivos de efetivação da participação sejam propiciados (Dallari D. A., 2012).

No caso brasileiro, o artigo 14 da Constituição Republicana, incisos I a III, verifica-se a presença de mecanismos de participação popular nas decisões políticas tais como: por meio da democracia semi-direta, do sufrágio universal – como direito de escolha livre do cidadão -, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, ou por meio da democracia representativa – mandato político. Trata-se de mecanismos com a finalidade de fazer prevalecer à vontade popular.

Estes instrumentos não são os únicos. Ao Poder Legislativo, na sua função precípua de garantir de legalidade às normas componentes do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição delega a função de manter comissões permanentes ou temporárias, às quais cabe a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil, tal qual dispõe o artigo 58, § 2º, II. Este meio normativo possibilita a participação dos cidadãos interessados, uma vez que pretende sua realização para discussão das mais diversas temáticas de interesse da sociedade. No entanto, tanto conselhos como audiências públicas, como será visto adiante,

⁹ Neste aspecto, consideramos como outros meios de participação exemplos como audiências públicas, conselhos e conferências sobre temáticas importantes da sociedade. Em relação aos obstáculos, considerações sobre horário de início das audiências públicas, em meio ao horário cotidiano de trabalho em dias úteis, por exemplo, ocasionam a impossibilidade da imensa maioria dos cidadãos interessados de participarem dos debates.

não tem sido empregados de forma sistemática a ponto de efetivamente propiciar participação aberta e democrática. O paradigma democrático de Estado apenas se realiza com um modelo de participação no qual os participantes entendem-se de fato responsáveis pela construção da decisão – na qual os cidadãos participam discursivamente da elaboração das decisões, uma vez que se constituem como autores e destinatários da decisão final.

Na ótica desse paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, é legítima a decisão construída pelos partícipes envolvidos no procedimento, estando este espaço orientado pelos princípios democráticos. Nesse sentido, imperioso reportarmo-nos a Habermas (1997, pp. 145-146), o qual afirma que

O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mas precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (...) Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. (...) o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Trata-se de concepção de direito que o vincula necessariamente à filosofia moral e política. Que vincula a legitimidade à participação.

Nestes termos, cabe a reflexão sobre em que medida a realização material dos direitos e liberdades fundamentais significam a realização do Estado Democrático de Direito. Estes direitos inclusos na Constituição devem ser todos concretizados para que se possa considerar a efetivação plena do Estado Democrático de Direito? Se sim, como agir quando há princípios e direitos conflitantes entre si?

2.6 Judicialização da política no Estado Democrático Brasileiro

O processo chamado de judicialização da justiça pode ser compreendido como um fenômeno recente da democracia contemporânea. Constitui-se de um deslocamento de

funções precipuamente do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Segundo John Ferejohn (Ferejohn, 2003), trata-se de fenômeno de ocorrência quase global por ocasião da ineficácia do Estado Social de Direito em alocar recursos em determinados setores da sociedade que são responsáveis pela promoção de serviços que tornam efetivos direitos fundamentais. Também pode ser apontada como fator importante deste deslocamento, a desigual distribuição do poder de participação dos cidadãos na esfera pública (Araújo G. S., 2011).

Nessa lógica, o Poder Judiciário se coloca como um meio ao cidadão para ter acesso ao Estado no intuito de discutir sua ineficácia – vez que acaba acolhendo demandas ignoradas pelos demais poderes -, e de reorganizar a distribuição de recursos.

Muitos conflitos importantes sobre aspectos da distribuição de recursos não são colocados em debates pelos Poderes Legislativo ou Executivo e acabam se transformando em demandas por direitos fundamentais e sociais dirigidas ao Judiciário. O Poder Judiciário é, portanto, chamado a servir como meio democrático para distribuição de recursos. O cidadão se torna ator – participante - no processo de decisão por meio do protagonismo na demanda processual.

Importa pensar, no entanto, sobre em que medida esta “nova” função do Poder Judiciário coloca em cheque a própria concepção de Estado Democrático de Direito, o qual está baseado na organização constitucional estruturada sobre o princípio da tripartição de competências. Esses questionamentos exprimem o antigo debate sobre a limitação a ação estatal nas relações sociais, econômicas e políticas.

Neste debate, importa a referência a Jürgen Habermas, o qual entende o processo de judicialização como a instrumentalização do Direito pelo Executivo, de forma a hiper-regulamentar os espaços de livre produção social. De certa forma, o autor afirma que o Estado Democrático de Direito coloniza o mundo da vida (Araújo G. S., 2009). Isso quer dizer que as demandas de inclusão geradas pela crise do Estado Liberal ocasionam a inflação do sistema jurídico por meio da instrumentalização do Direito para que este interfira na esfera social.

O Estado de Direito sempre esteve baseado na certeza da lei, na segurança apoiada na existência de uma lei que é considerada pelos cidadãos que a reconhecem ou pelo Judiciário em caso de litígio. Segundo Mota (Mota, 2011), esse é o elemento primordial, ou seja, a segurança jurídica dos cidadãos sobre a atuação dos Poderes do Estado. Os princípios que tratam da limitação e do controle dos poderes como uma forma de impedir arbitrariedades estão expostos nas teorias da divisão de poderes ainda referidas por Montesquieu.

Nesse sentido, a busca pela materialidade dos direitos sociais pelas vias judiciais pode pôr em cheque a liberdade proporcionada pela segurança no Estado de Direito. Na concepção de Mota (Mota, 2011, p. 15),

Deste modo, em um conceito de Estado Democrático de Direito que tenha efetividade e não seja uma quimera simplesmente programática, a materialidade dos direitos prestacionais deve ser aquela necessária para a segurança dos desfrutes privados, alcançáveis pelos indivíduos de maneira autônoma.

Portanto, o Estado de Direito não pode ser delimitado somente como aquele que garante a liberdade de um ponto de vista formal, o império da lei nem por outro lado como um Estado igualitário, onde a liberdade de escolha de cada cidadão acerca do seu próprio projeto de vida não seja assegurada.

(...) para que exista um Estado Democrático de Direito é necessário que existam condições políticas para que todos, inclusive o Estado, estejam efetivamente submetidos ao direito, e o controle do poder político deste esteja assegurado. Isso envolve direitos políticos e liberdades e as condições materiais assecuratórias para o exercício de tais liberdades.

O autor defende que o Estado não pode vestir-se somente com idéias prestacionais, uma vez que isso fere inevitavelmente as liberdades individuais. Uma intervenção estatal com fins de promoção de igualdade material coloca em perigo a liberdade.

A fórmula do Estado Democrático de Direito deve ser uma forma de organizar o Estado para oportunizar a participação do cidadão na formação de seus anseios políticos. A judicialização de determinadas demandas políticas representa, na verdade, a falta de possibilidade dos cidadãos de acesso à participação em determinadas questões. Trata-se de fenômeno que busca o Poder Judiciário com objetivo de obter resultados políticos (Araújo, 2011).

Demandas pela materialidade de direitos sociais, dessa forma, podem representar ao mesmo tempo um abalo na segurança jurídica do Estado de Direito, sob determinado ponto de vista, e um fenômeno gerado pela carência de participação social nas decisões sobre alocação de bens materiais, fator que influencia diretamente na materialização de determinados direitos – como é o caso da saúde no Brasil, por outro. Trata-se de uma recomposição da função dos três poderes. Ao Executivo, quando inerte, a sociedade se manifesta por meio do judiciário em busca de materialização da igualdade como fundamento do Estado.

Proporcionar meios de materializar a igualdade é questão complexa e demanda do Estado muito mais do que assegurar direitos iguais. A própria questão da desigualdade de

renda não traduz por si a complexidade da questão que envolve inúmeras desigualdades individuais.

Quando a proposta parte de analisar a judicialização de questões políticas que envolvem direitos de igualdade, necessário perpassar pela compreensão da desigualdade não apenas de renda ou de oportunidades, mas de capacidades. Segundo Amartya Sen (2001), os indivíduos são diferentes em todos os sentidos, tanto fisicamente quanto psicologicamente. Além disso, alguns nascem com mais vantagens que outros e em termos de disponibilidades de bens materiais, de capacidades intelectuais, entre outros. Estas diferenças, para o autor, são fatores extremamente determinantes para a consideração sobre o que se entende por igualdade e sobre a forma com a qual os Estados devem agir em relação às suas políticas públicas.

Necessidades e capacidades diferentes geram anseios diferentes e o Estado falha ao tratar todas estas questões de forma igual no momento de pensar sobre a materialização da igualdade. Há inúmeras variáveis que afetam a igualdade humana e que, por isso, importam para a satisfação da liberdade. Considerando que o Estado não tem somente o propósito de organizar a sociedade em igualdade de direitos, garantir a liberdade e dominar monopolicamente a força física, mas também pretende promover condições de desenvolvimento para seus cidadãos, as diferenças devem ser levadas em conta no momento deste Estado elaborar suas políticas públicas com fins sociais. Segundo Sen (2001), não apenas as condições de renda devem ser levadas em conta, mas também as diferenças de capacidades e de funcionamento.

A judicialização de questões políticas, nesse sentido, expõe a necessidade de materialização de direitos programados constitucionalmente e que não são efetivados por nenhuma política pública ou nem sequer apresentam condições materiais de serem efetivados. O processo de judicialização da política reforça a afirmação de que a Constituição é um conjunto de dispositivos a serem observados por toda a sociedade, inclusive pelos poderes Executivo e Legislativo. Segundo Gisele Araújo,

[...]a possibilidade de fundamentar as decisões judiciais em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, na centralidade ética dos direitos fundamentais ou na equidade – desenvolvimentos típicos do constitucionalismo do pós-guerra -, provoca um alargamento da discricionariedade como “legisladores implícitos”, embora sempre provocados pelas ações movidas por outros setores da sociedade (Araújo, 2011, p. 31).

Segundo a autora, a afirmação do constitucionalismo como conjunto de dispositivos garantidores de direitos fundamentais a serem observados e respeitados por toda a sociedade constitui fator determinante para o destaque da função do Judiciário.

O Estado de Direito, portanto, efetiva-se como garantidor de direitos legítimos quando as necessidades básicas de seus cidadãos são plenamente atendidas. Considerar diferenças individuais de capacidades importa muitas vezes em atender necessidades básicas, uma vez que, diante da existência de determinadas condições a igualdade não se materializa e a noção de Estado, na qual membros parte de um todo social ajudam-se mutuamente – ainda que indiretamente na forma de pagamento de impostos –, não alcança a concretização.

Segundo Mota (Mota, 2011, p. 18), nesse sentido,

Existe um relativo consenso de que não há vida digna, nem autorrespeito, nem possibilidade de exercício de capacidades individuais e coletivas sem que determinadas condições básicas estejam satisfeitas. A discussão gira em torno de quais condições seriam essas. Trata-se apenas de comer, beber, dormir e se abrigar? Sem dúvida que não, pois essas satisfações apenas garantem ao homem condições para a sua sobrevivência biológica. Por isso, admiti-las como suficientes seria o mesmo que comparar os homens aos animais, que certamente também necessitam dessas mesmas coisas para se manterem vivos. As necessidades humanas, ao contrário, requerem atendimentos para além da dimensão biológica ou natural. Para os homens, as necessidades de comer, beber, dormir, abrigar-se, não constituem um fim em si mesmo. Envolvem entre outros aspectos, a produção de instrumentos em um processo que se dá permeado de interações sociais, divisão de tarefas, organização do espaço. Com isso se quer dizer que o atendimento às necessidades humanas engloba também aspectos psicológicos, culturais e sociais.

As necessidades básicas, dessa forma, influenciam na conceitualização dada aos direitos fundamentais de modo que são considerados também produtos históricos. Determinadas condições desenvolvidas por meio da tecnologia - determinados medicamentos, por exemplo -, podem ser incorporadas ao conceito de necessidade básica, uma vez consideradas fundamentais à manutenção da vida ou à própria qualidade de vida¹⁰.

Neste estudo, compreendem-se como necessidades básicas aquelas que precisam ser satisfeitas para que se possam evitar prejuízos à saúde física, mental e à cidadania. Ou seja, estão relacionadas as condições sociais do indivíduo, na forma com a qual determinada

¹⁰ Descobertas de novos medicamentos podem ilustrar claramente como a tecnologia e os avanços científicos podem influenciar na compreensão do que são necessidades básicas.

sociedade condiciona ou não seu desenvolvimento crítico. Segundo Potyara Pereira (Pereira P. A., 2000, p. 67),

Prejuízos são impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica. São, portanto, danos cujos efeitos nocivos independem da vontade de quem os padece e do lugar ou da cultura em que se verificam.

Nesse aspecto, quando considerada a autonomia como aspecto integrante das necessidades básicas, importante definir o conceito de autonomia para fins deste trabalho. Utiliza-se para tanto a brilhante conceitualização de Pereira, que coloca autonomia enquanto capacidade do indivíduo de pensar e articular formas de atingir seus objetivos e interesses. Nessa idéia, três atributos compõem a noção de autonomia: habilidade cognitiva, saúde mental e oportunidade de participação.

Em relação à habilidade cognitiva, a autora entende a compreensão que o indivíduo consegue obter do mundo em que vive, as regras, a cultura, entre outros. A saúde mental está relacionada com a condição racional, com a aptidão desenvolvida que gera a capacidade de discernimento. No que tange à capacidade de participação, a ação do Estado enquanto organizador social, definidor de regras, e provedor de meios de participação apresenta um referencial importante e, a rigor, definidor da disponibilidade ou não do “ser autônomo”.

A judicialização da política se apresenta quando o Estado não promove meios para o exercício da autonomia, ou quando os meios disponíveis não estão propriamente estruturados ou seriamente executados. A não funcionalidade de instrumentos de participação social ao interferir na autonomia individual gera a busca por formas de efetivação desse direito, ainda que seja pela forma judicial. Trata-se de possibilitar que valores e necessidades sejam levados à apreciação de um dos Poderes do Estado para que existam chances de efetivação e sejam de fato reconhecidos como direitos. O Estado Democrático de Direito deve prestar atenção aos questionamentos que estão sendo feitos ao Poder Judiciário.

Essas disputas devem ser reconhecidas como legítimas demandas dos cidadãos no seu espaço social, uma vez que outro espaço de discussão não está sendo provido. Ao que se pode compreender até o momento, a judicialização da política traz à discussão conflitos legítimos da sociedade.

Nesse processo, ambos os poderes, Executivo e Legislativo, sofrem abalos na sua conceitualização e atuação, mas este último é atingido na sua função principal, ou seja, na atividade de produção de normas. O Judiciário tem ocupado este espaço. O fator que chama a atenção nesse processo é que nas sociedades modernas o procedimento democrático está baseado na legitimidade das regras votadas e aprovadas pelos representantes do povo, ou seja, pelo Poder Legislativo. No entanto, o fenômeno da judicialização da política, faz com que regras também possam ser produzidas¹¹ por juízes e tribunais.

O que merece ser analisado por meio deste exame do Estado Democrático de Direito em relação à judicialização está no questionamento sobre se este Estado permanece legitimado nos parâmetros democráticos, uma vez que uma de suas estruturas basilares, ou seja, a divisão de Poderes, estão sofrendo alterações. O poder conferido ao Judiciário de interpretar e até mesmo reformar o Direito e as políticas públicas, poderia significar um abalo à democracia? Se considerarmos que esse fenômeno se trata de uma forma encontrada pelo cidadão de exercer suas pretensões sociais para as quais não encontrou no aparato estatal outro espaço de expressão, estaríamos questionando o Estado Democrático de Direito ou apenas a forma de organizar a democracia?

¹¹ O sentido da expressão produzidas referida nesta questão faz referencia ao processo interpretativo realizado pelos tomadores das decisões judiciais, os quais partem de normas e princípios contidos no texto constitucional para formularem os argumentos que darão base às decisões. Trata-se da possibilidade do sistema jurídico aceitar a formulação de decisões que não estejam atreladas apenas à mera aplicação da lei. A legitimidade da sentença extrapola a lei, pois para ter relevância social é preciso que signifique o reflexo dos valores daquela comunidade. As decisões judiciais devem estar baseadas na ponderação de princípios, os quais tem a função de melhor aproximar a sentença da realidade da sociedade. Para uma análise mais aprofundada desta questão, recomenda-se a leitura de Ronald Dworkin, Dworkin, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

3 O PODER PÚBLICO E O CONTROLE JUDICIAL

Ao tratar do tema da judicialização da política no contexto do Estado Democrático de Direito, importa considerar que a relação estabelecida nesse processo se dá entre os Poderes que compõe o Estado. A idéia de que é aceitável um controle pelo Judiciário de atos e normas realizadas ou propostas pelo Executivo e Legislativo constitui-se noção recente no sistema jurídico brasileiro. Segundo Pimenta Bueno (1857), a Constituição do Império, datada de 1824, não admitia qualquer controle judicial em relação à constitucionalidade de uma lei. Afirma ele que,

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já por que seria absurda a que lhe desse.

Primeiramente, é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurisconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.

Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela (Bueno, 1857, p. 78).

Essa concepção de organização dos Poderes do Estado pode fornecer instrumentos que auxiliam na compreensão o tema da judicialização da política. Importante, por obséquio, analisar que no período imperial o Imperador exercia o Poder Moderador¹², e que, por ser chefe supremo, a ele estava confiada a função de harmonizar a relação dos Poderes. Também

¹² Constituição de 1824

Artigo 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privatamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

por conta do Poder Moderador, o Judiciário não exercia qualquer controle sobre os demais, o Imperador o fazia.

A Constituição Republicana (1891) normatizou o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, mas apenas quando provocado, conforme já havia sido estabelecido pelo artigo 3º do Decreto nº 848 de 1890¹³, logo após a Proclamação da República.

A Constituição de 1934 manteve o controle difuso e exigiu o quórum de maioria absoluta para decisões sobre inconstitucionalidades, conforme artigo 179¹⁴. Nessa carta também houve a previsão de suspensão pelo Senado de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Judiciário, artigo 76¹⁵. Embora vedasse ao Judiciário interferir em questões “exclusivamente políticas”¹⁶, considera-se que este foi um importante marco normativo que possibilitou o controle pelo Judiciário dos atos do Legislativo por meio do controle direto de constitucionalidade. Segundo Gilmar Ferreira Mendes,

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no artigo 7º, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de formula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (artigo 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (artigo 12, § 2º). Assinale-se, por oportuno, que na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no artigo 12, §2º, a expressão “tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a

¹³ Decreto 848 de 1890

Artigo 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte

¹⁴ Constituição de 1934

Artigo 179 Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

¹⁵ Constituição de 1934

Art 76 - A Corte Suprema compete:

[...]

2) julgar:

[...]

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

[...]

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;

[...]

¹⁶ Constituição de 1934

Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

inconstitucionalidade”. Esse controle judicial configurava-se, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estatal. Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico. (grifos do autor) (Mendes, 1999, p. 238)

A Constituição brasileira de 1937, refletindo a conjuntura política ditatorial daquele momento, apresentou aspectos autoritários pela concentração de poder no Executivo. Embora mantido o modelo de controle difuso de constitucionalidade, quando declarada a inconstitucionalidade, o Presidente da República tinha prerrogativa de submeter a norma ao Parlamento novamente caso entendesse que ela condizia com o bem-estar do povo, com a promoção ou defesa de interesses nacionais - conforme artigo 96 daquela Carta¹⁷. Além disso, houve a manutenção da proibição do Judiciário de conhecer de questões “exclusivamente políticas”.

Nessa Constituição, o Mandado de Segurança perdeu status de preceito constitucional tornando-se mera legislação ordinária. Segundo Mendes (Mendes, 1999), o Código Civil de 1939 também excluiu da apreciação do Judiciário, por meio de mandado, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e interventores dos Estados¹⁸. Nesse período, portanto, não se pode falar em exercício processual de garantias fundamentais e nem mesmo em efetivação de políticas públicas por meio de intervenção judicial.

Em 1946, foi promulgada outra Constituição na qual restauram-se muitas temáticas da Constituição de 1934. O controle difuso foi mantido, com exigência de quórum de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia de declaração de inconstitucionalidade,

¹⁷ Constituição de 1937

Artigo 96 [...]

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

¹⁸ Interventores eram pessoas de confiança do Presidente Getúlio Vargas, as quais ele nomeava como governadores dos Estados em que não considerava o Executivo fiel à Federal. Essas nomeações ocorreram no período de 1930 a 1945.

artigo 200¹⁹. Ao Senado Federal cabia a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 64²⁰.

Conforme salienta Mendes, essa Constituição

Atribuiu ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada à duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantia do Poder Judiciário (artigo 8º, parágrafo único, c/c o artigo 7º, VII). A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 8º, parágrafo único). (Mendes, 1999, p. 243)

Essa constituição, no entanto, não constava o efeito *erga omnes* de decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal em vias de controle concentrado de constitucionalidade. Logo, conforme Mendes (1999), o objetivo não era de fato estabelecer um controle concentrado, consagrando-se o modelo de controle abstrato. A Emenda Constitucional nº 16/1965, instituiu o controle judicial abstrato ou concentrado de constitucionalidade, ou seja, ampliou a competência do STF. Antes disso, com o Ato institucional nº 2 de outubro de 1965, demonstra a intenção autoritária do movimento de 31 de março de 1964, o qual instituiu a ditadura militar no Brasil²¹. Houve a suspensão de garantias constitucionais e direitos políticos (artigo 14, 15 e 16 da Constituição) de 1946.

¹⁹ Constituição de 1946

Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

²⁰ Constituição de 1946

Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal

²¹ Ato Institucional nº 2/65

A Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e uni Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão.

No preâmbulo do Ato que iniciou a institucionalização, do movimento de 31 de março de 1964 foi dito que o que houve e continuará a haver, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, mas também na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. E frisou-se que:

a) ela se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação;

b) a revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma;

c) edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória, pois graças à ação das forças armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representa o povo e em seu nome exerce o Poder Constituinte de que o povo é o único titular.

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por

A Constituição de 1967 foi promulgada com poucas alterações no que tange ao controle judicial de constitucionalidade. O Procurador-Geral da República tinha o objetivo de assegurar os princípios considerados sensíveis: a) forma republicana representativa; b) temporariedade dos mandatos eletivos, limitada a duração destes à dos mandatos federais correspondentes; c) proibição de reeleição de Governadores e de Prefeitos para o período imediato; d) independência e harmonia dos Poderes; e) garantias ao Poder Judiciário; f) autonomia municipal; e g) prestação de contas da Administração e executar lei federal. Ao Presidente da República cabia suspender ato estadual artigo 11§ 2º.

Nesse sentido, segundo Mendes,

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda nº 16, que permitiu a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda nº 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face de Constituição estadual, para fins de intervenção no município (artigo 15, § 3º, *d*).

A emenda nº7 de 1977 introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (artigo 119, I, *e*). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao

isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País".

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.

Assim, o Presidente da República, na condição de Chefe do Governo revolucionário e comandante supremo das forças armadas, coesas na manutenção dos ideais revolucionários,

CONSIDERANDO que o País precisa de tranqüilidade para o trabalho em prol do seu desenvolvimento econômico e do bem-estar do povo, e que não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem;

CONSIDERANDO que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs, [...]

Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei. (Mendes, 1999, p. 254)

Ainda nesse contexto, a Emenda Constitucional nº 7/77, encerrou discussões em relação à utilização de liminar para representação de inconstitucionalidade, uma vez que reconheceu a competência do STF em pedido cautelar realizado pelo Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1988 restabeleceu a forma democrática representativa, por meio do voto, para escolha de representantes do Legislativo e Executivo. Manteve o controle misto de constitucionalidade, ampliou o leque de legitimados a ingressarem com ações diretas de constitucionalidade, artigo 103²², não mais conferindo ao Procurador-Geral da República a exclusividade. No §2º, artigo 103, foi introduzida a disposição de ação direta de constitucionalidade por omissão. Também de grande importância o mandado de injunção (artigo 102, I *q*) e, no §1º do artigo 102, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente de Constituição. Relevante mencionar a emenda Constitucional nº 3 de 1993, a qual introduziu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Segundo Mendes, a Constituição de 1988 “conferiu ênfase não mãos ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas o modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (grifos do autor) (Mendes, 1999, p. 256).

A manutenção rígida e impermeável das competências de cada Poder condena à impossibilidade a execução de direitos fundamentados constitucionalmente, regulamentados legislativamente e não efetivados executivamente por meio do judiciário. O entendimento, no entanto, da não possibilidade do Judiciário de emitir decisões sobre atos administrativos inadequados é argumento que desafia o princípio da separação de poderes.

²² Artigo 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Segundo Sergio da Cunha,

Aos governos que agridem diariamente a Constituição interessa um sistema concentrado, que na verdade representa a contenção do controle de constitucionalidade. Não é possível, sem dano à Constituição, evitar que as pessoas possam defender, no juízo do seu domicílio, direitos feridos por ato inconstitucional: o controle difuso de constitucionalidade decorre da natureza das coisas. (...) Ao êxito aparente e transitório dos autoritarismos sucederá, sempre, a reafirmação das liberdades (Cunha, 2008, p. 56)

Neste estudo pretende-se analisar, dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, forma processuais tornem possível a implementação dos direitos fundamentais dispostos constitucionalmente, em específico no que se refere à implementação do direito à saúde. Por meio do exame de instrumentos que possam tornar eficazes as políticas públicas relacionadas à saúde, busca-se uma forma de minimizar o problema da judicialização das políticas de saúde.

Para tanto, o breve histórico das disposições constitucionais brasileiras sobre o controle judicial dos provimentos legislativos, atos administrativos e políticos, acima apresentado, buscou apresentar a origem e o desenvolvimento deste modo de controle no ordenamento jurídico brasileiro. A partir desse esclarecimento, portanto, será possível a partir de agora analisar com mais precisão o controle judicial dos atos administrativos e políticos (3.1). Para completar essa análise importante examinar o princípio da divisão de poderes em relação às políticas públicas (3.2) e o princípio da subsidiariedade como forma de controle judicial sobre políticas públicas (3.3).

3.1 O controle judicial dos atos administrativos e políticos

A fiscalização dos atos administrativos e políticos, também consideradas as políticas públicas, pode e deve ser realizada por toda a sociedade. Quando da não implementação dessas políticas públicas ou quando implementadas incompativelmente aos preceitos constitucionais, esses atos podem e devem ser questionados por qualquer pessoa (natural ou jurídica) por meio do instrumento de exceção ou difuso. Não apenas o Supremo Tribunal Federal pode realizar controle de constitucionalidade, cada instância jurisdicional pode

exercer esse poder de forma incidental – cada juiz aprecia a constitucionalidade de ato normativo ou de lei federal ou estadual em relação a um caso concreto.

Segundo Gilmar Mendes,

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre a questão previa, indispensável ao julgamento do mérito, tem o condão apenas de afastar a incidência da norma viciada. (Mendes, 1999, p. 371)

Quando o cidadão se depara com atos inconstitucionais o controle difuso constitui meio para garantia de seu direito. Qualquer que sentir-se lesado tem o poder/dever de invocar o Judiciário para questionar ato normativo. Dessa forma, atos do Estado que estejam equivocadamente fundamentados na Constituição podem ser questionados em relação a suas medidas de execução - possivelmente inconstitucionais - ou até mesmo em relação à omissão em efetivar qualquer garantia constitucionalmente prevista.

Os magistrados também podem (e até mesmo devem) declarar *ex officio* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, decidindo sobre a invalidade do ato e determinando sua não-aplicação²³. Da mesma forma, o Ministério público pode suscitar a via judicial, tal como disposto no artigo 127 da Constituição Federal²⁴, por meio da ação civil pública.

Importante considerar que há uma controvérsia quanto ao efeito do controle de constitucionalidade exercido por meio da Ação Civil Pública de produzir apenas efeitos *inter partes* ou também *erga omnes*. Sobre esta questão, segundo Alexandre de Moraes,

²³ Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

[...]

Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

²⁴ Artigo 127. O Ministério Público é 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.

“o que se pretende vedar é a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a retirar do Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal. Essa vedação aplica-se quando os efeitos da decisão da ação civil pública forem *erga omnes*, independentemente de tratar-se de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por outro lado, não haverá qualquer vedação à declaração incidental de inconstitucionalidade (controle difuso) em sede de ação civil pública, quando, conforme salientado pelo próprio Pretório Excelso, ‘tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo’ ” (grifos do autor) (Moraes, 2005, p. 647).

No entanto, a respeito desse tema, Almeida traz uma decisão do próprio Supremo Tribunal Federal em que há admissibilidade do uso da ação civil pública em face de controle incidental de constitucionalidade:

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifica-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal” (Recl. 1.733-8-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU 1º dez. 2000, p. 103-4). No mesmo diapasão, a Suprema Corte, em sua composição plena, admitiu também o controle difuso da constitucionalidade via ação civil pública, ao julgar a Recl. 600-0/190-SP, rel. Min. Néri da Silveira. (Almeida, 2003, p. 605)

O questionamento é pertinente para uma análise sobre a função do Ministério Público no que tange à defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Se estas são as atribuições desse órgão, dentre suas funções também está a possibilidade de promover controle difuso e concreto de constitucionalidade. O controle judicial dos atos governamentais, portanto, encontraria sua via apropriada na própria ação civil pública – a não ser que de fato existe um objetivo de impedir a discussão por meio desse vetor de debate processual.

Nesse cenário, importante precedente julgado

A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Eis a ementa do julgado:

“EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 642536 / AP, 2011)

O Ministro relator ainda destaca o seguinte trecho do voto do condutor do julgamento:

“(…) A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’” (Vorbehalt des Möglichen).

(…) Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das perspectivas das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’ (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

(…) A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram

tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

(...) argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (macrojustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

(...) Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

(...) Assim, também como base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

(...) A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

(...) Conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a ordem liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências.

(...) Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 642536 / AP, 2011)

No entanto, a controvérsia permanece e não há uma compreensão pacífica dessa temática.

Em relação ao controle judicial concentrado, também denominado de abstrato, sua concepção originária está voltada a existência do Tribunal Constitucional com a função típica de jurisdição de temas constitucionais – o guardião da Constituição. Nesse “tribunal” estaria fundamentada a segurança jurídica de determinado sistema jurídico. A esse respeito, Alexandre de Moraes (2005) apresenta a argumentação de Hans Kelsen de que se todos os tribunais de um Estado forem competentes para controlar a constitucionalidade de uma lei, quando esta lei for considerada inconstitucional a rejeição de aplicá-la será somente ao caso concreto e não aos demais. Nesse contexto, esta lei permanecerá em vigor para todos os demais casos.

De outro modo, se o controle de constitucionalidade está reservado a um Tribunal apenas, com função precípua de apenas analisar casos desta monta, este Tribunal pode constituir-se de competência para anular a validade da lei reconhecidamente inconstitucional em relação a todo o sistema jurídico do qual faz parte. Ou seja, não há restrição ao caso concreto.

A concentração da análise de constitucionalidade em um único órgão promove a identificação do controle abstrato de normas como processo. Esse processo, no entanto, é desidentificado de partes, de contraditório e de ampla defesa, sendo assim considerado como de jurisdição voluntária. A esse respeito, interessante analisar o que afirma Gonçalves,

Em relação ao processo de apreciação de inconstitucionalidade da lei em tese, as divergências doutrinárias sobre sua natureza, como “processo” ou como processo de “jurisdição voluntária”, ou seja, simples procedimento, não poderão ser resolvidas sem o exame do direito positivo, que determina a estrutura do procedimento em que se dá o controle da constitucionalidade. As dúvidas, entretanto, não alcançam o Direito brasileiro, pois o contraditório ressalta do artigo 103 e parágrafos, da Constituição da República

de 05 de outubro de 1988, sendo que o §3º expressamente determina a prévia citação do Advogado-Geral da União, “que defenderá o ato ou o texto

impugnado”, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade em tese (abstrata) de norma legal ou ato normativo. É, portanto, um verdadeiro processo, e não um simples procedimento, ou um “processo de jurisdição voluntária” (Goncalves, 2001, p. 118).

Também trata com muita excelência deste assunto o Ministro Gilmar Mendes, afirmando que,

Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (conseqüência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*, independentemente da atuação do Senado), por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se faz a priori, e que se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente. Começou-se, assim, a precisar a característica marcadamente objetiva do processo de controle abstrato de normas. Mais que um processo judicial, o controle abstrato de normas é concebido como um mecanismo processual destinado, especificamente, à defesa da ordem constitucional (Mendes, 2004, p. 10).

A partir do exposto, importa a este estudo considerar que a implementação de qualquer política pública em caso de questionada a sua inconstitucionalidade, o controle realizado será o concentrado, ou seja, apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Dentre as competências deste órgão está a apreciação e julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo Federal e Estadual²⁵ aos quais recaia a suspeita de inconstitucionalidade.

Nesta mesma lógica, os Tribunais de Justiça dos estados detêm competência para análise de leis e atos normativos municipais e estaduais em relação à Constituição Estadual.

Por fim, a ação direta de inconstitucionalidade tem como finalidade a declaração de inconstitucionalidade, havendo ou não um caso concreto que tenha dado ensejo à questão. Já a

²⁵ Por ato normativo federal ou estadual compreendem-se aqueles que detêm conteúdo normativo, ou seja, que determinam um dever-ser contendo em seu conteúdo uma prescrição destinada a ser cumprida pelos destinatários, tal qual definido na ADIN nº 1.352-1/DF – Rel. Min Celso de Mello. Diário de Justiça, Seção I, 4 out. 1995, p. 32.736..

ação declaratória de constitucionalidade tem por função declarar de forma absoluta a dimensão constitucional de atos normativos que de alguma forma estejam sendo questionados judicialmente. Ambas ações são formas de controle concentrado de constitucionalidade de atos do Poder Público.

Além do controle constitucional dos atos normativos e da legislação infraconstitucional, o sistema brasileiro também prevê o sistema de freios e contrapesos²⁶, o qual se concentra na harmonização da atuação dos órgãos estatais. Nesse sistema, cada órgão pode exercer controle sobre atos dos demais órgãos no sentido de tentar evitar arbitrariedades no exercício das funções do Estado. Ligada a esta noção está a ideia de separação de poderes, uma vez que ao estabelecerem-se poderes separados e determinados, busca-se definir a função de cada um para que não haja interferências de competências.

No entanto, nessa lógica, somente poderiam ser controlados judicialmente atos administrativos vinculados (agir *secundum lege*), pois a respeito deles havia uma legislação que determinava seus limites e competências de controle. Os atos administrativos discricionários, dessa forma, estavam alheios a controle revisional, estando apenas a mercê da atitude do administrador. A evolução da separação de poderes se dá com a aproximação entre o direito administrativo e o constitucional de modo a fomentar nos atos da administração a vinculação aos princípios constitucionais e não apenas à lei.

O controle de juridicidade dos atos administrativos, dessa forma, advém desse processo evolutivo entre direito constitucional e administrativo. O direito de regras cede lugar ao direito embasado em princípios. Trata-se de uma mudança estrutural, a qual pode acarretar a perda da certeza absoluta das decisões judiciais para decisões baseadas em interpretações principiológicas. O conteúdo das decisões judiciais torna-se mais incerto, reflexo da compreensão do direito em conceitos indeterminados que passam a ser delimitados não somente por valores objetivos, mas também por princípios de ordem constitucional, tal como o princípio da proporcionalidade, razoabilidade, imparcialidade, impessoalidade, moralidade e da eficiência, entre outros.

Segundo Germana de Oliveira, a noção de legalidade deu lugar à noção de juridicidade, a qual exige a vinculação a regras e princípios. Segundo ela,

Como consequência das modificações conceituais da noção de Direito – do direito “por regras” ao “direito por princípios”, ocorre a substituição da idéia

²⁶ Esse sistema também conhecido como checks and balance já foi referido anteriormente neste estudo quando da análise do Estado de Direito.

nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da administração Pública.

Substituiu-se, no Direito administrativo, “o princípio da submissão da administração a uma normação pré-fixada” pelo “princípio da submissão da administração ao Direito”. Como afirma a Professora portuguesa Maria da Glória Ferreira Pinto dias Garcia, “o princípio da legalidade da administração é substituído por um princípio mais amplo, de juridicidade daquela acção”.

(...)

A moderna compreensão filosófica do Direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição, no direito administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da administração Pública (Moraes G. d., 2004, p. 30).

A leitura e a interpretação dos atos públicos com base nos fundamentos principiológicos da Constituição asseguram ao mesmo tempo a efetividade da carta constitucional e a adequação dos atos administrativos ao pacto social em que estão inseridos. Esse entendimento é recente na história constitucional brasileira, mas já gerou reflexos evolutivos. O status de imperatividade conquistada pelas normas constitucionais representa a grande mudança. Analisar atos normativos e leis por meio da ótica constitucional passou a ser exercício obrigatório daqueles que formulam e interpretam o direito. Dessa forma, pelo judiciário passam todos os atos públicos²⁷.

Uma vez constatando a possibilidade de controle por parte do judiciário, merece a análise sobre a limitação desse controle. Este controle deve limitar-se à legalidade do ato ou também abrange o mérito?

A doutrina brasileira não é unânime nesse entendimento, parte dela entende ser admissível apenas o controle em relação à forma, enquanto outros doutrinadores defendem, em determinados casos, a análise de mérito também. Ambas análises envolvem o princípio da separação dos poderes, de forma que embasam sua argumentação no limite de atuação de cada poder.

Um olhar rápido pode considerar que o Judiciário deve manter-se restrito à análise de legalidade ou ilegalidade do ato. Se, no entanto, analisarem-se os atos administrativos a partir

²⁷ Nesse sentido, pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, qualquer ato administrativo causador de lesão – ou potencial causador de lesão – está suscetível de controle judicial.

dos princípios constitucionais, o entendimento sobre a restrita análise do Judiciário pode ser relativizado, de forma a ampliar o controle sobre o ato administrativo para além da legalidade.

O artigo 5º, inciso LXXIII, e o artigo 37 da Constituição Federal dispõem sobre o exame dos atos administrativos a partir da perspectiva da legalidade e da moralidade. Esse entendimento representa uma concepção de Estado Democrático de Direito que pretende analisar o ato do administrador quanto a seu mérito e não apenas quanto à conformidade com a lei. Esse processo de constitucionalização da Administração Pública²⁸ representa novas funções ao controle judicial por meio de princípios tais como o da proporcionalidade, irretroatividade, segurança jurídica, imparcialidade e legalidade. Entre outros, são estes princípios que devem balizar o ato do administrador público, e não apenas a rigorosidade da lei.

Conforme sustentado por Maria Sylvia Di Pietro,

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (artigo 5º, inciso LXXIII e 37). (Pietro, 2013, p. 633)

Não apenas aspectos formais da decisão administrativa devem ser analisados na análise jurisdicional. A análise de mérito é própria do Estado Democrático de Direito e deve ser objeto de consideração.

Nesse aspecto, importante considerar as lições de Cretella Júnior (1997) quando diferencia atos administrativos de atos políticos²⁹. Como ato político ou de governo entende que é espécie do ato administrativo e, portanto, pode (e deve) ser objeto de análise pelo regime de legalidade e de mérito. O autor afirma que a questão se torna preocupante quando essa diferenciação é estabelecida para considerar ao ato de governo responsabilidade política ou moral, e afastar o controle judicial. Segundo ele, a discricionariedade do ato político pode ser maior do que a do ato administrativo, no entanto, ambas devem ser limitadas por barreiras.

O autor afirma ainda que não há ato exclusivamente político que não possa ser analisado pelo judiciário (Cretella, 1997). Quando se analisa a imunidade dos atos

²⁸ Para aprofundamento sobre o tema da Constitucionalização da Administração Pública, recomenda-se a verificação do artigo de José Joaquim Gomes Canotilho “Constituição e déficit procedimental”, na obra “Estudos sobre direitos fundamentais” (Canotilho, Constituição e déficit procedimental, 2004).

²⁹ A doutrina francesa esclarece a diferenciação em relação ao ato de governo: governar se refere a tomar decisões essenciais ao Estado e que muitas vezes podem ser extrajurídicas, estes últimos insuscetíveis de recurso jurídico (Cretella, 1997).

administrativos em relação à apreciação judicial, deve-se levar em conta que os atos exclusivamente políticos são imunes apenas no que encerram de político, uma vez que devem manter a harmonia com princípios como os da legalidade. A análise da legalidade dos atos importa à preservação dos direitos individuais seja na esfera executiva ou legislativa.

A importância desta discussão está em salientar a função da análise jurisdicional dos atos administrativos para além da formalidade e da legalidade. O efetivo Estado Democrático exige do controle jurisdicional uma análise profunda do mérito. Esta perspectiva permite que a sociedade civil participe do debate em relação à decisão tomada. É essa análise que permite a tranquilidade de estar o ato adequado com o sistema constitucional vigente e, portanto, em sintonia com a legitimação do Estado Democrático de Direito.

3.2 A divisão de Poderes e as Políticas Públicas

Conforme disposto na Constituição já em seus artigos iniciais (artigo 2º), são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Partindo, portanto da consideração da separação de poderes como um paradigma constitucional e democrático, importante tecer uma análise sobre a competência de cada um desses poderes, assim como quanto a sua interrelação, para a apreciação do tema a que se presta este estudo.

No Livro XI da obra “O Espírito da Leis”, Montesquieu afirma que,

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem o direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente de poder executivo do Estado.

(...)

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (Montesquieu, 2005, pp. 167-168)

A referência a Montesquieu quando o assunto é separação de poderes do Estado é necessária, uma vez que ele parte sua análise da perspectiva da liberdade do indivíduo. O autor invoca o despotismo como característica do governo em que há concentração das atividades fundamentais na competência de apenas um governante, um poder ou um grupo.

Partindo-se dessa concepção para a análise da problemática tratada neste estudo, importa o questionamento sobre de que forma o judiciário, no fenômeno da judicialização da saúde, estaria ou não sobrepondo-se as suas funções no Estado Democrático de Direito.

A discussão se refere aos limites de atuação do Poder Judiciário no que tange à implementação de políticas públicas – em específico quanto à prestação da assistência à saúde e ao fornecimento de medicamentos. Muitas das críticas levantadas se referem à subversão do princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário, em cada decisão proferida no sentido de obrigar o Estado ao fornecimento de tratamento de saúde, está agindo como se administrado fosse e, portanto, exercendo funções do Poder Executivo. Como argumento no sentido oposto, sustenta-se a inafastabilidade da apreciação do judiciário quando da lesão ou ameaça a direitos.

O artigo 2º da Constituição Federal, como já mencionado, prenuncia a garantia dos três poderes como base fundamental do Estado Democrático de Direito e adota a harmonia entre eles como princípio fundamental. Nessa lógica, cada Poder tem uma função precípua, ou seja, preponderante e essencialmente sua. No entanto, não se trata de funções exclusivas. Montesquieu, nesse aspecto, faz referência em sua obra, sobre a necessidade e fundamentalidade da cooperação entre os Poderes. A saber,

Se o poder executivo não tiver o direito de limitar as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico; pois, como ele poderá outorgar-se todo o poder que puder imaginar, anulará os outros poderes.

Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. (...)

Mas, se, num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas; e é esta a vantagem que possui este governo (...) (Montesquieu, 2005, pp. 173-174)

Nesse sentido, na Constituição Federal de 1988 a expressão “harmônicos entre si” constitui-se de grande relevância. Vale dizer que não há autonomia e independência absoluta de cada poder. Ao Poder Legislativo cabe a criação das normas jurídicas por meio do processo legislativo, o qual tem a participação do executivo, tanto no que se refere à sanção ou veto, quanto a determinadas possibilidades de exercer a iniciativa da lei. Ainda quanto ao Legislativo, conforme artigo 49, V, da Constituição Federal, esse poder tem a prerrogativa de “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder de regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”.

O Poder Executivo tem função precípua de executar leis, ou seja, produzir meios à efetivação por atos da Administração Pública. Ao sancionar uma lei, no entanto está exercendo poderes legislativos, assim como o faz com Medidas Provisórias emitidas pelo Presidente da República. O Poder Judiciário deve promover a administração da justiça, aplicando a lei aos conflitos gerados pelas relações sociais. Também apresenta função legislativa no que tange ao controle de constitucionalidade das leis.

A linha divisória entre o exercício de suas funções originárias e derivadas e o excesso do exercício destas funções, portanto, é tênue. Em relação à proteção da saúde e às ações envolvendo o fornecimento de medicamentos, claramente o Judiciário tem sido acusado de ativismo administrativo, de forma que estaria impondo ao Executivo responsabilidades e custos não previstos orçamentariamente e legislativamente.

O entendimento sobre a atuação do controle judicial na implementação de políticas públicas como uma sobreposição deste poder aos demais – em especial o Executivo -, é argumento recorrente nos debates das demandas processuais envolvendo pedidos de tratamento de saúde ao Estado.

No entanto, pode-se analisar a questão pela perspectiva democrática, típica do Estado Democrático de Direito, em que o cidadão ao entender possuir um determinado direito tem a prerrogativa de judicialmente construir sua argumentação fundamentada e impor ao juiz a apreciação. Ademais, em se tratando de direitos fundamentais, tal como o direito à saúde, seu caráter auto-aplicável indica que o cidadão não necessariamente precisa aguardar a regulamentação legislativa ou ativismo estatal executivo para ver seu direito efetivado. O canal judicial, tal como defendido por Montesquieu é vetor que garante a liberdade. Portanto, a sobreposição de poderes nesta esfera de direitos fundamentais no que tange à saúde, refere-se à falha do próprio Estado no provimento de meios para efetivação de direitos.

Nesse sentido, segundo Gisele Araújo

Idealmente, o Direito nas sociedades modernas secularizadas extrairia sua legitimidade do procedimento democrático da escolha dos “representantes do povo”, reunidos no Poder Legislativo. Com a judicialização da política, El passa a ser também produzido pelos juízes e tribunais. É a configuração clássica da democracia representativa, então, que estaria mais uma vez e mais fortemente ainda, sob risco de derruição. (Araújo, 2011, pp. 31-32)

Nesse cenário, questionamentos em relação à permanência dos moldes democráticos do sistema entram em cena. A predominância do Poder Judiciário significa uma ameaça à representação legislativa e à produção do Direito de forma legítima?

Na verdade, a preocupação deste estudo se revela no objetivo de demonstrar que antes de representar qualquer tipo de instabilidade à democracia, esse fenômeno significa uma nova forma de comunicação entre a sociedade e o Estado, uma forma de democracia que possibilita aos cidadãos um canal de exercício de sua comunicação.

A grande demanda de processos contra o Estado na busca de efetividade de um direito fundamental garantido constitucionalmente – ou seja, escolhido pelo povo brasileiro para ser um direito fundamental, tal como rezam as teorias de que o Poder Constituinte é a representação da sociedade na sua soberania – para o qual o Poder Executivo não proporcionou meios de efetivação. Esse fenômeno denominado de judicialização, portanto, representa para o cidadão uma forma de dialogar com o Estado e apresentar sua necessidade, baseada em direito fundamental, e a forma sobre como efetivá-la.

As decisões judiciais nessas demandas em relação à efetivação do direito à saúde, ao olhos do Estado representam uma inadequação de funções, uma sobreposição de Poderes e um questionamento democrático. Da perspectiva do cidadão, o processo – tal qual melhor será analisado no estudo das decisões proferidas pelo STF – é um meio de ser ouvido, de se fazer parte do Estado e, além disso, de se sentir parte de decisões tomadas pelo Estado. Nesse sentido, a judicialização pode não ser uma usurpação dos poderes e funções do Executivo e do Legislativo, mas sim uma resposta à insuficiência do Estado e da forma como tem estruturado seus meios de exercício democrático.

A Constituição de 1988, portanto, ao admitir o controle do Judiciário em relação aos atos administrativos, por meio da análise de mérito e do controle de constitucionalidade, tal como já analisado, traz a concepção de que no Judiciário é possível efetivar princípios até mesmo indeterminados contidos nos dispositivos constitucionais.

Ademais, há que ser salientado que no ambiente jurídico brasileiro não há nenhum dispositivo que impeça ao Judiciário de analisar as políticas administrativas. Diferentemente das Constituições de 1934 e 1937, as quais continham expressamente “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”³⁰.

Somando-se a isso, o sistema processual brasileiro prevê a atuação inovadora do magistrado para além de meramente aplicar a lei. Há na dialética processual a possibilidade de complementação do ordenamento jurídico de modo que permita ao juiz buscar a melhor solução ao conflito. A compreensão de Estado Democrático de Direito induz a essa autonomia decisória no sentido de que o Judiciário possa efetivar princípios constitucionais com força normativa plena. Essa é uma das funções democráticas do processo, uma vez que a legitimidade desse Poder passa pela participação do cidadão no processo, pois são nas oportunidades proporcionadas pelos prazos processuais que o cidadão tem a possibilidade de expor como está ou não sendo afetados pelas normas do Estado (Baptista da Silva, 2004).

Ao negar a função dialética e democrática do processo, a qual aproxima a direito do cidadão, o processo é reduzido à mecanização como se todos os casos que demandam ao Judiciário seguissem determinados padrões em que pudessem ser encaixados para que a decisão já pronta fosse conferida como forma de promoção de igualdade. Sobre essa questão, importante a lição de Ovídio Baptista,

O pressuposto liberal d que todos os homens são iguais é expressão desta mesma ideologia, que deu origem ao “princípio da isonomia”, ou da igualdade, elevado a direito fundamental em nossas Constituições. Entretanto, nada mais diferente, enquanto realidades vivas, d que os homens entre si. A igualdade é uma abstração que nos obriga a despir o homem concreto da riqueza de seu ser individual, porém a formação dos “sistemas” jurídicos assentam-se nessa abstração, na fuga do individual, como o seu pressuposto metodológico. Supõe que cada caso concreto seja a expressão individual de uma série de casos idênticos.

Em obra anterior dissemos o seguinte, transcrevendo uma observação de Habermas: “Conceitualismo, próprio das ciências matemáticas, a qual Leibniz procurava aproximar o direito (Ensaio acerca do entendimento humano, Cap. III, nº 18), forma-se através de uma epistemologia que não tolera o individual porque o indivíduo, em toda a sua riqueza existencial, é a negação do geral, portanto, da regra e do conceito”. (grifos do autor) (Baptista da Silva, 2004, p. 303)³¹

³⁰ Redação conforme artigo 68 da Constituição de 1934, mantida no artigo 94 da Constituição de 1947.

³¹ Obra de Jurgen Habermas referida na citação de Ovídio Baptista: Ensaio acerca do entendimento humano, Cap. III, nº 18, Jurisdição e execução, p.131

Ainda, segundo Ovídio Batista (2004), determinadas circunstâncias são indispensáveis para a construção de meios democráticos de participação em um Estado, a primeira delas é quando o indivíduo começa a compreender-se como cidadão. A compreensão dessa mudança de papéis na sociedade tem relação intrínseca com o direito, tanto no que tange à previsibilidade de meios democráticos de participação e de direitos relacionados à democracia, quanto na própria efetividade do processo judicial que envolverá uma demanda provocada pelo cidadão. Afirma o autor que

A compatibilidade entre a democracia e individualismo é problema crucial que deve ser tratado quando se pretende um direito processual que supere o dogmatismo, porquanto, como sugerimos nas considerações precedentes, o dogmatismo é expressão de um regime autoritário. É, em última análise, a expressão jurisdicional do “pensamento único” neoliberal. Acesso hermenêutico às realidades jurídicas contingentes, fica, conseqüentemente, vedado ao pensamento dogmático. (grifos do autor) (Batista da Silva, 2004, pp. 306-307)

Nesse sentido, o Poder Judiciário, por meio do processo, tem sido o canal no qual o cidadão percebeu uma forma de participar democraticamente de decisões que de fato afetem a sua vida. Ao compreender-se detentor de determinados direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, ao verificar que esses direitos não são efetivados pelos órgãos do Executivo e que não há por parte do Legislativo qualquer debate acerca da execução desses direitos, o cidadão considerou o Judiciário como terreno fértil ao exercício do ato de debater sobre uma questão que o afeta diariamente.

O Poder Judiciário, por sua vez, ao se deparar com inúmeras demandas relacionando cidadãos e falta de meios para efetividade de direitos fundamentais – carência de políticas públicas (atos administrativos) ou até mesmo políticas públicas mal organizadas ou mal executadas (sem orçamento adequado) -, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, viu-se obrigado a possibilitar processualmente o debate e a decidir sobre temas que, em princípio, estariam sob a égide decisória do Executivo.

A legitimidade do Judiciário, portanto, está no caráter participativo que detém o processo e não exatamente na vontade da maioria (e de sua representação vivenciada pelo Legislativo). Essa legitimidade resulta da possibilidade do afetado pela norma poder tomar decisões sobre ela e estabelecer um diálogo com o Estado.

Em relação aos aspectos técnicos da legislação, quando se trata de políticas públicas não há discricionariedade da Administração Pública na omissão em produzir meios que

tornem possível o gozo de direitos fundamentais. A atuação do Judiciário neste caso está vinculada ao princípio da inafastabilidade do controle, tal como dispõe o artigo 5º, XXXV³² da Constituição Federal.

Essa questão, no entanto, suscita muitas discussões jurídicas e políticas em âmbito nacional. A característica processual democrática da lei brasileira legitima o Judiciário a trabalhar como um vetor de diálogo entre a sociedade e o Estado no controle de políticas públicas. Dentre as discussões estabelecidas nessa polêmica especialmente o princípio da separação dos poderes é tema relevante, pois já conta com marco consolidado no Supremo Tribunal Federal com a ADPF nº 45-0/DF. Merece a leitura de determinadas partes:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional (...).

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 se fundam e também impede, por ausência medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (...). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, neste domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Acórdão 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 2004)

³² Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

Dessa forma, cada um dos três poderes teorizados por Montesquieu não se apresentam de forma estática e com poderes milimetricamente definidos e estabelecidos. O modelo defendido pelo autor modifica-se, transforma-se. Montesquieu elaborou sua teoria no sentido de buscar meios de preservação da liberdade, portanto, brevemente percebeu que a rigidez pode encobrir a tendência do abuso de poder por aquele que o controla³³. A harmonia entre os Poderes se revela exatamente na relação de auto-fiscalização permanente entre os Poderes na medida de sua soberania.

Nesse sentido, a atuação do Judiciário em relação às políticas públicas representa uma afirmação da teoria de Montesquieu, pois a liberdade política somente se estabelece nos governos moderados. Essa liberdade apenas se verifica quando não há abuso de nenhum norte, o que se revela uma eterna busca e, portanto, uma eterna vigilância mútua.

Segundo Diniz,

A separação de Poderes fundou um marco de liberdade para quem vivia, praticamente, sem proteção institucional, escravo do arbítrio do Rei absoluto. Mas o regime que se alicerça naquele princípio dificilmente alcança o nível mínimo de respeito ao direito imprescritível da sociedade de autogovernar-se, de influir continuamente na ação governamental. A independência e irresponsabilidade política do Executivo presidencialista asseguram-lhe força e estabilidade suficientes para ignorar as variações dos anseios pó um prazo acima do tolerável. (Diniz, 1984, p. 103)

O princípio da tripartição de poderes tem o propósito de resguardar a liberdade e para esse fim não se cogita a separação rígida entre poderes.

Analisada esta questão em relação à invasão do Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes – em especial o Executivo – no que se refere às políticas públicas no Estado Democrático de Direito, outra argumentação merece atenção: ao recorrente argumento da administração estatal na defesa desta intervenção, o princípio da reserva do possível. Para bem compreendê-lo, entende-se imprescindível o estudo do princípio da subsidiariedade para que seja possível uma ampla compreensão em relação ao sistema processual do Estado.

3.3 O Princípio da subsidiariedade

³³ O Poder Executivo unipessoal, gerente de decisões, comandante de Forças Armadas, autônomo na escolha de estratégias e soluções políticas.

O termo subsidiariedade é compreendido como aquilo que é secundário, complementar ou supletivo. Trata-se de noção integrada ao estudo do direito por volta do século XX e que trata sobre a forma com que se articulam as interações das pessoas, dos grupos e das autoridades na sociedade. A doutrina da moderna concepção de subsidiariedade tem origem na Igreja Católica que a definiu como princípio da filosofia social. Na Encíclica *Quadragesimo anno*, escrita pelo Papa Pio XI, está disposto que o fim da sociedade é o trabalho em conjunto de todos os membros e que a autoridade pública deve agir de modo complementar nos casos em que naturalmente a sociedade não lograr atingir esse fim.

Segundo Cavalcanti,

O princípio da subsidiariedade protege as pessoas dos abusos das instâncias sociais superiores e solicita que estas últimas ajudem os indivíduos e os corpos intermédios a desempenharem as próprias funções. Neste entendimento, este princípio impõe-se porque cada pessoa, família e corpo intermédio tem algo de original para oferecer à comunidade. Mais ainda, este princípio fundamenta-se no valor da pessoa, não do 'gênero pessoa' entendido unidade e totalidade, reconhecida em sua autonomia, ou seja, como *capaz* de ser 'livre' e, portanto, irreduzível a qualquer absorção do poder estatal. Capaz de ser protagonista, de ser solidária e de construir o desenvolvimento (Cavalcanti, 2008, p. 217)

A noção de subsidiariedade inclui a valorização da consciência do cidadão, como sendo um fim em si mesmo, argumento que sustenta a igualdade. Nessa compreensão o fundamento do Estado deve estar na busca do desenvolvimento do cidadão – autonomia - e as políticas públicas devem estar estruturadas nesse sentido.

Esse princípio se constitui de quatro premissas: 1) a sociedade como organização social de diversas coletividades que se desenvolveram e criaram o Estado; 2) o reconhecimento de que há cidadãos e coletividades menores que devem ter determinadas vantagens em relação às maiores para que não percam a autonomia; 3) o reconhecimento de respeito à autonomia das coletividades menores; 4) a imperatividade de que uma intervenção da unidade maior na unidade menor apenas se justifica em razão do bem comum.

Nesse sentido, entende-se a intervenção como forma de suprir carências de coletividades e de cidadãos que não disponham de capacidade de buscar sozinhas seu pleno

desenvolvimento e autonomia. Este princípio busca uma forma de conciliar a liberdade e o bem comum, o interesse geral e o individual de forma a colocá-los em serviço um do outro.

Segundo Maciel, o fundamento da subsidiariedade está na possibilidade de que as decisões tomadas numa sociedade devam partir de coletividades menores para alcançarem a legitimidade que as sustenta. Apenas devem ser transferidas para instâncias maiores de hierarquia social quando não houver efetivação das decisões nas menores (Maciel, 2004). Conforme este princípio o Estado apenas pode atuar na sociedade quando a iniciativa privada for insuficiente.

Esse princípio se faz presente em todo o sistema jurídico brasileiro, embora não expresso em nenhum dispositivo constitucional. No entanto, a forma federativa da noção brasileira subentende a permeabilidade desse princípio em todo o ordenamento. Segundo Maciel, artigos constitucionais como 23, 197, 198, III, 205, 206, VI, 225, 227, §1º, condizem com essa ideia. De outro lado, tendo na Constituição de 1988 intenções de garantir a democracia, os ímpetus de subsidiariedade são fontes fundamentais.

As normas que regem o direito administrativo no Brasil e a Constituição Federal impuseram à administração pública os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para fins de motivação de qualquer ato tomado. Nessa lógica, apenas é ação legítima do Estado aquela que se realiza com base em tais princípios. Dessa forma, o ato administrativo, legislativo ou judiciário ou está de acordo com estas garantias constitucionais ou esta passível de ser questionado. O princípio da subsidiariedade está vinculado a ideia de democracia no que se refere ao devido processo legal.

Nesse sentido, Maciel afirma que

Acresça-se que a subsidiariedade há que ser credora da mesma positividade emprestada aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, notadamente após a interpretação construtiva levada a termo pelo Supremo Tribunal federal, que muito embora admitindo faltar-lhes a característica de norma geral de direito escrito, atribuiu-lhes apanágio principiológico, tamanha as suas afinidades com outros princípios, dentre os quais a igualdade. É bem de ver que a própria clausula do devido processo legal, hoje objeto de expressa previsão constitucional e matriz da doutrina da proporcionalidade e razoabilidade dos atos normativos, não deixou de freqüentar o índice da jurisprudência pátria mesmo quando se ressentia de positividade.

Por essa razão, e considerando que a aplicação da subsidiariedade reforça a proteção dos direitos das liberdades fundamentais da pessoa humana, uma vez que reclama a descentralização das estruturas de poder, é válido dizer

que ela transita altaneira pelos corredores constitucionais da Carta Republicana de 1988. (Maciel, 2004, pp. 47-48)

De acordo com o autor, portanto, não há possibilidade do controle constitucional se não acompanhado da aplicação do princípio da subsidiariedade. A democracia exige esse exercício, uma vez que não apenas o cumprimento das regras e determinações formais constitui fator de legitimidade, mas também a vinculação do mérito da criação consistente do ato decisório para que se possa confirmar o cumprimento dos requisitos constitucionais que garantem à sociedade decisões de Estado legítimas e o respeito aos direitos estabelecidos.

O controle jurídico de atos políticos do Estado inclui limitação na discussão em relação ao ato. Essa fiscalização exercida pelo Judiciário por meio do princípio da subsidiariedade e do devido processo legal permite que o ato seja considerado legítimo. Este princípio é uma limitação ao poder político, necessária à garantia da democracia e das liberdades, e o controle de constitucionalidade constitui uma das formas de sua implementação.

Recorre-se novamente às considerações de Maciel,

No plano jurídico, o paradigma do Estado Liberal falhou ao imaginar que os direitos valeriam pelo simples modo como quedavam escritos. Nesse mesmo quadrante de investigação, o paradigma do Estado Social, conquanto tenha construído para o reconhecimento de que não existem direitos que não possam ser garantidos, incorreu no mesmo erro de supor que a prosaica previsão de garantias seria suficiente para impedir que a cidadela dos direitos fosse violada. Quer num caso, quer noutro, o problema não era de anunciação, mas de efetivação. Não é se fazendo inserir dispositivos num determinado diploma normativo, seja constitucional ou infraconstitucional, que a aplicabilidade deles estará assegurada. Fosse assim, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que em seus pródornos traz uma carta de direitos das mais vanguardistas do constitucionalismo mundial, seria campeoníssima em termos de efetividade. A prática desditosamente, vem demonstrando o contrário, pois nos destacamos como poucos no descumprimento de seus mandamentos. É mais do que chegada a hora, assim, de perceber que o problema não é de texto, mas de sua implementação. Entre o texto e a realidade está o interprete, cuja atividade de mediação não pode se circunscrever apenas aos operadores do Direito, mas a cada cidadão, de *per se* e gregariamente. (Maciel, 2004, p. 105)

Nesse sentido, pode-se debater sobre duas concepções da ciência do direito em que levam a reflexões sobre a função do direito. Uma diz respeito à função meramente técnica de controle da sociedade, de forma que as normas jurídicas adquiram contornos informativos e

sem conteúdo político qualquer, sem posicionamento político sobre os fins da sociedade, mas considerando o direito como um conjunto lógico e metricamente estruturado. De outra ponta, tem-se uma concepção da função do direito como instrumento de direcionamento social, como forma de mudança da sociedade por meio de questionamentos e debates que permitam a legitimação jurídica das mudanças. Nesta última, considera-se as desigualdades sociais e o equilíbrio socioeconômico como temas a serem enfrentados pelo direito. A terceira linha, que pensa uma estrutura funcional intermediária e que congregue tanto a função disciplinadora do direito quanto a preocupação com a transformação da sociedade com fins de equilíbrio social, parece a que inclui melhores intenções.

A solução intermediária em relação ao controle judicial entre o concentrado e o difuso, compreendendo-se a aplicação da subsidiariedade, impõe-se imperiosa para a finalidade de manutenção das liberdades e promoção da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito (Penna, 2011). Nesse sentido, o princípio da subsidiariedade no controle do exercício dos direitos fundamentais necessita do princípio do devido processo legal por ser norma de processo previsto constitucionalmente e, portanto, com a finalidade de garantia da segurança jurídica. Nessa relação, a fundamentação da decisão é fator essencial.

A respeito disso, Maciel pertinentemente cita Marcelo Gallupo da seguinte maneira:

Desse posicionamento não discrepa Marcelo Gallupo, *verbis*:
“segundo as teorias da argumentação jurídica, sobretudo aquela de Habermas e Günther, a chamada Teoria Discursiva do Direito, o sentido da norma só pode ser fixado em um discurso de aplicação em que os envolvidos por ela, através de uma discussão de seus limites, ou seja, das pretensões de validade concretamente envolvidas no caso concreto, percebam-se não apenas como destinatários, mas também como autores que podem concordar racionalmente com a aplicação da sanção, inclusive contra si mesmos. Isto indica que, segundo as teorias pragmáticas, apenas os envolvidos podem indicar corretamente o sentido de uma determinada norma em um caso concreto, dizendo ao fim se ela é ou não adequada àquela situação. É interessante que a teoria do processo como procedimento de Elio Fazzalari indica na mesma direção. Quando este processualista define o processo como o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdades de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo portanto o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão autores da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não

se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as conseqüências da decisão) na revelação do conteúdo do sentido da Constituição.” (Maciel, 2004, pp. 179-180)

A decisão judicial, legislativa e administrativa, tomada em parâmetros democráticos do Estado Democrático de Direito impõe o reflexo do devido processo legal tal qual previsto constitucionalmente. Essa estrutura processual não permite vontades individuais ou de grupos determinados por conter rígida equação com todas as garantias democráticas que vinculam a atividade estatal.

O processo é necessário à força do espaço democrático, pois garante que os destinatários da norma possam atuar por meio de instrumentos determinados na constitucionalidade processual, a fim de que possam se fazer autores das normas. Dessa forma, e apenas dessa forma, as decisões não se constituem em imposição de alguém, mas sim fruto da articulação de estruturas democráticas de tomada de decisão.

As decisões judiciais, portanto, devem produzir-se como resultados de um processo crítico e racional de argumentos debatidos que tenham relação direta com o caso concreto que as originou. Nesse caminho o processo deve ser entendido como o espaço no qual esse diálogo deve ocorrer, com a observância de determinadas regras e fundamentos indispensáveis ao procedimento democrático. O entendimento, técnica que figura como objetivo das partes debatedoras dentro do processo, deve prezar pelo melhor argumento, aquele que alcança o consenso por ter sido elaborado de forma conjunta e por meio do exercício do discurso racional como fonte legitimadora do debate. Quando a decisão resulta do entendimento, não há vencedor e nem mesmo vencido, há uma relação construída de forma que todos ganham determinadas benesses e abrem mão de determinados desejos na mesma proporção.

A aplicação do princípio da subsidiariedade, nesse contexto, por meio da aplicação do devido processo legal, assume característica de genuíno instrumento constitucional de controle judicial sobre políticas públicas (Penna, 2011). Dessa forma, possibilita-se a elaboração de decisões com relevante grau de segurança e legitimidade.

4 A SAÚDE COMO POLÍTICA PÚBLICA

A Constituição de 1988 consagrou como fundamentais uma série de direitos sociais, entre eles o direito fundamental à saúde, reafirmando a tendência constitucionalista do século XX. Antes das disposições constitucionais de 1988, a positivação do direito à saúde estava restrita a leis infraconstitucionais esparsas e a tratamento constitucional indireto, tal como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, artigo 179, XXXI), garantia da inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, artigo 113, *caput*) ou normas de proteção à saúde do trabalhador. Em legislação ordinária, antes de 1988, havia o Sistema Nacional de Saúde (Lei 6.229/1975) e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

As disposições constitucionais que tratam da proteção à saúde provieram em grande parte das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, o qual resultou dos debates nas várias edições da Conferência Nacional de Saúde (em especial VIII Conferência Nacional de Saúde³⁴). Nesse embalo, as previsões constitucionais refletiram a padronização da Organização Mundial de Saúde (OMS) no que tange à conceitualização da saúde como estado completo de bem-estar físico, mental e social.

Dentre as discussões travadas nas Conferências do Movimento, a grande reflexão estava em debater a universalidade do acesso à saúde, ou seja, a ampliação do acesso a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Antes desse importante debate, o acesso estava restrito a trabalhadores com vínculos formais de trabalho e seus beneficiários. A regionalização dos serviços também foi objeto de garantia constitucional após longos debates sobre como operacionalizar a descentralização na forma de um sistema único para toda a nação.

Neste cenário, a proteção do direito à saúde exigiu muitos debates e conferências até que alguns parâmetros fossem definidos. De forma preliminar, ao pensar em efetivação do direito à saúde importa considerar que não se trata apenas do fornecimento de aparato médico, hospitalar e farmacêutico. Está, no entanto, também relacionada à garantia da qualidade mínima de vida a qual envolve realização de políticas públicas mais amplas como a superação

³⁴ Nesta temática, recomenda-se a leitura da obra “A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo”, elaborada pelo Ministério da Saúde, autoria de Vicente de Paula Faleiros, Luiz Carlos Fadel de Vasconcellos, Jacinta de Fátima Senna da Silva e Rosa Maria Godoy Silveira, Brasília, 2006. (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006).

das desigualdades sociais e o desenvolvimento da personalidade (Sarlet & Figueiredo, 2009). Ou seja, o local em que as pessoas nascem, vivem e trabalham, reflete inteiramente na qualidade da saúde que possuem. Trata-se de fatores determinantes à saúde.

Extrai-se dessas considerações que o direito à saúde está relacionado com todos os demais direitos fundamentais, uma vez que seu pleno exercício é pressuposto básico para o exercício dos demais direitos. Nesse aspecto, conforme Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008), o direito à saúde constitui-se de dupla fundamentalidade formal e material. Segundo eles,

A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade -, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 30).

Em relação à fundamentalidade formal, afirmam que

decorre do direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (clausulas pétreas) da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o §1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da clausula constante no §2º do mesmo artigo 5º da CF (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 30).

Nesse sentido, a saúde é direito de todos e dever do Estado, tal como artigo 196 da CF. Sendo um direito-dever, o Estado deve instrumentalizar formas de promover esse direito. Uma dessas formas está concretizada pelas políticas públicas regulamentadas na forma do SUS, em específico no que tange ao acesso ao sistema e ao incentivo à adesão dos programas

de saúde pública. Trata-se de dever fundamental - o dever de promoção da saúde por meio de instrumentos proporcionados, organizados e financiados pelo Estado – de natureza política. A concretização do SUS, se refere a deveres de elaboração e implementação de políticas públicas relacionadas à efetivação do direito à saúde e ao direcionamento dos recursos orçamentários de acordo com os padrões constitucionalmente estabelecidos para a área da saúde³⁵.

No intuito de discorrer sobre o tema da saúde pública, primeiramente, interessa especificar o conteúdo do direito à saúde (4.1), conforme é tratado pela doutrina e jurisprudência, e sua relação com os argumentos mais utilizados nas ações de pedido de medicamentos ao Estado, qual sejam: o princípio da reserva do possível (4.1.1) e os princípios da igualdade e da universalidade do atendimento da saúde (4.1.2). Na sequência, o conceito de Política Pública (4.2) é examinado como embasamento para o exame do SUS enquanto política pública de saúde (4.3). Fazendo referência ao fenômeno da juridificação das políticas públicas, nesse sentido, importante verificar a legitimidade do judiciário no controle da implementação da política pública de saúde (4.4), ou seja, de interferir na forma de execução do SUS. Por fim, os procedimentos judiciais para implementação de Políticas Públicas (4.5 e 4.5.1) merecem destaque devido para que se possa ter noção sobre a eficácia processual desse controle.

4.1 O conteúdo do direito fundamental à saúde

Conforme muito discutido no Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas e na Organização Mundial da Saúde, o direito à saúde deve ser pensado em sentido amplo, na capacidade de todos de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental. Estas discussões têm buscado desenvolver programas e projetos que possam transformar o direito normatizado em políticas estatais responsáveis e efetivas. O conteúdo do direito à saúde, nesse sentido, de acordo com o Relatório Especial sobre direito à saúde das Nações Unidas, é formado por dez elementos:

³⁵ Da mesma forma como é dever do Estado promover a fiscalização dos planos de saúde, do mercado de assistência privada de medicamentos, campanhas informativas relacionadas a determinadas doenças, entre outros.

- (a) Identificação das leis, normas e padrões sobre direitos humanos nacional e internacionalmente;
- (b) Reconhecimento de que o direito à saúde está sujeito a limitações materiais e a uma implementação progressiva, o que requer a identificação dos indicadores e parâmetros capazes de medir os avanços alcançados (ou a falta deles) ao longo do tempo;
- (c) Apesar deste último aspecto, reconhecimento de que algumas obrigações decorrentes do direito à saúde não estão sujeitas a restrições orçamentárias, nem tampouco à implementação progressiva; ao contrário, impõem deveres exigíveis de imediato, como, por exemplo, a obrigação de evitar a discriminação de fato ou a discriminação perante a lei;
- (d) Reconhecimento de que o direito à saúde engloba tanto liberdades ou direitos de natureza negativa (tais como, o direito a não ser submetido a tratamentos não consentidos e a não participar de exames clínicos não acordados), quanto direitos de caráter positivo (como, por exemplo, o direito a um sistema de tratamento e proteção da saúde). Na maioria das vezes, as liberdades não possuem implicações orçamentárias, ao passo que os direitos de caráter positivo sim;
- (e) Todos os serviços, bens e aparelhos em saúde devem estar disponíveis, serem acessíveis, culturalmente aceitáveis e de boa qualidade;
- (f) Os Estados possuem o dever de respeitar, proteger e cumprir com as suas obrigações decorrentes do direito a desfrutar do mais elevado nível possível de saúde;
- (g) Em razão de sua extrema importância, a estrutura analítica demanda uma atenção especial quanto à não discriminação, igualdade e vulnerabilidade de certos grupos;
- (h) O direito à saúde exige que sejam criados mecanismos de participação ativa e bem instruída de indivíduos e comunidades no processo de decisão que diz respeito a sua saúde;
- (i) Países em desenvolvimento possuem a responsabilidade de buscar assistência e cooperação internacionais, ao passo que os Estados desenvolvidos carregam a responsabilidade de auxiliar os países em desenvolvimento na implementação do direito à saúde; e
- (j) O direito à saúde exige que se estabeleça mecanismos efetivos, transparentes e acessíveis de monitoramento e responsabilização nos âmbitos nacional e internacional. (Hunt & Khosla, 2008, pp. 101-120)

Dessa definição interessam em maior grau aquelas referentes aos itens (b), (c), (f) e (h). O item (b) expõe uma condição material de efetivação do direito à saúde principalmente em países em desenvolvimento. Trata-se necessidade de coordenar as exigências sociais com a capacidade do Estado de adquirir meios para proporcionar a proteção à saúde a seus cidadãos. No entanto, este elemento não pode servir de escusa para má administração pública e corrupção.

O item (c) interessa porque coloca em cheque a administração do orçamento público e as obrigações derivadas da Carta Maior do Estado. Segundo os autores, não é argumento válido a justificativa de não provimento de materiais necessários à atenção da saúde por falta de recursos. As necessidades relacionadas à saúde estão intrinsecamente conectadas ao direito à vida e, portanto, as obrigações estatais são exigíveis imediatamente. Já o item (f) relaciona-se com este último, uma vez que reafirma a obrigação do Estado de respeitar, proteger e cumprir com a prestação à saúde no nível mais elevado possível.

Por sua vez, o item (h) expõe a importância de canais de comunicação entre o cidadão e o Estado. Refere-se a mecanismos de participação ativa e bem instruída dos cidadãos que formam a comunidade nos processos decisórios sobre as políticas que irão afetar suas vidas, ou seja, das quais são alvo. Esse elemento democrático de participação está intimamente ligado à satisfação do cidadão no Estado Democrático de Direito, uma vez que quando participante das normas que lhe são exigíveis e sobre as quais pode exigir, a norma se torna legítima.

A Constituição Federal de 1988 concedeu aos direitos fundamentais um status tão relevante que os disciplinou antes mesmo das normas sobre a organização do Estado. Dentre estes direitos está por excelência o direito à saúde. Segundo Daniel Sarmento,

A própria estrutura interna da Constituição, que, diversamente do que ocorria na ordem constitucional pretérita, pôs os direitos fundamentais na parte inicial do texto magno, antes das normas sobre a organização do Estado, revela bem a importância sem precedentes conferida a tais direitos, que passam a desfrutar de indisputável primazia axiológica no novo regime. (Sarmento, 2008, p. 109)

Nesse contexto, Dimoulis & Martins analisam a definição de direitos fundamentais nos seguintes termos:

Direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, apresentando caráter normativo supremo (primazia) no ordenamento jurídico estatal. Sua finalidade é limitar o exercício do poder do Estado em face da liberdade de seus titulares. (Dimoulis & Martins, 2009, p. 73)

A positivação dos direitos fundamentais de forma extensa como disposto no artigo 5º da Constituição é, portanto, inovação do legislador constitucional, o que torna inquestionável a estreita relação entre os direitos e garantias fundamentais e o processo de redemocratização.

Essa ideia é confirmada pela relevância dedicada ao valor da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988 -, estrutural para um Estado que busca formas democráticas de governo. Nessa estrutura, a Constituição Federal de 1988 concebe o direito à saúde como direito humano fundamental³⁶. Nesse sentido, tal como afirma Robert Alexy “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito” (Alexy, 2011, p. 51).

Dessa forma, cada direito fundamental se resume em um direito público subjetivo, um direito individual que vincula o Estado tornando-o obrigatório. O objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde pode ser efetivado de diversas formas, tais como: no dever de proteção à vida, na proteção da integridade física, do meio ambiente, da saúde pública, da promoção vigilância sanitária; no dever de promoção da saúde realizada por meio de normas de regulamentação do SUS e de participação da sociedade no processo de tomada de decisões sobre ações da saúde.

Partindo-se deste quadro de análise, o propósito desta etapa do estudo consiste em analisar e delimitar o conteúdo desse direito e o que pode ser exigido do Estado.

Nesse sentido,

[...] o termo “direitos humanos fundamentais”, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais (com base em alguns critérios, como já frisado), revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres

³⁶ Muitos doutrinadores fazem distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que “[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (Sarlet, 2008, p. 29). José Canotilho, por sua vez, afirma que “Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las [o autor refere-se às expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais”] da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (Canotilho, 1999, p. 393). No entanto, há autores que divergem desta ideia, tal como Célia Zisman quando afirma que “A distinção entre as locuções direitos do homem e direitos fundamentais não deve prevalecer, posto que, se a última se refere aos direitos positivados e então garantidos, pressupõe a possibilidade de direitos do homem não garantidos em vista da não previsão constitucional – seriam direitos do homem, mas não fundamentais. Todos os direitos fundamentais, por serem essenciais à vida digna, devem ser preservados, constituindo objeto de preocupação não só do Estado e da sua ordem constitucional, mas de toda a humanidade” (grifos da autora) (Zisman, 2005, p. 257).

humanos, destacando-se, nesse sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais [...]. (Sarlet, 2004, p. 39)

O texto constitucional de 1988, no artigo 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”, não fornece explicação detalhada sobre o que estaria incluído na proteção como dever do Estado³⁷. Essa constatação, no entanto, conforme Sarlet e Figueiredo (2009), não pode servir de justificativa para um afastamento da possibilidade de discussão judicial e até mesmo de intervenção judicial por ação (errônea/equivocada) ou omissão do Estado. De fato, o constituinte optou pelo entendimento abrangente da norma, espelhando-se na compreensão abrangente da Organização Mundial da Saúde que, de forma não restritiva, compreende que prestações positivas são exigíveis do Estado no que tange ao direito à saúde (e ao acesso a medicamentos).

O artigo constitucional acima referido indica o termo “recuperação” fazendo referência à saúde curativa, ao acesso à cura por meios proporcionados pelo Estado. Não sendo a cura possível por falta de meios disponíveis pela medicina, a melhora da qualidade de vida deve ser enfatizada, como por exemplo, por meio de tratamentos contínuos. Os termos “redução de risco de doença” e “proteção” referem-se às noções de saúde preventiva, aos meios que possibilitam ações e políticas de saúde com objetivo de evitar doenças. O termo “promoção” está relacionado à qualidade de vida, a qual somente existe com a efetivação da saúde no mais alto grau possível.

Nesse sentido, conforme Sarlet e Figueiredo:

Deve-se assinalar que o direito fundamental à saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente

³⁷ Importante referir que o texto constitucional de 1988 expõe diversas expressões para designar direitos fundamentais. Para doutrinadores como Manuel Gonçalves Ferreira Filho (Filho M. G., 1996) e Gilmar Mendes (Mendes G., 1997) estas expressões estão indistintamente expostas no texto constitucional, muito pela falta de técnica do legislador constituinte. Não haveria, portanto, nestas expressões, tendência de indicar diferenças de conceitualização. Por exemplo, enquanto o “Título II” traz a expressão “direitos e garantias fundamentais”, o artigo 4º, inciso II, traz a expressão “direitos humano” e o artigo 34, VII, “b”, traz a expressão “direitos da pessoa humana”.

considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental (v.g. organização do serviço de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc; bem como a regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde) (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 33).

Como prestação de meios materiais à promoção da saúde em sentido estrito, há exemplos como o fornecimento de medicamentos, tratamentos, exames, internações, etc. Nesse aspecto, busca-se neste estudo uma aproximação das questões que envolvem a judicialização crescente de pedidos para a prestação deste modo estrito de atenção à saúde.

A jurisprudência e a doutrina brasileira já afirmaram a exigibilidade judicial de questões ligadas ao mínimo existencial³⁸, conceito de necessidade que ultrapassa a simples sobrevivência física e inclui a qualidade de vida com a garantia de condições materiais mínimas.

Quando se fala em necessidades sociais básicas se faz referência à justificação das políticas públicas baseadas em direitos sociais. Essa classificação de direitos, diferentemente dos direitos civis e políticos, tem natureza coletiva e apresenta vinculação imediata ao conceito de necessidade. Por sua vez, a compreensão da necessidade humana é inerente aos princípios da igualdade, equidade e justiça social. Nesse sentido, ao considerar a existência de políticas públicas está implícito em sua fundamentação a noção de necessidades humanas básicas.

Este termo já foi tema de muitas discussões, sendo que já houve autores que hierarquizaram as necessidades sob critérios biológicos e psicológicos. A dimensão biológica,

³⁸ O artigo primeiro da Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/98, se refere aos mínimos sociais. Segundo Potyara Pereira, nesse termo há uma dupla identificação: a de provisão de bens, serviços e direitos; e a s necessidades a serem providas. Nas palavras da autora, “se na primeira identificação essa lei fala de mínimos ao se referir à provisão, na segunda ela refere-se ao básico ao preconizar o atendimento de necessidades básicas.

(...)

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo não. O básico expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. Por conseguinte, a nosso ver, o básico que na LOAS [Lei Orgânica da Assistência Social] qualifica as necessidades a serem satisfeitas (necessidades básicas) constitui o pré-requisito ou as condições prévias suficientes para o exercício da cidadania em acepção mais larga. Assim, enquanto o mínimo pressupõe supressão ou cortes de atendimentos, tal como propõe a ideologia liberal, o básico requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos podem ser prestados e otimizados. Em outros termos, enquanto o mínimo nega o “ótimo” de atendimento, o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidade em direção ao ótimo”. (Pereira P. A., 2011, pp. 26-27)

expressa pelo termo *necessidades naturais*, exige o mínimo de satisfação. São necessidades puras e simples, representam o limite da não existência, precisamente as mesmas dos animais.

Segundo Potyara Pereira,

Estas nada diferenciam das necessidades animais e, portanto, não exigiam para o seu atendimento nada mais do que um mínimo de satisfação, como prega a ideologia liberal. O curioso é que tais necessidades sempre estiveram garantidas nas sociedades primitivas, pré-capitalistas; mas, no capitalismo – fase avançada do desenvolvimento científico e tecnológico – elas nunca foram resolvidas. É como diz Heller: “[ironicamente], o capitalismo constitui a primeira sociedade que, mediante a força e estrutura social, condena classes inteiras da população a lutar quotidianamente pela satisfação das necessidades existenciais puras e simples, desde a época da acumulação primitiva até hoje” (1998: 171). Daí por que, para Heller, que se referencia em Marx, as necessidades naturais não constituem um conjunto de necessidades, mas um conceito limite, um “nível bestial”, indigno do homem. (Pereira P. A., 2011, p. 58)

O conceito até mesmo de necessidades naturais é extrapolado, pois o homem precisa de instrumentos e condições que além de um caráter humano – no sentido de ser vivo – são de caráter social. O aspecto social, portanto, permeia inclusive as necessidades naturais, uma vez que o contexto social influencia até mesmo atividades biológicas como alimentar-se. Ou seja, as formas de satisfação alimentar também se relacionam com o aspecto social.

Nesse aspecto, importa verificar a obra de Karl Marx quando o autor remete às necessidades existenciais como primárias, como relacionadas ao instinto de conservação do ser humano (Marx, 1977). Ele critica a limitação do ser humano a padrões meramente biológicos ou econômico-materiais, uma vez que há necessidades propriamente humanas que estão na consciência da liberdade e do bem-estar. A inquietude humana não se dá apenas devido à necessidade de sobrevivência, mas também por trabalho, por sociabilidade, por universalidade, autoconsciência e liberdade (Pereira P. A., 2011).

A originalidade de Marx foi ter separado a concepção de necessidade de um aspecto puramente econômico, e transplantá-la para outros aspectos das relações humanas. Considerar a necessidade do ser humano com padrões meramente materiais relacionados à economia é reduzi-la. Marx associa o conceito de necessidade a uma ideia para além da econômica, a qual inclui o bem-estar humano acima dos interesses do capital.

As modernas teorias³⁹ que se referem às necessidades básicas do ser humano apontam que há um consenso moral de que o desenvolvimento de uma vida humana digna somente pode ocorrer se determinadas necessidades fundamentais (comuns a todos) forem atendidas. Segundo Pereira,

A chave da distinção entre necessidades básicas e as demais categorias mencionadas repousa num dado fundamental que confere às necessidades básicas (e somente a elas) uma implicação particular: a ocorrência de sérios prejuízos à vida material dos homens e à atuação destes como sujeitos (informados e críticos), caso essas necessidades não sejam adequadamente satisfeitas. (Pereira P. A., 2011, p. 67)

Nessa compreensão, a noção de “sérios prejuízos” indica impactos negativos cruciais que colocam em risco ou podem impedir a possibilidade dos seres humanos viverem fisicamente e socialmente em condições de poder participar ativamente das relações sociais. Trata-se de conceito que difere absolutamente dos efeitos variados e relativos ocasionados por uma não satisfação de preferências, aspirações ou desejos.

Complementa a autora:

Disso se conclui que as necessidades básicas são objetivas, porque a sua especificação teórica e empírica independe de preferências individuais. E são universais, porque a concepção de sérios prejuízos, decorrentes da sua não-satisfação adequada, é a mesma para todo indivíduo, em qualquer cultura. (Pereira P. A., 2011, p. 68)

Nesse sentido, há apenas dois conjuntos de necessidades básicas, partindo-se de uma perspectiva objetiva e universal, que devem mostrar-se concomitantemente presentes para que todos os seres humanos possam participar plenamente da vida social e construir seus objetivos de vida: a saúde física e a autonomia⁴⁰. Trata-se de necessidades que constituem-se pré-condições básicas para que qualquer fim humano seja alcançável (Doyal & Gough, 1991). Ao Estado, em vista disso, cabe verificar se os cidadãos estão apropriados plenamente destes dois conjuntos e, em caso de não estarem, quais medidas devem ser tomadas ao desenvolvimento de políticas sociais. Nessa ideia, afirma Pereira:

³⁹ Para maiores verificações, recomendam-se as seguintes obras: Doyal & Gough, “A theory of human need” (1991); Adrian Little, “Post-industrial socialism” (Little, 1998).

⁴⁰ Para Doyal & Gough, a satisfação das necessidades básicas é fundamental para que seja possível haver participação com objetivo de libertação humana de qualquer forma de opressão, incluindo a pobreza. Neste sentido, afirmam: “a menos que os indivíduos sejam capazes de participar em alguma forma de vida sem limitações arbitrárias e graves ao que se propõem alcançar, seu potencial de êxito público e privado não se desenvolverá, sejam quais forem os pormenores de suas escolhas reais” (Doyal & Gough, 1991, p. 50)

Vê-se, pois, que a definição de “sérios prejuízos” denota, ao mesmo tempo, duplo dano: um, físico, ou privação fundamental, que impedirá as pessoas de usufruírem condições de vida favoráveis à sua participação social; e outro cognitivo ou racional, que, integrado ao dano anterior, impedirá as pessoas de possuírem autonomia básica para agir, de modo informado e discernido. Esta é uma equação que não pode ser desmembrada. Para que as necessidades básicas sejam satisfeitas, tanto a saúde física quanto a autonomia têm que ser atendidas. (Pereira P. A., 2011, p. 69)

Cabe, nesse contexto, uma breve análise do que se entende por autonomia. Considera-se autonomia a capacidade do ser humano de escolher seus próprios objetivos de vida e suas crenças, e a partir disso colocar em prática sua energia para alcançar seu projeto de vida sem opressões. Essa noção apenas pode ser pensada dentro de um ambiente democrático, no qual não haja opressão da liberdade do indivíduo (liberdade de escolha e de ação) e nem mesmo coação econômica a um ambiente de miséria e desamparo.

Nesse sentido, as necessidades humanas básicas, embora comuns a todos, não induzem uma uniformidade rígida na sua satisfação. Existe uma variedade de bens e serviços de maior ou menor extensão que buscam atender às referidas necessidades. Esses bens e serviços são chamados por Doyal & Gough de *satisfiers*, de satisfatores – e também são identificados como necessidades intermediárias.

Os satisfatores são muito utilizados para fins de elaboração de índices indicadores sociais e foram agrupados em onze categorias: 1) alimentação nutritiva e água potável; 2) habitação adequada; 3) ambiente de trabalho desprovido de riscos; 4) ambiente físico saudável; 5) cuidados de apropriados saúde; 6) proteção à infância; 7) relações primárias significativas; 8) segurança física; 9) segurança econômica; 10) educação apropriada; 11) segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto. (Pereira P. A., 2011).

Como se pode verificar, os cuidados com a saúde podem ser amenizados se as demais necessidades intermediárias forem cumpridas. No entanto, a atenção à saúde é questão imprescindível à vida e, nesse aspecto, o acesso a serviços médicos com as melhores técnicas e os melhores medicamentos é indiscutivelmente uma necessidade intermediária. Segundo Doyal & Gough, esta satisfação é tão importante que requer a defesa de uma postura moral em favor do tratamento terapêutico e da atenção primária à diminuição da mortalidade. Afirmam os autores que os cuidados essenciais em relação à saúde implicam na disponibilidade a todos os cidadãos de serviços e recursos existentes no campo da medicina preventiva e curativa.

O direito à saúde, portanto, é condição necessária ao mínimo existencial e essa garantia está explícita no artigo 1º da Constituição Federal quando elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira. Conforme já referido, no artigo 3º está disposto que é objetivo da República, entre outros, a promoção do bem de todos. Já, o artigo 5º assegura a inviolabilidade do direito à vida, e no artigo 6º está a garantia dos direitos sociais. Outras disposições também estão referidas ao longo do texto constitucional e buscam identificar a competência da titularidade em relação à execução desse direito.

Novamente citando o artigo 196 da Constituição da República, nele também está assegurado outro aspecto importante para a presente análise, a compreensão da universalidade do direito à saúde. Nesse contexto, o constituinte dedica o artigo a indicar o caminho para concretização do direito à saúde: *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.*

Em relação a esta garantia constitucional, Marlon Weichert afirma que há duas facetas complementares na prestação da saúde: uma mais ampla, na qual são exigidas prestações positivas, e outra mais restrita, na qual se fala em prestações negativas. A primeira em relação ao direito dos indivíduos de não sofrerem agressão em sua saúde causada por ação do Estado ou de particulares.

Conforme Weichert,

O Estado tem o dever de oferecer, de forma universal e isonômica, serviços de atendimento à saúde da população, preventivos e curativos. Essa obrigação a uma atuação positiva não é, porém, apenas do Estado. Também os cidadãos e suas organizações privadas (empresas, associações, etc.) estão comprometidos a adotar posturas ativas na promoção da saúde, podendo a lei e a administração pública impor obrigações de agir, positivamente. (Weichert, 2004, p. 124)

O artigo 196 também esclarece que o Estado brasileiro optou pela universalidade do direito à saúde, o que impede que sejam aceitas interpretações restritivas neste sentido. A fundamentação desse direito em um âmbito coletivo também não condiciona ou torna válido um entendimento que afaste a titularidade individual ao acesso à saúde. Segundo Sarlet e Figueiredo,

[...] em que pese ser possível (e até desejável!) priorizar uma tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, isto não

significa que ao direito à saúde possa ser negada a condição de direito de titularidade individual (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 35).

O sujeito passivo do direito a saúde, portanto, é o Estado, cabendo a este ações que promovam o exercício desse direito por meio de instituições e procedimentos direcionados ao atendimento de cada indivíduo como parte do coletivo. O fornecimento dos de bens materiais está intimamente ligado com a efetivação dessa proteção.

O artigo 23 da Carta Constitucional, por sua vez, refere-se à condição de serviços públicos⁴¹ recaída aos serviços de saúde, conforme inciso II.

Nesse sentido, está clara a responsabilidade do Estado em prestar a assistência à saúde de forma condizente com os princípios de direito público, com primazia do interesse para satisfação da coletividade. São públicos os serviços que asseguram o bem do povo, buscando a eliminação de carências individuais e coletivas, refletindo-se na concretização da dignidade da pessoa humana.

Segundo Antonio de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos (2010), os serviços e ações de saúde sendo parte do direito público subjetivo são exigíveis contra o Estado e contra todos os entes privados que prestem serviços de saúde ao Estado. Também por esse motivo, a prestação da saúde desenvolve uma série de interesses em relação a sua materialização.

As ações de saúde estão asseguradas constitucionalmente como serviços de relevância pública⁴². Estes serviços são necessários para a efetivação dos objetivos e fundamentos da república brasileira. As ações relacionadas com os artigos 1º e 3º da Constituição são consideradas de relevância pública, uma vez que se referem diretamente à preservação da dignidade humana, à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, à promoção do bem comum e à erradicação da pobreza (Araújo L. A., A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência, 1994). Nesse sentido, os serviços de saúde pública estão incluídos dentre os altamente relevantes.

⁴¹ Como serviço público compreende-ser “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor de interesses definidos como públicos no sistema normativo” (Mello, 2006, p. 634).

⁴² Segundo Marlon Weichert, “ao se qualificar um serviço público como de relevância pública indica-se a existência de uma importância adicional nesse serviço público, o qual deverá ser prestigiado pela administração. Logo, quando se tratar de serviço público relevante, em eventual confronto com outro que não tenha essa qualificação, o administrador público deverá privilegiar aquele, como, por exemplo, na destinação de recursos. Com isso, a Constituição veda uma inversão de prioridades com base em critérios supostamente discricionários. O serviço de relevância pública deve, pois, ser privilegiado no conjunto da atuação do Poder Público” (Weichert, 2004, p. 129).

As considerações realizadas induzem à compreensão de poder-dever do Estado em executar ações efetivas no sentido de prevenir doenças e promover a saúde em sentido amplo. Como qualquer serviço público, estes serviços submetem-se aos princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; conforme artigo 37 da Constituição Federal.

Para restrito cumprimento desses princípios, a organização do atual sistema de saúde (o SUS) está estruturada de forma regionalizada e hierarquizada, mantendo, no entanto, sua qualidade de sistema único, conforme as diretrizes do artigo 198 da Constituição. O artigo 196 ao dispor sobre os princípios da universalidade e da igualdade impõe ao SUS a característica de sistema universal, uma vez que se destina a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, sem exceção – mais adiante serão tratadas as características do Sistema Único de Saúdes embasadas pelo processo histórico da sua formação. Não apenas a população carente, mas todos aqueles que quiserem ou precisarem utilizar esse sistema, podem fazê-lo.

O caráter de igualdade está vinculado a não discriminação de grupos específicos – por critérios financeiros, por exemplo – ou pessoas. O acesso ao sistema deve ser – e é – livre. Nesse aspecto, não podem ocorrer qualquer tipo de restrição ao acesso ao sistema e a todos os serviços que ele disponibiliza (Moraes A. d., 2005). Segundo Sarlet e Figueiredo (2009), a titularidade universal do direito à saúde apresenta estreita vinculação com o direito à vida, à integralidade física e corporal. Da mesma forma, ressaltam os autores sobre o caráter ao mesmo tempo coletivo/difuso e individual do direito à proteção da saúde:

(...) a caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhes serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade da pessoa humana individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um. (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 35)

A Lei nº 8.080/90, a qual instituiu a Política Nacional da Saúde, pretendeu regulamentar as normas constitucionais relacionadas ao direito à saúde. Ela reafirma a integralidade dos serviços públicos de saúde e induz ao desenvolvimento de uma rede articulada e continua de ações que tem por fim a efetivação do direito. Segundo o artigo 7º, II, dessa lei, as ações do SUS devem manter sempre o caráter de *integralidade da assistência*,

entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A regulamentação dos dispositivos constitucionais resultou em diretrizes de um sistema de serviços públicos de saúde integral, o qual prioriza as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais. A integralidade propicia atendimento e assistência sempre que necessário, em qualquer situação de ameaça ou de agravação da doença, incluindo-se a utilização dos equipamentos e medicamentos imprescindíveis. Em razão destas disposições, estão incluídos na assistência da saúde o atendimento médico ambulatorial e hospitalar, assim como a dispensação de medicamentos – assistência farmacêutica.

Nesse contexto, segundo Piovesan e Vieira,

A ordem constitucional de 1988, dessa forma, acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política, enfim, deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, uma vez que seus domínios passaram a sofrer limites e imposições de ação, por meio do projeto material constitucional vinculativo. Surgiu daí, verdadeira configuração normativa da atividade política. (2007, pp. 61-62)

A Constituição Federal, para fazer frente aos investimentos relacionados à saúde, dispõe sobre uma dotação orçamentária específica, a qual em caso de descumprimento por estados ou municípios pode acarretar uma intervenção federal, artigo 34, inciso VII. Esta disposição foi tema da Emenda Constitucional nº 29, a qual especifica aspectos desta dotação – que estava provisoriamente tratada no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No entanto, um maior detalhamento em relação ao orçamento relacionado à saúde, que deve ser feito mediante lei complementar, e ainda está pendente.

Com base nas considerações e definições trazidas até aqui, retorna-se ao questionamento inicial sobre a os limites (se houver) e as possibilidades da prestação do direito à saúde por parte do Estado, análise comum em todas as demandas judiciais verificadas relacionadas à prestação estatal de tratamentos ou medicamentos.

Conforme Sarlet & Figueiredo,

O caráter aberto, e, de certa forma, programático, dos artigos 6º e 196 da CF, se permite a abertura e permanente atualização do conteúdo e, portanto, da

tutela oferecida pelas normas constitucionais e legais, também gera conflitos nesse processo de integração prática e tópica, especialmente no que concerne à definição concreta do objeto que estaria albergado pela proteção ou pelo dever de prestação jusfundamental.

Além disso, o reconhecimento da existência de uma dimensão economicamente relevante dos direitos fundamentais, que se evidencia mais fortemente nos direitos sociais e ainda se intensifica quando pleiteados sob a forma de direitos a prestações materiais, impõe a discussão (dos critérios) das decisões sobre a alocação dos recursos públicos, seja porque são diversos os direitos, interesses e bens a serem tutelados, seja porque disso resulta a ponderação entre diferentes princípios constitucionais, explícitos e implícitos, notadamente aqueles a partir dos quais se estrutura o SUS, não raro resultando na discussão dos limites e restrições do direito à saúde concretamente considerado. (2009, pp. 44-45)

A escassez de recursos ante a ilimitada necessidade para como questionamento no que tange aos limites da ação prestacional do Estado. A adequada aplicação dos recursos públicos, conforme as diretrizes do SUS, encontra a limitação orçamentária que deve cumprir com as previsões administrativas e concordante com os princípios da racionalidade e da proporcionalidade. No entanto, a ampla vedação de gastos contrasta com a proteção do mínimo existencial e das condições mínimas de proteção da vida com dignidade.

O Judiciário tem sido o palco das discussões debatidas sobre esse contraste de argumentações e, devido à natureza de sua função, tem sido chamado a decidir sobre temas que envolvem orçamento público – informação, transparência e motivação – e direitos fundamentais relacionados à manutenção do bem maior: a vida.

Diante das discussões processuais recorrentes neste sentido, importa tratar dos principais argumentos principiológicos levados às demandas na tentativa de convencer o magistrado sobre formas de ponderar o limite da efetivação do direito à saúde. Nesse sentido, ressalta-se que os princípios da atenção à saúde não estão (e não são) dissociados dos demais princípios constitucionais, em especial aos que afirmam os direitos fundamentais (Weichert, 2004).

4.1.1 O argumento da reserva do possível

O tema da reserva do possível – também compreendido como princípio⁴³ - se refere ao debate sobre a tutela jurisdicional de direitos sociais previstos constitucionalmente e não executados por meio de políticas públicas ou executado de forma ineficiente ou insuficiente. Logo, por meio de ação judicial o cidadão brasileiro tem buscado que o Poder Judiciário obrigue o Poder Público a efetivar o direito social pleiteado (Wang, 2008). Trata-se, portanto, de debate relacionando à efetivação de direitos sociais, de políticas públicas e de disponibilidade orçamentária como forma de enfrentar a omissão estatal.

Nesse sentido, conforme Wang,

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante.

A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e se esse Poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa. (2008, p. 540)

A discussão levantada pelo autor conduz ao questionamento sobre se haveria ou não limites à exigibilidade dos direitos sociais em sentido amplo. Pode o Estado argumentar pela falta de capacidade econômico-orçamentária? Até que ponto o indivíduo, ou a sociedade, pode exigir do Estado?

Esse limite é chamado de limite fático e está expresso em petições processuais, pareceres, sentenças, acórdãos e doutrinas pelo termo “reserva do possível”.

Segundo o autor Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2011), o excesso de exigências demandado ao Estado não tem como efeito a ineficácia do

⁴³ Conforme bem analisa Marlon Weichert: “Os princípios são normas ricas em valores – irradiados por todo o ordenamento -, especialmente para as regras, que tendem a ser corolários (densificação) deles. (...) As regras ganham, pois, em objetividade, enquanto os princípios preponderam enquanto valores, inclusive de interpretação (concretização) das regras. Além de distintos quanto à abstração e à carga valorativa, os princípios assumem relevo pela posição de fundamentalidade no sistema das fontes do direito e a vinculação material que exercem sobre as demais normas (Luiz Alberto David Araújo (Araújo L. A., A proteção constitucional do transexual, 2000, p. 82))” (Weichert, 2004, pp. 155-156)

direito pretendido, mas conduz a necessidade de ponderar o direito. Segundo ele, direitos sociais – tal qual os fundamentais – não possuem conteúdo absoluto e aplicável em qualquer situação. A delimitação desses direitos deve ser realizada pela harmonização entre eles de modo que não haja total preterimento de um em relação ao outro. Quando há, portanto, colisão de direitos, a delimitação deles deve ser realizada.

Nesse sentido, Sarlet & Figueiredo analisam o argumento da reserva do possível como de tripla dimensão: “(i) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (ii) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (iii) razoabilidade daquilo que está sendo pedido” (2008, p. 30). Conforme os autor, o Judiciário deve utilizar-se de cautela em relação às decisões que profere exigindo do Estado que disponha de seus recursos, uma vez que quando está atento a essa cautela está cumprindo com sua função de garantir direitos sociais, pois está resguardando recursos que são escassos.

De fato, direitos sociais exigem do estado recursos vultosos para sua efetivação. No entanto, não há como aceitar este argumento como possível, de forma a tratar com menor grau de seriedade direitos conquistados historicamente e legitimados por uma sociedade democrática.

Conforme Tania Keinert,

A simples alegação de escassez de recursos (**reserva do possível**) não justifica a omissão estatal na área da efetivação dos direitos fundamentais, sendo necessário demonstrar, de maneira legal, impessoal, moral e pública a eficiência da administração pública (artigo 37, *caput*), por meio de uma maximização dos recursos, a efetiva indisponibilidade total ou parcial desses e o não desperdício dos fundos existentes; num primeiro momento. (grifos do autor) (2009, p. 97)

Contrapondo a defesa de que as limitações na efetivação dos direitos sociais podem ser justificadas pelas condições de escassez de recursos, Wang afirma que:

Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se

sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único. (2008, p. 541)

A organização das instituições que concretizam o direito à saúde e efetivam as ações pensadas e estruturadas para execução desse direito por meio do SUS, é dependente de atos administrativos que possibilitem a disponibilidade e o envio de recursos. O fluxo de verbas para custeio das obrigações do Estado apenas circula pela estrutura estatal por meio destes atos. Havendo omissão – tanto em relação à inexistência, quanto à insuficiência de recursos – a exigibilidade pode ser exercida pelo Judiciário e qualquer decisão nesse sentido gera efeitos econômicos ao Estado.

Segundo Sarlet e Figueiredo,

Há o problema da definição mais precisa do conteúdo das prestações, sendo insuficientes as referências constitucionais às noções de cura, prevenção ou promoção (artigo 196), assim como a um imperativo genérico de “integralidade” (artigo 198, II). As dificuldades daí resultantes se evidenciam na prática, mormente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário – fato que por sua vez, revela a relevância da concretização da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais e, de modo especial, do direito à saúde. (grifos do autor) (2009, p. 46)

No interior desta discussão está a reafirmação de que, mesmo sendo o direito à saúde um integrante dos direitos sociais, a característica coletiva – e até mesmo difusa – desse direito não pode reduzir a importância do seu aspecto individual. O direito à saúde é um direito de cada pessoa e está relacionado diretamente com o direito individual à vida. Conforme enfatizam Sarlet e Figueiredo (2009), a dimensão coletiva nos anseios à prestação material do direito à saúde não pode desconsiderar a tutela individual, ou seja, a possibilidade de ingresso demanda processual pelo indivíduo.

Nesses termos, considera-se refutado o argumento relacionado à impossibilidade de fornecimento individual – pelo meio judicial – de tratamentos essenciais à manutenção da vida não disponíveis no sistema único de saúde. Nesse sentido, a indisponibilidade pode ser de duas formas: 1) o tratamento, exame ou medicamento está previsto para disponibilidade do SUS mas, no entanto, não há recurso no momento da necessidade do cidadão, caso em que o ingresso com a demanda judicial se dá para que o Estado forneça-o em quantidade suficiente à

população que o demanda; e 2) o tratamento, exame ou medicamento não estão entre os disponibilizados pela rede de saúde pública, caso em que a demanda judicial discute a possibilidade/o dever de dispensação ao cidadão.

O debate sobre a limitação dos recursos públicos, dessa forma, pode ser melhor compreendida se analisado do aspecto de necessidade fática de um lado e do entendimento jurídico de outro. Segundo Sarlet & Figueiredo,

O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, a disponibilização e alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro-orçamentário, mas dos próprios recursos da saúde. (2009, p. 47)

Nesse sentido, não apenas o preço do tratamento, do medicamento ou do exame devem ser levados em conta, mas também deve-se pensar sobre o valor disponível do orçamento para o custeio das despesas usuais, ou seja, para os custos relacionados à estrutura já existente tal qual profissionais, hospitais, entre outros. O aspecto jurídico enfrenta questões de ordem constitucional em relação às normas de organização e repartição de competências orçamentárias.

Confrontam-se os argumentos da inviabilidade de se proceder ao controle judicial das políticas públicas, em especial no que concerne à decisão sobre a alocação dos recursos públicos (com especial destaque para o princípio constitucional da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º), e a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV), que impede o magistrado de responder com o *non liquet* e, pelo menos no que tange à garantia do mínimo existencial, vem reiteradamente respaldando decisões judiciais de garantia de tutela originária do direito à saúde. (grifos do autor) (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 48)

Nesse sentido, os argumentos que fundamentam o princípio da reserva do possível são de ordem de limitação orçamentária e de ordem constitucional no que tange à divisão de competências relacionadas à dispensação de recursos para aquisição de produtos ou o custeio de serviços. Ambos os argumentos estão sendo sobrepostos pela força maior do direito à vida e da dignidade humana, no que tange à prestação material na área da saúde pública.

Por ora, importa mencionar um trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal em um caso paradigma, uma vez que citado reiteradamente em decisões. Trata-se do RE 271.286 AgR-RS, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (BRASIL. STF. RE 271.286 AgR-RS, Ministro Celso de Mello, 2000)

Diante disso, a Corte Suprema tem manifestado a compreensão de que o legislador constituinte desejou estender a proteção do direito à saúde de forma a garantir antes de tudo a vida humana. Permanece, portanto, o questionamento sobre se a limitação à abrangência protetiva.

Os defensores jurídicos do Estado, nas demandas em que estão envolvidos referentes a estas questões, na larga maioria dos casos utilizam-se do princípio da reserva do possível para estruturar sua defesa. Nesse contexto, argumentam que se todos os indivíduos que apresentam enfermidades ajuizarem ao mesmo tempo demandas para receber medicamentos, tratamentos e exames, todo o orçamento do SUS será direcionado às ações judiciais e haverá um colapso nas contas públicas.

No entanto, o que se percebe é que esta problemática vai além da discussão sobre limitação de recursos ante a ilimitada demanda por recursos à saúde. A questão não está na falta de recursos, não está na discussão sobre se a saúde é ou não um direito fundamental, mas sim está no desajuste do sistema que não consegue prover meios para que cada indivíduo tenha a atenção à saúde. Trata-se, na verdade, muito mais de um problema relacionado à falta de autonomia do indivíduo do que da falta de recursos provenientes do Estado.

Como consequência, a contradição recai sobre o Judiciário, abarrotando a máquina do Estado, exigindo recursos de forma imediata, na tentativa de corrigir por meio desse Poder a falha do sistema como um todo.

4.1.2 Os princípios da igualdade e da universalidade no atendimento da saúde

Em sociedades com extrema desigualdade como a brasileira, a existência de normas constitucionais que garantam a igualdade como direito fundamental é fator essencial para a manutenção da democracia. Nesse aspecto, o princípio da igualdade e da universalidade no

acesso de bens materiais - que assegurem saúde plena - entram em choque com a possibilidade do cidadão de poder adquirir o tratamento de que necessita por seus próprios meios e a capacidade da sociedade em oferecê-lo⁴⁴. Isto porque a universalidade nas políticas públicas está relacionada diretamente com a gratuidade do serviço.

Conforme artigo 196 da Constituição, as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde devem estar adequados ao “acesso universal e igualitário”. O artigo 194, inciso I, também se refere a esta questão ao dispor sobre a garantia de universalidade da cobertura do atendimento pela seguridade social. Essa nova lógica, instituída em 1988, a ser praticada pelo SUS, rompeu com o entendimento existente até então de que o acesso estava restrito aos vinculados à previdência pública e seus dependentes.

A universalidade, portanto, foi inovação que representou uma alteração substancial na relação entre Estado e indivíduo no que tange à efetivação da proteção à saúde. A cidadania passou a ser requisito exclusivo para acesso – ressalvada a condição de estrangeiro residente no país, o qual também tem acesso à rede pública de saúde.

A universalidade, nessa ótica, apenas faz sentido se conectada ao princípio da igualdade, por meio da inclusão de todos nas políticas públicas de saúde. No entanto, a determinação concreta dos meios necessários para proporcionar acesso tem sido alvo constante de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

O debate entre ambos princípios está no acesso aos bens e serviços no sistema de saúde que está disponível a todos: tanto aos que podem pagar por eles, quanto aos que não podem. No entanto, ao que se denota pelas disposições constitucionais, desejou o constituinte prestigiar objetivos de maior coesão social e, para tanto, achou por bem conceder a todos – independentemente da condição financeira – os mesmos serviços. Segundo Otávio Ferra (2007), a universalização também é fator importante para que seja evitada a estigmatização e a queda da qualidade nos serviços públicos, fatores que geralmente acompanham serviços destinados apenas aos mais pobres – característica de países onde há intensa desigualdade social.

De outro aspecto, afirmam Sarlet e Figueiredo:

Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, pode-se sustentar que a efetiva necessidade haverá de consistir em parâmetro a ser sopesado na avaliação da pleiteada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação, entre outros, os princípios

⁴⁴ Recomenda-se, para maior aprofundamento nesta questão, a obra de Ingo Sarlet, “A eficácia dos direitos fundamentais”.

da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assimilada à noção mais corrente de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos interesses em jogo). (2009, p. 49)

Conforme opinam os autores citados, o Estado não precisa fornecer rigorosamente os mesmos produtos a cada cidadão, mas sim oferecer a todos assistência à saúde no sentido de que seja possível a cada um viver com dignidade. A distribuição dos recursos e dos encargos deve ser estudada de forma a respeitar critérios de divisão que podem ser tanto no sentido de maximizar o acesso – em atenção ao número de pessoas abrangidas pelo sistema público de saúde – quanto pela qualidade da assistência prestada, respeitando a equidade. Nessa perspectiva, aproxima-se da previsão constitucional do artigo 3º da Constituição da República.

Embora controversa a questão, Sarlet & Figueiredo (2009), posicionam-se no sentido de que a universalidade da qual trata a Constituição - no que tange ao direito à saúde - não se refere à gratuidade ampla dos serviços de saúde a qualquer indivíduo. Consideram que a compreensão da integralidade do atendimento à saúde não significa que toda e qualquer pretensão deva ser satisfeita, na perspectiva de que o atendimento à plena igualdade substancial conduz à restrição da gratuidade. Nesta perspectiva, claramente o valor do tratamento e a capacidade financeira do indivíduo são elementos que integram o “cálculo” que a sociedade e o Estado devem fazer conjuntamente quando da análise sobre o acesso o ou não a uma política pública relacionada à saúde.

Trata-se de posicionamento controverso, uma vez que não parte da análise do indivíduo como fim em si mesmo, mas sim como cidadão detentor (ou não) de posses e de determinada condição financeira de vida.

Neste aspecto importa analisar opinião divergente na doutrina, tal como Marlon Weichert (2004). O autor analisa a normatização do artigo 196 da Constituição que prevê que as políticas econômicas e sociais de desenvolvimento do Estado devem estar coordenadas com normas específicas da universalidade e da igualdade, sendo estes a concretização do princípio da isonomia.

Segundo Weichert,

A universalidade possui a dimensão específica de que os serviços públicos devem ser destinados a toda população indistintamente. O Sistema Único de Saúde não foi formulado apenas para a população carente (como uma política de assistência social) ou para os que contribuem à seguridade social (como uma prestação previdenciária), mas sim para a garantia de saúde a todo que necessitem e desejarem a ele (o sistema público) recorrer. As ações, sejam preventivas ou curativas, devem ser concebidas como de livre acesso e desenvolvidas para toda a população, salvo, obviamente, quando destinadas a um determinado grupo social em função de patologias específicas. (2004, p. 158)

A afirmação da universalidade dentre as diretrizes da saúde, inclusive pela disposição do artigo 7º da Lei 8.090/90 “universalidade do acesso à saúde em todos os níveis de assistência”, indica seu “público alvo”, ou seja, todos os brasileiros - e estrangeiros residentes no país.

Sobre o princípio da igualdade, afirma Weichert,

O princípio da igualdade nas ações e serviços de saúde orienta a promoção prioritária de ações estatais nas regiões com maior carência delas. O Poder Público deve observância à igualdade material na escolha das prioridades. Dessa forma, não faz nenhum sentido – e é inconstitucional - a instalação de hospital público em região habitada por grupo social patrimonialmente abastado de determinada cidade, servida por serviços privados, quando a periferia pobre carece de atendimento.

A igualdade, portanto, pode ser entendida como um segundo passo após a universalidade. Enquanto por este princípio estipula-se a prestação dos serviços e a realização das ações de saúde a toda a população, pelo princípio da igualdade determina-se que, dentro desse universo (a) não deve haver discriminações de qualquer natureza, e (b) devem ser priorizados os grupos, classes sociais e comunidades mais carentes de ações estatais nessa área. (Weichert, 2004, pp. 160-161)

Nesse sentido, a gratuidade, embora não expressa na Constituição, está definida no artigo 43 da Lei 8.090/90 e constitui-se base fundamental da prestação da atenção à saúde do Estado Social brasileiro. Conforme o autor, ser atendido por serviços públicos de saúde é direito subjetivo de qualquer brasileiro e “mesmo se fosse prevista a cobrança para a parte mais abastada da população, haveria violação a esta norma” (Weichert, 2004, p. 162).

Esta controvérsia também gira em torno da discussão em relação à limitação dos recursos financeiros e a aparente ilimitada carência das necessidades relacionadas à proteção da saúde quando estendida a toda população. Nesse aspecto, o entendimento do Comitê de

Especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao artigo 12⁴⁵ do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, sustenta que “o direito à saúde não deve ser entendido como direito a estar sempre saudável”, mas sim como “um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis” (UNITED NATIONS, 2000).

Oferecer oportunidades iguais significa proporcionar a todos o mesmo tipo de assistência – e não qualquer assistência, mas sim aquela que tenha recursos materiais e profissionais com condições de proporcionar tratamentos adequados curativos e preventivos – sem discriminação. Esta compreensão está adequada ao Estado Democrático de Direito que pretende, pelos meios democráticos, oportunizar aos seus cidadãos o alcance de sua autonomia enquanto seres humanos. Esta autonomia é condição apenas atingível se houver

⁴⁵ Article 12. The right to health in all its forms and at all levels contains the following interrelated and essential elements, the precise application of which will depend on the conditions prevailing in a particular State party:

(a) Availability. Functioning public health and health-care facilities, goods and services, as well as programmes, have to be available in sufficient quantity within the State party. The precise nature of the facilities, goods and services will vary depending on numerous factors, including the State party's developmental level. They will include, however, the underlying determinants of health, such as safe and potable drinking water and adequate sanitation facilities, hospitals, clinics and other health-related buildings, trained medical and professional personnel receiving domestically competitive salaries, and essential drugs, as defined by the WHO Action Programme on Essential Drugs. (b) Accessibility. Health facilities, goods and services have to be accessible to everyone without discrimination, within the jurisdiction of the State party. Accessibility has four overlapping dimensions:

Non-discrimination: health facilities, goods and services must be accessible to all, especially the most vulnerable or marginalized sections of the population, in law and in fact, without discrimination on any of the prohibited grounds.

Physical accessibility: health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population, especially vulnerable or marginalized groups, such as ethnic minorities and indigenous populations, women, children, adolescents, older persons, persons with disabilities and persons with HIV/AIDS. Accessibility also implies that medical services and underlying determinants of health, such as safe and potable water and adequate sanitation facilities, are within safe physical reach, including in rural areas. Accessibility further includes adequate access to buildings for persons with disabilities.

Economic accessibility (affordability): health facilities, goods and services must be affordable for all. Payment for health-care services, as well as services related to the underlying determinants of health, has to be based on the principle of equity, ensuring that these services, whether privately or publicly provided, are affordable for all, including socially disadvantaged groups. Equity demands that poorer households should not be disproportionately burdened with health expenses as compared to richer households.

Information accessibility: accessibility includes the right to seek, receive and impart information and ideas concerning health issues. However, accessibility of information should not impair the right to have personal health data treated with confidentiality.

(c) Acceptability. All health facilities, goods and services must be respectful of medical ethics and culturally appropriate, i.e. respectful of the culture of individuals, minorities, peoples and communities, sensitive to gender and life-cycle requirements, as well as being designed to respect confidentiality and improve the health status of those concerned.

(d) Quality. As well as being culturally acceptable, health facilities, goods and services must also be scientifically and medically appropriate and of good quality. This requires, inter alia, skilled medical personnel, scientifically approved and unexpired drugs and hospital equipment, safe and potable water, and adequate sanitation.

condições de vida, a qual está intrinsecamente ligada ao direito a saúde, assim como condições de participação da vida social e política da sociedade.

4.2 O conceito de Políticas Públicas

Definir política pública não é esforço simples, uma vez que pode ser entendida como um campo de estudo ou um conjunto de ações do governo. Inicialmente, importa compreender que a área do conhecimento chamada de políticas públicas tem origem nos Estados Unidos da América quando se desenvolveu o intuito de analisar a ação dos governos no que tange a benefícios coletivos que proporcionassem igualdade. Na Europa, essa área se desenvolveu a partir de teorias explicativas sobre a função do Estado e de uma de suas mais importantes instituições, o governo como produtor de políticas públicas (Souza C. , 2006).

Segundo Celina Souza,

O pressuposto analítico que regeu a constituição e a consolidação dos estudos sobre políticas públicas é o de que, em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes. A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo público. O primeiro, seguindo a tradição de Madison, céptico da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais para limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam, nas organizações locais, a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações. (2006, p. 22)

No século XX, mais precisamente, esta temática passa a ser estudada, principalmente no período pós II Guerra Mundial. Nesse contexto, muitas são as definições para esses benefícios estatais. Segundo Souza (2006), a definição mais divulgada, no entanto, foi a de Laswell, no sentido de que as decisões e análises em relação a políticas públicas devem responder as seguintes questões: quem ganha com a ação que está sendo pensada, por que ganha e qual diferença essa ação de fato promove na sociedade.

Pelo termo política pública, portanto, compreende-se a ação promovida por iniciativa governamental com intuito de solucionar um determinado problema que não apenas influencia um setor da sociedade mas que impõe um estudo que inclua a interrelação entre política, economia e sociedade.

Na definição de Souza,

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. (2006, p. 27)

Contemporaneamente não se pode pensar em políticas públicas simplesmente como uma benesse governamental, como um presente desenvolvido e efetivado por determinado governante. Isso por que, no Estado Democrático de Direito as políticas públicas devem refletir os ímpetus desejados pela sociedade quando elegeu democraticamente seus representantes. Políticas públicas constituem exigências necessárias do cidadão à efetivação de seus direitos fundamentais e sociais, a escolha de determinado governante define de que forma será estruturada a política pública.

Importante notar que as políticas estão relacionadas aos direitos de segunda dimensão, ou seja, aqueles que envolvem direitos sociais, econômicos e culturais, que representam um benefício coletivo, que representam a busca de um desenvolvimento para a sociedade como um todo. São direitos exercidos por meio de prestações positivas do Poder Público, tratam-se de direitos fundamentais prestacionais. As políticas públicas relacionadas a esses direitos não podem constituir-se medidas isoladas por parte do Estado, mas de ações tendo em vista o todo.

Neste contexto, o cidadão não é apenas destinatário das políticas públicas, mas deve ser principalmente o promotor da sua criação pelo exercício dos meios democráticos. Novamente retoma-se a concepção da teoria da eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que para serem efetivadas, as políticas públicas devem ser debatidas e discutidas – ainda que por meio de um processo judicial, como no caso do fenômeno da judicialização da saúde. Nesse sentido, conforme Robert Alexy (2011), importante relacionar direitos fundamentais – na sua amplitude conceitual principiológica – e políticas públicas – as quais necessariamente

tratam em termos mais específicos sobre os meios para a efetivação daqueles direitos. Nas palavras do autor,

O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversa acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. Se a eles forem adicionados conceitos sobre os fins do Estado, a estrutura da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social, chega-se a um sistema de conceitos que abarca os conceitos-chave do direito racional moderno, complementado pelo princípio do Estado Social, que expressa as exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX. Esses conceitos continuam a ser conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados nas discussões ideológicas, como armas semânticas. A expressão “luta pela constituição” refere-se, acima de tudo, a tais conceitos. (Alexy, 2011, p. 28)

Em sentido amplo, as políticas públicas são pensadas a partir de três abordagens: 1) a que entende a política como processo do próprio sistema político fundado no debate clássico sobre o papel do estado, da sociedade e do governante; 2) a que compreende a política como processo de formação e tomada de decisão ligada aos processos entre Estado e Sociedade; e 3) a que, a partir dos anos 50, procura a definição conceptual do que seja política pública e a constituição do conceito como unidade de análise (Carvalho & Cavalcanti, 2013).

O sistema constitucional brasileiro, quando se refere aos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no “Título II”, expõe certa similaridade ao sistema germânico⁴⁶. Essa concepção de que as políticas públicas têm papel de implementar o caráter abstrato da norma constitucional consiste no que se pode chamar de concepção neoconstitucionalista⁴⁷, a qual afasta a necessária regulamentação da norma fundamental no sentido de torná-la aplicável (Moraes A. d., 2005).

⁴⁶ Nesta Carta foram estabelecidos vários direitos sociais e juntamente com eles a responsabilidade do Estado na sua provisão por meio das políticas públicas. Inegável que há nessa relação uma tensão explícita entre Estado e sociedade, enquanto determinadas reformas que possibilitem políticas sociais precisam serem feitas, há uma tendência à manutenção das relações sociais (Carvalho & Cavalcanti, 2013).

⁴⁷ Conforme ensinam Mirna Cianci e Gregório Assagra de Almeida: “As concepções teóricas mais atuais em torno do neoconstitucionalismo estão inseridas no gênero pós-positivismo. como esclarece Luís Roberto Barroso (Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, 2007), o neoconstitucionalismo pode ser estudada em três aspectos. Primeiro, pelo aspecto histórico, com análise das transformações do direito constitucional após a Segunda Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, bem como em razão das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988, que fez surgir no País um sentimento constitucional e uma nova teoria dos direitos fundamentais que poderá, com o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, servir de modelo para o mundo. Segundo, pelo aspecto filosófico, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que

Nesse entendimento, o direito como reproduzidor da realidade, com meras regras a serem aplicadas pelo juiz, dá lugar a um direito hábil a transformar a sociedade. Segundo Almeida (2008), essa concepção se refere à superação de concepções e formação de um novo paradigma constitucional possível devido ao Estado Democrático de Direito, o qual proporciona o surgimento e a implementação democrática de ordenamentos por meio de uma Constituição. Essa é a forma de efetivação concreta dos direitos fundamentais concebidos em uma Constituição estruturada em um sistema aberto de valores e dinâmico, capaz de constituir-se agente transformador da sociedade.

Nas palavras de Almeida,

A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do neoconstitucionalismo deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais.

No neoconstitucionalismo, a interpretação da Constituição é também *aberta e pluralista* e a idéia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, conforme tese proposta por Peter Häberle, corresponde às novas posturas constitucionalistas, mantendo-se perfeita sintonia com a principiologia do *Estado Democrático de Direito* implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e etc.). (Almeida, 2008, p. 139)

Nesse sentido, na obra em que trabalha com Mirna Cianci, Almeida explica ainda que,

Uma das principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX foi justamente a conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa e, assim, como mandamentos de otimização do sistema, generalizantes, valorativos, previstos expressamente em determinada ordem jurídica, que servem de parâmetros para a interpretação e aplicação das

compõem o pós-positivismo jurídico. Terceiro, pelo aspecto teórico, o qual engloba o estudo da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (Almeida & Cianci, 2011, pp. 39-41)

regras jurídicas, estritamente consideradas. Portanto, no novo constitucionalismo, os princípios assumem papel de extrema relevância no plano da concretização, especialmente, dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. (Almeida & Cianci, 2011, p. 43)

Pode-se dizer, portanto, que as políticas públicas são formas de atuação do cidadão como protagonista da efetivação de seus direitos constitucionalmente garantidos. Essa prerrogativa somente pode ser considerada como inerente ao Estado se este Estado estiver estruturado em bases democráticas. A atuação transformadora da sociedade somente ocorre quando o princípio democrático está vinculado à proteção ampla e irrestrita de direitos.

De outro lado, contando com um ponto de vista mais objetivo, Carvalho Filho concebe que “diretrizes, estratégias, prioridades e ações constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades” (2008, p. 110). Continua o autor especificando o que entende pelos termos que utiliza nessa definição:

Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; *estratégias* correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; *prioridades* são as metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e *ações* constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins.

As *metas* constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem, na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos os elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas públicas. De um lado, as demandas sociais, políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinado lugar e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral. (grifos do autor) (Carvalho Filho, 2008, p. 111)

Nessa concepção, as políticas públicas pensadas, elaboradas, estruturadas e efetivadas por determinado governo representam a atividade administrativa do Estado. Essa efetivação, no entanto, apenas é possível de ser executada por meio de determinados instrumentos legitimados pelo Estado Democrático de Direito. Assim, segundo Carvalho Filho, sendo a atividade de executar políticas públicas uma função administrativa, não se pode aceitar que um órgão não administrativo – como é o caso do Poder Judiciário – imponha a realização de atividades desse porte.

No entanto, não é essa a compreensão que se pode absorver do paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que nessa estrutura reconhece-se a efetividade plena dos direitos constitucionais. Não há como justificar, nesse contexto, o voluntarismo político para o exercício de determinados direitos em detrimento de outros. A fundamentalidade dos direitos constitucionalmente estabelecidos é parte inerente ao Estado de Direito na forma como a sociedade escolheu para este Estado. Logo, a efetividade dos comandos constitucionais é indisponível.

A implementação de políticas públicas pela via processual está totalmente vinculada ao aspecto principiológico e fundamental das normas constitucionais. Dessa forma, políticas públicas reconhecidamente requeríveis são aquelas que representam garantias mínimas à sociedade e são de interesse direto da coletividade (Penna, 2011). Nessa compreensão, os direitos fundamentais são o suporte que legitima a existência de políticas públicas.

No entanto, esse entendimento exige uma definição do que se pretende por direitos fundamentais. Na concepção de Sarlet, “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (Sarlet, 2004, p. 110).

Direitos fundamentais são direitos que representam o caráter supremo do Estado e que ao mesmo tempo tenham a importante função de limitar o exercício do poder estatal e de se mostrarem agressivos aos direitos individuais. Segundo Dimoulis e Martins, a concepção desses direitos exige alguns elementos básicos:

- (a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); (c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal (2009, p. 119).

A partir da definição do que se entende por direitos fundamentais, importa analisar sua extensão prática para que seja possível construir uma melhor definição de políticas públicas dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. No debate sobre esta questão, a problemática processual adquire relevância, isso porque o processo não se desenvolve de forma plena quando se depara com o conflito entre direitos na ótica da sua efetivação. A própria definição de direitos fundamentais apresenta pontos controversos, uma vez que, por exemplo, há direitos coletivos com titularidade não claramente definida. Questões que envolvam as gerações futuras e o meio ambiente também são exemplos de possíveis conflitos

com direitos individuais. Ainda assim, a via processual é fundamental à possibilidade de existência das políticas públicas.

Em verdade, é extremamente difícil ao cientista social e jurídico encontrar uma definição específica e constante do que se compreende por “políticas públicas”. Trata-se de conceito que envolve uma interdisciplinaridade de conhecimentos econômicos, históricos e sociais em relação a uma determinada realidade. Diante desses dilemas, Bucci manifesta-se da seguinte forma:

Nesse sentido, entendo que a melhor contribuição que pode ser dada por um trabalho de sistematização conceitual das políticas públicas é fornecer um conjunto de referências aos Poderes Executivos e Legislativos na elaboração dos veículos jurídicos das políticas públicas. “Modelizar” a ação administrativa, como propõe Daniele Bourcier, fornecendo uma tipologia normativa e processual ideal seria um avanço, que repercutiria sobre os modos de controle judicial das políticas públicas. (2002, p. 47)

Ainda assim, explica que:

(...) uma política pública é um construto social e um construto de pesquisa. A delimitação das fronteiras de uma política pública tem sempre um componente aleatório. As decisões e ações a propósito daquele objeto constituem um “conjunto extremamente heteróclito”, no qual se envolvem atores sociais pertencentes a organizações múltiplas, públicas ou privadas, e que intervêm em diversos níveis. (2002, p. 251)

Um conceito jurídico absoluto, determinado e fechado de políticas públicas é possível que não seja possível atingir. Há conceitos delimitadores de certos parâmetros que podem guiar decisões e compreensões que exijam a definição dessa expressão. É considerável que não haja uma definição firme, tanto por parte da ciência jurídica quanto em relação à ciência da administração pública.

No entanto, a dificuldade em encontrar uma definição absoluta não se constitui pretexto para qualquer questionamento em relação à coercitividade de que sejam elaboradas e implementadas para execução de um direito fundamental. A característica coercitiva está na essência da compreensão do que representam as políticas públicas para a sociedade. Isso traz conseqüências diretas no questionamento sobre serem exigíveis judicialmente, constituindo-se referência do Estado Democrático de Direito. Em face da previsão do artigo 5º XXXV da Constituição Federal, o conteúdo constitucional e processual presente na concepção democrática do conceito de política pública expressa a indisponibilidade da Administração

Pública em relação à concretização de determinadas políticas públicas que tenham fundamentação constitucional. A medida judicial é imperiosa e legítima para casos em que não haja execução automática.

Há que ser reconhecido o caráter político-ideológico das ações estatais, principalmente no que se refere ao controle dos atos governamentais, por meio da fiscalização desenvolvida com o instrumento do devido processo legal. É reincidente o argumento de proveniente de administradores públicos em relação à “segurança jurídica” que a norma proporciona. Trata-se da crença sobre o dogma do direito como estático, tal como foi pensado constitucionalmente, ainda que não represente um comprometimento – desenvolvido por meio de um diálogo entre a sociedade e o elaborador da norma - com os destinatários da norma. A compreensão que anda nesse sentido representa um rompimento com o modelo democrático e dá ensejo a políticas públicas baseadas na conveniência e oportunidade arbitrárias – por meio de argumentos autoritários.

Nesses termos, importante a consideração de Batista da Silva,

O dogmatismo determinou duas conseqüências indesejáveis para o Direito. A primeira decorrente da própria formação do dogma e da correspondente supressão de qualquer vestígio de pensamento crítico. O dogmático perde a capacidade de indagar pelo “por quê” dos fenômenos, das circunstâncias e obstáculos que o embaraçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito. Limita-se ao “como”. Isto acaba fortalecendo o próprio dogma.

No campo do processo civil, os exemplos dessa obliteração mental podem ser encontrados facilmente. O recente movimento de pequenas reformas introduzidas em nosso Código de Processo Civil, a partir de 1994, ilustra bem essa atitude.

(...)

Falta-nos capacidade de perquirir, ou mesmo interessarmo-nos, pelas origens de nossas instituições processuais. Supomos que os fenômenos jurídicos não tenham origem cultural, nem histórica. Como bons descendentes do platonismo renascentista, cremos que os conceitos jurídicos sejam da mesma natureza que as categorias geométricas. Eles estariam inscritos na natureza, ou seriam um produto da lógica pura. Neste particular, a submissão do Direito aos pressupostos da “ciência” do medir, pesar e contar é absoluta. (2004, p. 299)

Segundo Penna (2011), a forma de mitigar essa postura autoritária está em possibilitar que os destinatários das políticas públicas possam integrar e interagir no processo de formação dessas políticas, participação esta fundamentada no contraditório, na ampla defesa e

na isonomia procedimental. O autor afirma que não é possível formular um conceito de políticas públicas em sentido estrito, mas essa constatação não poder servir de pretexto para sustentar argumentos referentes a segurança jurídica. O conceito de políticas públicas, conforme o autor, não é necessário que seja buscado, pois sua identificação ocorrerá por meio do processo quando houver o debate dos legitimados ao procedimento determinado (Penna, 2011).

Sendo a temática da política pública exigível e estando em conformidade com as garantias constitucionais que devem ser efetivadas, há possibilidade de sua discussão e execução pela via judicial. Deve ser executada pelos meios do Poder Público – através dos órgãos e autoridades que exerçam tal função.

A participação e a legitimidade estão na essência da estrutura das políticas públicas, tanto quanto estão os princípios da eficiência e da legitimidade. A efetiva participação do cidadão deve estar dentre os pilares que formam a base estrutural de uma política pública que de fato pretenda-se como ponte entre direitos fundamentais e sua executividade pelas vias estatais. A sociedade – os cidadãos - deve ser incluída no processo de laboração de propostas sobre meios de efetivação desses direitos. Do contrário, a própria legitimidade do Estado Democrático perde sentido em sua natureza.

Questionar o processo e a forma com a qual as oportunidades de participação democrática estão disponíveis aos cidadãos é parte incumbida à sociedade no Estado Democrático de Direito. Há que sempre se aperfeiçoar as formas de efetivação da democracia, sob pena de que sucumba a formas menos cansativas de participação e mais manipuladas por grupos dominantes. Segundo Penna, novos modelos procedimentais devem ser desenvolvidos de modo a se adequarem aos avanços das carências enfrentadas pelos cidadãos brasileiros, para que direitos fundamentais não deixem de ser efetivados. A legitimidade de qualquer novo modelo, mais aperfeiçoado às mudanças sociais, está no processo democrático participativo e no benefício coletivo proporcionado.

4.3 A implementação do SUS como Política Pública

Conforme referido nos aspectos introdutórios deste estudo, o Sistema Único de Saúde surge em um momento de plena vigência do processo político de redemocratização no Brasil.

A década de 80 foi um período de crise para os países latino-americanos, crise de dívida que envolvia a pública do Estado, a inflação descontrolada e a crise fiscal. Muitas mudanças estruturais⁴⁸ no Brasil foram realizadas na tentativa de alteração desta realidade. Dentre importantes mudanças, que podem ser consideradas conquistas, desse período podem ser destacadas a estabilidade da moeda brasileira e a inclusão do setor privado em atividades tradicionalmente exercidas pelo setor público - privatizações.

Nesse sentido, o início dos anos 1990, com o Governo de Fernando Collor seguido por seu vice Itamar Franco, foi um período de constante abertura comercial (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006).

Durante toda a década de 80 o Movimento de Reforma Sanitária esteve fortemente organizado, realizando conferências anuais sobre saúde e reivindicando maior espaço em discussões nesse âmbito. Essa militância se revela em um momento em que as políticas públicas de saúde adquirem certa centralidade inclusive no processo democrático.

A profundidade das mudanças na esfera da saúde e seu impacto no conjunto das demais políticas públicas representava uma condição importante à forma cidadã que se desejava esperar da nova constituinte - lembrando que até a Constituição de 1988 o acesso à saúde não era considerado de uma forma universal, apenas eram assegurados os trabalhadores e seus beneficiários⁴⁹. Dessa forma, universalizar o acesso ao sistema de saúde representava uma grande alteração no âmbito democrático das discussões tecidas naquele período.

De um aspecto histórico, portanto, as mudanças e reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária se constituíram uma forma de ingressar nas entrâncias de um Estado até então completamente fechado a discussões com a sociedade civil sobre suas necessidades e aspirações. Como a rigidez não democrática já não se sustentava mais politicamente ao final da década de 1970 e início da década de 1980, movimentos como deste aspecto passam a ocupar espaços e arrecadarem adeptos às suas causas.

Segundo Faleiros, Silva, Vasconcelos e Silveira,

⁴⁸ Pelo termo mudanças estruturais compreendem-se questões políticas como alteração do quadro de dominação ditatorial pela classe militar para uma estrutura de democracia por meio de eleições diretas. Portanto, como esta alteração de perfil político está diretamente ligado a garantias de direitos fundamentais, tal como liberdade e igualdade (ambos direitos relacionados à participação política), tem-se este período como de muitas mudanças na realidade política e social e no que tange à garantia efetiva de direitos políticos.

⁴⁹ O caráter da proteção da saúde estava vinculado ao sistema previdenciário: os institutos de previdência foram centralizados pelo INPS – Instituto Nacional de Previdência Social; estabeleceram-se convênios entre empresas e o INPS para atendimento ao trabalhador nos locais de trabalho; e a previdência foi estendida para várias categorias rurais, até então, não incorporadas ao sistema, embora mantendo restrições para vários desses segmentos (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 38).

Ao Estado se colocava o enfrentamento da diversidade de tais interesses em torno das políticas de saúde e as possibilidades de construção de um consenso, uma vez que a conjuntura de desgaste do regime não lhe permitia mais imposições autoritárias, como havia sido feito, até então. Evidência dessa mudança de contexto foi o I Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, da Câmara dos Deputados, ocorrido em 1979, em que o pensamento crítico oposicionista-reformista aponta a crise do sistema de saúde do país, bem como a necessidade de democratização da sociedade, como requisito de sua superação (2006, p. 40).

Nesse primeiro Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, pela primeira vez foi apresentada a proposta do Sistema Único de Saúde. Neste início da década de 80, inicia-se o movimento sanitário como um grupo de pessoas e grupos partidários cujo objetivo foi sendo definido ao longo do tempo. O movimento se torna expoente na área de discussões de políticas públicas (não apenas no setor da saúde), relacionando sociedade e Estado de forma a construir um diálogo entre ambos por meio de propostas de representação civil no interior do aparato estatal⁵⁰.

Ao longo da década de 1980, no entanto, houve muitas dificuldades na implantação da Reforma Sanitária, muitas delas devido às disputas ocorridas no interior do Estado. Segundo Faleiros, Silva, Vasconcelos e Silveira (2006), os avanços no plano institucional não correspondiam às ações do executivo e às dificuldades burocráticas do Estado.

Em março de 1986, foi realizada em Brasília a 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) a qual contou com cerca de cinco mil participantes provenientes de diversos setores sociais. Nessa oportunidade, muito se discutiu a relação entre o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Ministério da Saúde diante da Reforma Sanitária, especialmente pelo fato de que o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) havia sido transferido para competência deste último. A falta de mudanças estruturais no Estado foi fator determinante para a conclusão pelos participantes desta conferência de que a Reforma Sanitária não teria força de constituir-se na prática. Entre as considerações deste

⁵⁰ Em meio a crise de legitimidade perante a sociedade, o Estado autoritário passa a enfrentar, no início da década de 1980, uma crise em suas políticas setoriais, entre elas está a previdência e a saúde. Como resultado da recessão também no setor econômico, o estado recorre a algumas medidas de abrangência de participação de segmentos sociais por meio, por exemplo, da criação do Conselho Nacional de Administração de Saúde Previdenciária – CONASP, em 1981. A representação desse conselho era mista, entre Estado e sociedade, com predomínio da sociedade e a idéia era de que atuasse na organização e aperfeiçoamento da assistência médica e organização de meios para o controle dos recursos destinados à assistência previdenciária (INAMPS). Conforme Faleiros, Silva, Vasconcelos e Silveira “Em sua atuação, o CONASP foi tornando visíveis os projetos em disputa na arena das políticas públicas de saúde: (a) o conservador privatista – do setor privado contratado; (b) o modernizante privatista – dos interesses da medicina de grupo; (c) o estatizante – dos técnicos ministeriais e da oposição; (d) o liberal – de parte dos técnicos e da medicina liberal” (Faleiros, Silva, Vasconcelos, & Silveira, 2006, pp. 42-43).

encontro estava a de que as discussões em relação à saúde ainda precisavam adquirir dimensões políticas e sociais, vez que ainda estavam concentradas em formatos acadêmicos.

Conforme Rodriguez Neto,

A 8ª Conferência faz com que esta questão transborde, faz com que a questão da saúde tenha que ser assumida pela sociedade como um todo. Ela é assumida como uma questão central, como uma questão do seu objetivo, que deveria, então, ser transformada, ao ser conquistada, em um objetivo de governo, e não mais em um objetivo de um, dois ou três Ministérios ou de um determinado grupamento social representado pelos profissionais de Saúde. [...] Me parece que esse é o grande salto que se dá, a grande chance, a grande potencialidade que o Movimento ganha [...] Nesse sentido, a 8ª Conferência propõe já não mais a questão do Sistema Único de Saúde como uma exclusividade, mas propõe a Reforma Sanitária. E passa a ser um movimento da sociedade, ou pretende ser um movimento da sociedade (1988, p. 34).

A participação da sociedade civil no que se refere à discussão do tema da saúde estava de carta forma sendo construída nesse período. Mesmo sendo permeado por intensa participação de interesses privados (indústria farmacêutica, planos de saúde, etc.) o movimento teve caráter participativo. O debate sobre programas e políticas governamentais nessa conferência deu a ela o aspecto inédito até então, uma vez que as sete conferências anteriores estiveram predominadas por critérios técnicos, linguagem técnica e baixa representatividade social – restrita a gestores técnicos.

Em relação à 8ª Conferência Nacional de Saúde, Antonio de Carvalho relata que o evento “não apenas serviu para pautar o desenvolvimento seguinte do movimento reformador da saúde quanto terminou por se inscrever em grande parte no novo arcabouço jurídico do país expresso pela constituição promulgada em outubro de 1988” (Carvalho, 1995, p. 54).

Dessa forma, dentre os resultados da conferência estão: 1) a afirmação da participação das entidades representativas na formação da política e no planejamento, gestão, execução e avaliação das ações de saúde; 2) a constituição de um Conselho Nacional de Saúde com nova formulação, formado por representantes dos ministérios da área social, dos governos estaduais e municipais, entidades civis (de âmbito nacional), centrais sindicais e movimentos populares; 3) que o conselho formado detém atribuição de orientar e desenvolver o Sistema Único de Saúde – política, orçamento e ação; e 4) a formação de conselhos de saúde nos municípios, os quais seriam compostos de representantes locais eleitos (reconhecidos) pela comunidade, para discutirem e elaborarem questões sobre o planejamento dos programas de saúde.

A formalização de espaços institucionais de debate foi uma das grandes contribuições da 8ª CNS. Em 1987, por meio de Decreto 94.657, foi estabelecido o Programa de Desenvolvimento dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDs) como forma de descentralizar a gestão das políticas públicas de saúde. Esses sistemas estavam baseados no princípio da participação, com a recomendação de que conselhos de saúde fossem criados nas localidades.

Nesse período, a Assembléia Constituinte que estava em plenos trabalhos, se constituía de um bloco conservador, contrário à ampliação de direitos sociais. Já os defensores da reforma sanitária, se aliaram a entidades de saúde e formam a Plenária Nacional de Saúde visando à inclusão das teses e propostas do movimento sanitário – principalmente o que havia sido debatido na 8ª CNS, no texto constitucional. Conforme os autores da obra “A Construção do SUS”,

A plenária Nacional de Saúde, congregando parlamentares, entidades sociais, sindicatos, centrais sindicais, entidades profissionais, partidos políticos, secretários de saúde e de assistência social, desenvolveu um trabalho de mobilização, interlocução e pactuação com o Congresso Nacional para fazer avançar a linha reformista (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 51).

A Constituição de 1988, nesse contexto, assegurou à área da saúde, previdência e assistência social a coexistência de políticas estatais com políticas de mercado. As principais diretrizes da 8ª CNS foram incorporadas, restando à legislação complementar maiores detalhes. O artigo 198 da Constituição Federal fixou a descentralização com direção única em cada esfera de governo, a integralidade do atendimento e a participação da comunidade.

A nova constituição, impulsionada por movimentos como a Plenária Nacional de Saúde, estabeleceu uma inédita relação entre União, estados e municípios no que tange aos serviços da saúde, buscando transformar uma política antes assistencialista em política pública de saúde. Os municípios foram incumbidos de executarem ações relacionadas à saúde na esfera local e em termos de assistência básica. Pelas características políticas desse período, de transição do autoritarismo ao regime democrático, houve diversas reorganizações da relação entre estado e sociedade e entre as instituições no interior do Estado.

Segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silvana,

A fase final do regime militar, marcada por uma crise global de legitimidade do Estado perante a sociedade, manifesta em várias dimensões e nas diversas políticas sociais, abre novas brechas para algumas mudanças, na medida em que o próprio Estado tenta aproximar-se da sociedade na busca de soluções para a gestão estatal. As primeiras institucionalizações legitimadoras da participação social nas políticas de saúde são, assim, concretizadas, na primeira metade da década de 1980 (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 101).

Nesse cenário alguns sujeitos sociais coletivos passam a ter visibilidade, o movimento sanitário aparece como um deles. Por meio de propostas estruturadas e com possibilidade de serem realizadas no interior do Estado, o movimento ganha força e sustentação institucional. Além disso, a Constituição de 1988 por ampliar a gama de direitos fundamentais e estabelecer atenção especial à saúde como fundamento do Estado reforça com força de dispositivo constitucional a estruturação do movimento.

A década de 1990, nesse sentido, foi marcada pelas novas normas constitucionais no que tange à esfera jurídica e pelas decisões neoliberais no que se refere à esfera política.

Nesse contexto, o Governo Collor⁵¹ está marcado pela luta do movimento sanitário e dos órgãos estatais pela efetivação do direito a saúde por meio das discussões sobre a institucionalização do modelo universal e descentralizado de acesso a saúde, posteriormente denominado SUS.

As garantias constitucionais em relação à proteção da saúde representaram um grande avanço jurídico no Brasil, no entanto, estas disposições estavam na dependência de regulamentação (Carvalho G. , 2001). Em 1990 foi promulgada a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, a qual institucionaliza o Sistema Único de Saúde. Estalei, no entanto, sofreu alguns vetos do Presidente Collor⁵², mas foram restabelecidos, quase totalmente, pelas Leis nº

⁵¹ O movimento sanitário havia conseguido inscrever na Constituição um modelo de efetivação da saúde com base na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde). O Presidente da época, Fernando Collor de Mello, não hesitou em vetar os artigos referentes à participação da comunidade, o que tange a aprovação do SUS, entre os temas de interesse da Reforma Sanitária. O veto demonstrou uma oposição ao processo de democracia participativa, que havia sido construído nos últimos anos da ditadura, especialmente na questão da saúde. O presidente demonstrou-se em acordo com os rumos da política internacional globalizada, a qual suscitava críticas aos movimentos populares impregnados por ideologias de transformação. A Lei nº 8.142/90 “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”. Nesse contexto, garante o sistema participativo com duas instâncias colegiadas: as conferências de saúde e os conselhos de saúde. Tal como dispõe a lei, as conferências nacionais de saúde devem ser realizadas a cada quatro anos e os conselhos de saúde são organizados em cada esfera de governo e a representação dos usuários é paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

⁵² Um dos artigos vetados foi o artigo 11 da Lei 8.080/90 que previa a existência de conferências e conselhos de saúde em cada esfera de governo. Além disso, os conselhos, devido a esse artigo, tinham função deliberativa. A alegação para o veto foi de que a criação de órgãos da administração pública é função precípua do Presidente da

8.142/90 e 8.212/90, as quais dispõem sobre a organização da Seguridade Social e o plano de custeio da saúde.

A legislação que instituiu o SUS implantou também os conselhos nacional, estaduais e municipais, estruturada de forma descentralizada em relação à execução da assistência. No artigo 4º ficou estabelecido que as ações e serviços serão prestados por órgãos e instituições federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público. O parágrafo 2º desse mesmo artigo estabelece que “a iniciativa privada poderá participar do SUS, em caráter complementar”, tal qual disposto no artigo 199 da Constituição Federal. Ainda sob responsabilidade desse Sistema Único estão a vigilância sanitária e epidemiológica, a saúde do trabalhador e a assistência terapêutica integral, a qual inclui a farmacêutica.

A Lei 8.142/90 resultou da aprovação pelo Congresso Nacional tanto da competência dos conselhos para atuarem nas discussões dos programas de saúde quanto na instituição da transferência direta de valores aos estados e municípios para o custeio do SUS de forma local e descentralizada. No entanto, foram estabelecidas medidas no sentido de exigir determinadas ações por parte dos estados e municípios. Nesse sentido, segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silveira,

Para que ocorresse a transferência automática e direta de recursos de custeio do SUS para os municípios, uma importante medida da NOB 91 foi a exigência de criação dos conselhos e fundos municipais de saúde. A norma exigia, também, a apresentação de plano municipal de saúde aprovado pelo conselho, a programação e o orçamento e a apresentação do relatório de gestão local. Finalmente, exigia dos municípios contrapartida de recursos mínimos de 10% do orçamento e elaboração do Plano de Carreiras, Cargos e Salários (PCCS) (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 118)

Por meio desse sistema único de saúde pôde-se pensar em garantia institucional do preceito constitucional da proteção à saúde. Essa institucionalização tem relação com a doutrina da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual sustenta que determinadas instituições (de direito público) ou institutos (de direito privado) são responsáveis pela justificação de certas proteções fundamentais que buscam resguardar o núcleo essencial das garantias institucionais. O SUS pode ser compreendido como uma dessas instituições.

República. Outros artigos vetados foram os que faziam referência ao financiamento da saúde pelos municípios, esses vetos foram aprovados pela Lei. 8.142/90.

Nesse contexto, em 1992 foi realizada a 9ª Conferência Nacional de Saúde, na qual muito se discutiu em torno da municipalização do sistema, da crise de custeio do sistema e de questões sobre participação democrática. Esta conferência enfatiza a democratização como forma de fortalecimento dos conselhos constituídos paritariamente. Afirma a importância do poder deliberativo das conferências, plenárias, conselhos de gestores, Ministério Público e do acesso da população às informações do sistema e às discussões estabelecidas. Segundo Carvalho (1995), em 1993 havia 27 conselhos estaduais de saúde e 2.108 conselhos municipais, que representavam aproximadamente 42% dos municípios brasileiros, cadastrados no Conselho Nacional de Saúde.

No governo de Itamar Franco⁵³, com a estabilização da economia, o Ministério da Saúde preocupa-se com a fiscalização do valor dos remédios e com as políticas adotadas pelos laboratórios. A falta de verba para custeio do SUS marcou o momento e impediu que o Sistema se desenvolvesse como era esperado pelos idealizadores. O Ministro da Saúde, Henrique Santillo⁵⁴, preocupou-se com o solapamento do SUS por grupos privados que se interessam em explorar a medicina de forma mercantil, o que possivelmente acarretaria em falência da saúde publicamente financiada (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006). Em 1994, por iniciativa do Ministério da Saúde foi proposto o Programa Saúde da Família o qual estava baseado na municipalização da saúde no que tange ao gerenciamento de recursos e à execução direta das ações.

O Conselho Nacional de Saúde, em relação às questões fiscais e orçamentárias, exigiu que os estados comprovassem a criação de conselhos e fundos estaduais para fiscalização da utilização dos recursos recebidos⁵⁵. A descentralização estava sendo compreendida como um processo de redistribuição de poder, redefinição de papéis e estabelecimento de novas relações entre as esferas municipais, estaduais e federais. O Sistema Único de Saúde foi elaborado como um pacto federativo, portanto.

Nesse sistema os conselhos adquirem funções institucionais de articulação entre, os gestores das esferas de governo. Em 20 de maio de 1993, uma Portaria do Ministério da Saúde, conhecida como Norma Operacional Básica 93 (NOB 93) estabeleceu diretrizes para as participações dos conselhos municipais de saúde, com reuniões semestrais. Os conselhos se tornaram obrigatórios para que o município pudesse receber verbas federais direcionadas à

⁵³ O Presidente Itamar Franco ocupou a cadeira presidencial após o impeachment do Presidente Fernando Collor, do qual era vice. Portanto, exerceu o cargo de Presidente da República durante o período de 1992 a 1994.

⁵⁴ Henrique Santillo foi Ministro da Saúde de 30/08/1993 a 31/12/1994.

⁵⁵ Também foi criado o Siops – sistema de informações sobre orçamentos públicos em saúde, com objetivo de coletar informações sobre o uso dos recursos nas ações e serviços públicos de saúde nas três esferas do governo.

saúde. Segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silveira (2006), no momento da formação institucional do SUS, o direcionamento de poder democrático foi concentrado nos conselhos, principalmente no que tange aos processos decisórios. Nesse sentido, afirmam que,

Por este meio é que se pode verificar o poder dos conselhos de impor novas práticas que vão de encontro ao clientelismo, ao nepotismo e aos arranjos da troca de favores e apoios entre os governantes. É uma mudança radical que atinge as formas patrimonialistas de se gerir a coisa pública. A NOB 93, como assinalado anteriormente, baseia-se no documento “Descentralização de ações e serviços de saúde: a ousadia de cumprir e fazer cumprir a lei”, aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, em 15 de abril de 1993 (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 129).

Nesse período houve um diálogo entre o governo e determinados movimentos sociais, como por exemplo, o Movimento pela Reforma Sanitária. Portarias como a NOB 93 representaram grandes avanços na implementação da participação cidadã, por meio dos conselhos sobre temas que antes estavam restritos a discussões na esfera governamental. A descentralização da gestão também se apresenta como inovação do Sistema Único de Saúde que estava sendo colocado em prática.

Segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silvana (2006), nesse momento, o Conselho Nacional de Saúde se consolidou institucionalmente com condições de apresentar propostas que fossem debatidas pela sociedade (representada pelos cidadãos civis participantes do conselho) e pelo governo. Há uma grande produtividade desse conselho no que tange às ações relacionadas ao SUS. Afirmam os autores que “no governo Itamar Franco, apesar de sua curta duração, é palpável o avanço da institucionalização da participação e da descentralização” (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 150).

Já no período do governo de Fernando Henrique Cardoso⁵⁶, os conselhos se estruturaram e passaram a ter um caráter mobilizado em relação às ações de Saúde Pública, embora as práticas governamentais neoliberais tenham de firmado.

Conforme Soares (2000), o neoliberalismo teria produzido no Brasil alterações nas políticas de Estado nas quais o poder das grandes empresas passou a definir muitas das regras antes decididas unicamente pelo poder estatal. A regra de Estado mínimo passa a ditar as formas de um novo entendimento de desenvolvimento. Essa alteração da relação funcional entre Estado e economia está relacionada ao fenômeno de mundialização do capital, que torna

⁵⁶ O Presidente Fernando Henrique Cardoso esteve no mandato da presidência da república por duas legislaturas, a primeira de 1995 a 1998 e a segunda de 1999 a 2002.

os Estados menos soberanos e com ações e atitudes muito semelhantes entre si. Trata-se de concepções de desenvolvimento baseadas em teorias econômicas neoliberais (Trubek & Santos, 2006).

Nesse contexto, o protagonismo do Estado passa a ser desempenhado pelo mercado e as diretrizes antes baseadas nas instituições jurídicas de direito público tornam-se às transações privadas. Segundo idealizadores dessa nova agenda, o problema estava fundamentado numa série de fatores provocados pela interferência excessiva do Estado na econômica. Dentre esses fatores estão: “(i) a dívida pública elevada; (ii) a carga tributária proibitiva a investimentos privados; (iii) os excessivos controles macroeconômicos no câmbio, nas taxas de juros e sobre os investimentos estrangeiros; e (iv) a participação indevida do Estado em atividades de mercado” (Schapiro & Trubek, 2012, p. 35). A nova agenda, portanto, baseava-se primordialmente na desestatização das economias⁵⁷.

Países em desenvolvimento, tal qual o Brasil, apresentaram semelhanças nas aplicações das medidas econômicas principalmente em relação às ditadas por organismos internacionais como o FMI: uma espécie de unidirecionamento de reformas institucionais. A ideia era de que “um bom direito, se bem aplicado, levaria a bons resultados econômicos” (Schapiro & Trubek, 2012, p. 38).

O bom direito seria aquele que oferecesse segurança e confiabilidade aos investidores, ou seja, o chamado no direito internacional privado de *Rule of Law*⁵⁸. Esse direito entendido como pré-condição ao desenvolvimento seria necessário para uma ordem de mercado direcionada ao desenvolvimento. As diretrizes impostas pelo Banco Mundial interferem nas políticas públicas do governo porque passa a financiar projetos de modificações nos ambientes institucionais.

A segunda fase desse processo foi a de universalização de um conjunto de medidas “corretas”, ou seja, instituições padrão (modelos transportados). Trata-se de dispositivos pré-moldados, os quais economistas consideram possíveis de serem implementados a qualquer tipo de economia e de sociedade. Ocorre que, após serem implantadas, essas medidas

⁵⁷ As medidas recomendadas, portanto, incluíram: “(i) proteção aos direitos econômicos individuais, por meio de ações como a reforma dos dispositivos de governança corporativa, o incremento da garantia patentária e as regras de defesa da concorrência e (ii) as iniciativas de controle do ativismo estatal, que combinavam a proposição de *accountability* do poder público com os objetivos de desregulação econômica” (Ohnesorge, 2001, p. 94-98) in (Schapiro & Trubek, 2012, p. 35). As privatizações tiveram início e o Estado passou a ter papel de fiador institucional.

⁵⁸ *Rule of Law* se trata de um conjunto de regras de direito internacional que buscam dar garantia aos investidores estrangeiros em relação aos investimentos realizados no Estado que os recebe. Nessa lógica, regras rígidas de proteção do patrimônio estrangeiro são defendidas. Essas regras são recepcionadas pelo Direito Internacional Costumeiro, o que significa que são aplicadas em disputas de tribunais internacionais de litígios.

institucionais geraram resultados menos significativos do que o esperado. Muitas reformas não alcançaram a expectativa de desenvolvimento prevista.

Portanto, a globalização⁵⁹ alterou o papel do Estado no período do governo de Fernando Henrique fazendo com que a abertura e padronização econômica a modelos internacionais de desenvolvimento chegassem ao ápice⁶⁰. O Estado deveria ser suporte para fornecer condições e garantias ao mercado globalizado – redução do Estado, ampliação das forças vinculadas ao mercado. Para adequar direitos do cidadão aos produtos e serviços produzidos e proporcionados pelas empresas privadas nos mais diversos setores, foram criadas as agências reguladoras. Conforme Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silveira,

O cidadão, sujeito de direitos, passou a contribuinte-cliente, com pouca voz e nenhum voto nas agências reguladoras e pouco poder nos conselhos. A defesa da competitividade foi o eixo do discurso oficial e da legislação aprovada. A concorrência se atenuou no país, fortalecendo-se o capital multinacional, que encontrou suporte institucional e político no Brasil para suas transações em nível mundial (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 160).

Mesmo diante dessas alterações estruturais, muitas das políticas públicas de saúde mantiveram-se, uma vez que muitas já estavam institucionalizadas, como é o caso do SUS. Um exemplo disso é a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, a qual dispôs sobre mecanismos de financiamento da saúde⁶¹, provendo ampliação do número de equipes do programa de Saúde da Família (PSF)⁶².

⁵⁹ Em relação ao termo globalização, importante adicionar a definição referida por Fernando Henrique Cardoso de que “intimamente vinculada à globalização econômica é a mudança no papel do Estado. A globalização significa que as variáveis externas passam a ter influência acrescida nas agendas domésticas, reduzindo o espaço disponível para as escolhas nacionais” (Cardoso F. H., 1996, p. 31)

⁶⁰ O fenômeno da afirmação do Estado mínimo é inovação deste período e segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silveira, “A competitividade, e não a solidariedade assinalada no discurso de posse, foi erigida em valor central do seu governo, seguindo a lógica de tornar o Estado o suporte do capital internacional. A consolidação legal da supressão de barreiras ao capital se efetivou no marco legal, com a mudança de vários artigos da Constituição Federal/88. As mudanças se orientaram no sentido de atrair os investimentos estrangeiros; privatizar os ativos do Estado; desnacionalizar o patrimônio público; e reduzir o papel do Estado no processo de desenvolvimento. Essa política deu continuidade ao Programa Nacional de Desestatização (PND), de 1990. Em 1997, a desestatização incluiu, também, as empresas de economia mista, a transferência de ações do governo na Petrobrás, assim como empresas controladas pelos estados e municípios” (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 159).

⁶¹ Conforme resolução nº 322 do Conselho Nacional de Saúde, de 08 de maio de 2003, o financiamento da saúde passava a ser de vinculação orçamentária para a área e correção dos valores de acordo com a variação do PIB.

⁶² Conforme o Ministério da Saúde o Programa Saúde da Família consiste em: “A Saúde da Família é entendida como uma estratégia de reorientação do modelo assistencial, operacionalizada mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde. Estas equipes são responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias localizadas em uma área geográfica delimitada. As equipes atuam com ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes, e na manutenção da saúde desta comunidade.” (BRASIL, Ministério da Saúde. Programa de Saúde da Família)

Nesse governo, o Conselho Nacional de Saúde, já estruturado e bastante ativo, intensificou a discussão de temas como a organização orçamentária do SUS, o pacto federativo de descentralização e implementação do SUS, a articulação intersetorial, a defesa dos direitos do cidadão relacionados à proteção da saúde, o estabelecimento de políticas específicas relacionadas a determinadas doenças, e a articulação de propostas para fins de mobilização da sociedade por meio de conferências. O conselho constituiu-se como espaço de debate para definição de regras. Havia a pretensão do estabelecimento de uma política nacional de saúde como política pública integrada e articulada com outras políticas públicas.

Nesse sentido, segundo Silva e Abreu,

O mecanismo sociológico consolidado pelas comissões poderia ser chamado de colonização do discurso, pois práticas, interesses e demandas que, muitas vezes, não têm nenhuma relação entre elas são, por assim dizer, colonizadas pela atuação das comissões, pela construção de um discurso baseado no interesse comum. Esse discurso será eficiente, caso seja considerado, em alguma medida, representativo das posições de um grupo expressivo de agentes ou, pelo menos, um discurso que não afronte interesses considerados vitais por aqueles. Sua eficiência, por outro lado, garante ao Conselho, capital simbólico, alianças e apoios que, na situação ótima, lhe permite intervir, causar desdobramentos, exercer influencia (2002, p. 33).

O Conselho Nacional de Saúde constituiu-se desde este momento em ator influenciador das políticas públicas de saúde no país. A força institucional provinha da capacidade de colonizar práticas, alianças, interesses e conflitos e da participação de setores populares, os quais também interferiram de forma importante na legitimidade do poder adquirido pelo conselho. Segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silveira (2006), as deliberações do conselho implicam em negociações entre Estado e sociedade dentro do próprio conselho. Isso porque se trata de um conselho paritário, no qual as questões de debate de constroem de forma diversificada.

Em 6 de novembro de 1996, a NOB 96 foi instituída pelo Ministério da Saúde com intuito de, conforme artigo 30, incisos V e VII, e artigo 32, parágrafo 1º, da Constituição Federal, promover e consolidar o pleno exercício, por parte dos municípios e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes. Essa norma organiza de forma prática as condições em que a execução da atenção à saúde deve ser descentralizada nos municípios. Há um fortalecimento do sistema de saúde municipal e de todos os aparatos que o envolvem, como por exemplo, os conselhos municipais de saúde.

A norma também expõe diversos problemas gerados por dificuldades enfrentadas pelos municípios em relação à implantação de toda a estrutura para atender à saúde. Os municípios deveriam passar por um processo de habilitação para enquadrarem-se nas exigências mínimas estabelecidas pela NOB 96. Segundo Levcovitz, Lima e Machado (2001), a maior parte das habilitações ocorreu no ano de 1998. Já no final do ano 2000, 99% dos municípios brasileiros (aproximadamente 5.506 municípios), constituíam-se já habilitados a atender as condições desta NOB. As habilitações não precisavam ser em relação a todas as exigências, apenas havendo exigências mínimas até o nível da gestão plena da saúde. Segundo os autores acima citados,

Em três anos de implementação da NOB, quase a totalidade dos municípios passa a receber diretamente em seu fundo municipal de saúde os recursos federais para assumir as responsabilidades sobre a atenção à saúde da população. Vale ressaltar que a proporção de municípios habilitados em cada uma das condições de gestão é variável entre as regiões do país, sendo que a região sudeste apresenta o maior volume de municípios em Gestão Plena do Sistema Municipal (GPSM), em termos absolutos e relativos. (...) Em geral, há um tendência de os municípios de maior porte e com maior capacidade de oferta assumirem a condição de GPSM. (Levcovitz, Lima, & Machado, 2001, p. 280).

O final da década de 1990 e início dos anos 2000 pode, portanto, ser caracterizados como período da institucionalização do SUS e de nova organização da participação nas políticas de saúde pública, por meio da participação dos conselhos e das plenárias. Embora a ideia de Estado mínimo tenha sido implantada pelas reformas governamentais desse momento, a proteção da saúde manteve seu caráter de financiamento estatal.

Ainda em relação à década de 1990, importa mencionar duas Propostas de Emendas Constitucionais (PEC): a PEC 32/95, a qual propunha tornar infraconstitucional o direito à saúde por meio da inclusão da expressão “nos termos da lei”; e a PEC 33/95, a qual propunha alterar a Constituição para tornar infraconstitucional a transferência de recursos à saúde por meio da inclusão da expressão “nos termos da lei federal”⁶³. Como se pode compreender, essas alterações implicariam em restrição à abrangência do direito constitucional à saúde.

⁶³ A inclusão da expressão “nos termos da lei” ou “nos da lei federal” causa significativa alteração na extensão da abrangência do direito a saúde, pois ao vincular à uma legislação infraconstitucional a definição do que é direito à saúde, gera-se necessariamente restrição ao direito. Ao retirar da Constituição Federal a soberania de definir o que se compreende por direito à saúde e deixar recair a uma lei comum a definição do que é direito ou não, o governante estava claramente buscando restringir o direito.

Ambas foram rejeitadas no Congresso Nacional, mas ofereceram perigo e fornecem indícios da tentativa de restrição do direito sob o argumento do Estado mínimo⁶⁴.

Esse período, portanto, representou uma reanálise em âmbito nacional sobre o papel do Estado em relação à sociedade. A noção de minimizar funções estatais revela uma forma de entendimento de que o Estado não deveria incumbir-se de determinadas funções para as quais já que havia assumido responsabilidade. A saúde era uma dessas questões.

Ainda no ano de 1995, outro grande debate foi aberto em relação ao Conselho Nacional de Saúde. O Ministro deste período, Adib Jatene, iniciou questionamentos públicos, por meio da mídia, sobre a real necessidade da existência do Conselho. O principal argumento girava em torno da função consultiva do Conselho que, segundo o Ministro, já estava sendo suficientemente exercida por profissionais do Sistema Único de Saúde. Portanto, dispensava o acionamento desta fonte consultiva (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006).

Grupos da sociedade que estavam representados no Conselho Nacional de Saúde não tardaram em demonstrar contrariedade à ideia do Ministro, inclusive buscando apoio nacional ao não desfazimento do Conselho Nacional. Havia o temor de que uma dissolução do Conselho Nacional influenciasse o desmembramento dos conselhos municipais e estaduais. O debate era de que o mais eficaz instrumento democrático do SUS estava sendo questionado. O Ministério Público Federal, por meio da Procuradora Raquel Dodge (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 192), enfrentou a argumentação do Ministro demonstrando que a função do Conselho não se restringia a consultoria, mas também se estendia a funções de fiscalização e deliberação sobre planejamento e alocação de recursos.

Nesse cenário, ainda no ano de 1995, na cidade de Salvador, Bahia, foi realizada a Plenária Nacional dos Conselhos⁶⁵. Nesse encontro foi amplamente discutida a necessidade de mobilização para a viabilização de um novo Conselho Nacional de Saúde. Essa frente atuou juntamente com o Ministério Público Federal e, por fim, conseguiram a convocação do Conselho. A principal questão levantada na plenária e que impulsionou a mobilização pelo Conselho estava no vínculo democrático que o Conselho representava.

⁶⁴ Houve um grande movimento para que as Emendas Constitucionais 32/95 e 33/95 não viessem a ser aprovadas. Entidades da sociedade civil, centrais sindicais, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, empresários da indústria, agricultura e comércio e o Conselho Nacional de Saúde mobilizaram-se contra a aprovação (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 183).

⁶⁵ Segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos e Silveira, a Plenária de 1995 também articulou o SOS SUS. Discutiuse amplamente sobre a necessidade de se elaborar uma campanha publicitária para que a sociedade começasse a ver o SUS como uma conquista de cidadania. No entanto, esta demanda não foi concretizada. Outros temas que permearam este encontro foram a articulação no Congresso Nacional em defesa do financiamento, a garantia de manutenção no texto constitucional do direito à saúde e o dever do Estado, a sustentação política em todas as tentativas posteriores da reforma e a garantia do financiamento.

Nesse contexto, a Plenária Nacional de Saúde extinguiu-se em 1996, pois as plenárias regionais estavam apresentando discussões e atuações mais significativas. Segundo Elizabeth Barros (in Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, pg 196), isso é um reflexo do processo de descentralização da organização do sistema de saúde, o que levou as entidades a se mobilizarem em nível local sobre suas necessidades. No entanto, nesse período, mais precisamente no ano de 1995, a Plenária Nacional de Conselhos de Saúde emergiu já em um momento em que o SUS está institucionalizado. Segundo documento elaborado pelo Ministério da Saúde em relação às Plenárias de Conselhos,

Nas plenárias participam atores de lugares institucionais e de visões distintas, com interação entre essas vozes e argumentações, nem sempre convergentes: de representantes do governo, da sociedade organizada, dos gestores, dos prestadores de serviço e do Ministério Público, com expressões de seu ponto de vista em mesas-redondas, palestras e grupos de trabalho (BRASIL, 2006).

O objetivo estava em fortalecer os Conselhos municipais e estaduais e estabelecer um diálogo entre eles. A possibilidade do debate e da troca de experiências representava a causa da organização das Plenárias, uma vez que sua função principal estava em proporcionar a participação no processo de decisão.

A década de 1990, portanto, no que se refere às políticas públicas relacionadas à saúde, pode ser caracterizada como institucionalização de políticas de Estado e não de governo. O movimento sanitário manteve-se ativo nas discussões nacionais sobre as obrigações do Estado para com a proteção da saúde como valor universal do Estado brasileiro e na proteção das conquistas alcançadas. Segundo Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, nesse período,

o processo de implementação do SUS teve continuidade, visando ao aprofundamento do pacto federativo consignado na Constituição federal de 1988 e nas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, mas teve que enfrentar as inúmeras investidas do governo e a sua direcionalidade, bem como as tentativas para converter a saúde como “direito de todos e dever do Estado” em legislação infraconstitucional, com vistas a enfraquecer sua força normativa e deixá-la ao arbítrio dos governantes (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 203).

Em suma, a estruturação do SUS representa um marco na história brasileira devido ao comprometimento social e humano que a universalidade da atenção à saúde abrange. Ainda

que em termos concretos ainda muito deva ser progredido, o modelo institucionalizado constitui uma estrutura legal de defesa do direito à saúde. A emergência e consolidação das Plenárias Nacionais dos Conselhos representou um espaço permanente de discussão das temáticas sobre implementação do SUS. Segundo o relatório do Ministério da Saúde (2006), as plenárias se fizeram como mobilização social principalmente contra políticas privatizantes do período.

Nas Plenárias que se seguiram na década seguinte, alguns temas foram centrais nas discussões: a soberania nacional e a saúde pública⁶⁶. Nestes termos, segundo relatório do Ministério da Saúde (2006), os conselheiros exigiam a efetiva implantação do SUS, com financiamentos estáveis e abeis a fornecerem respostas às realidades regionais mais diversas, assim como reafirmaram a necessidade do fortalecimento do controle social do SUS por meio da manutenção do caráter deliberativo dos conselhos e do acesso democrático às informações fundamentais ao funcionamento pleno dos conselhos. Segundo o relatório, foi estabelecido na I Plenária que,

A saúde é, sem dúvida alguma, a mais inclusiva das políticas sociais promovidas pelo Estado brasileiro, mesmo que ainda não estejamos satisfeitos com a qualidade do sistema. É graças ao Sistema Único de Saúde – universal, com atendimento integral e gratuito – que milhões de cidadãos podem contar com um mínimo de amparo e atenção à sua saúde. Ainda que o sistema que temos hoje se distancie daquele que foi consagrado na Constituição Cidadã, sua existência é essencial num país com tantas e tão grandes disparidades regionais e desigualdades sociais (BRASIL, 2006, p. 35).

As Plenárias tratavam de vários assuntos, cada uma delas tendo um tema de discussão predominante⁶⁷. A regulamentação orçamentária do SUS foi por muitas edições do evento (VII, VIII, IX , X, XI) a temática central, sempre em vias de debate sobre a Emenda Constitucional nº 29/00, a qual trata das vinculações orçamentárias ao financiamento das políticas de saúde.

Uma dupla agenda pode ser visualizada em temas voltados, ora mais para as questões de funcionamento do próprio SUS na constituição da agenda interna, ora na manifestação pública por questões políticas de pressão por garantia e efetivação de direitos. Foi nesse duplo movimento que as

⁶⁶ Para mais informações sobre as Plenárias Nacionais de Conselhos de Saúde recomenda-se verificação do Anexo 1.

⁶⁷ Para detalhadas informações, recomenda-se verificação do Anexo 2.

plenárias de saúde foram se articulando. As manifestações externas constituíam-se, como expresso no capítulo anterior, por audiências públicas, protestos, cartas, mobilizações. A agenda de discussão interna, por seu turno, fortalecia a expressão, propiciando o aprofundamento do debate e a compreensão dos participantes sobre as questões em jogo (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 218).

A institucionalização do SUS como sistema de garantia de direitos e as possibilidades orçamentárias de sua implementação com certeza foram as temáticas predominantes nas Plenárias.

Nesse contexto, pode-se analisar o SUS como a consolidação de um paradigma em relação ao modelo de proteção da saúde, da universalidade e da integralidade do atendimento.

No ano de 2003 foi criada a Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (Segep) pelo Ministério da Saúde com objetivo de proporcionar um ambiente consolidado para o exercício do processo participativo da sociedade na organização do SUS. Entre as atribuições dessa secretaria estão: a realização das conferências de saúde e das plenárias de conselhos de saúde - sempre atuando em parceria com o Conselho Nacional de Saúde - e o fomento a pesquisas que auxiliem no desenvolvimento do sistema, entre outros.

A partir do exposto, pode-se analisar que a matriz criadora do SUS tem suas origens na busca pela dimensão objetiva do direito fundamental à saúde. A institucionalização desse sistema assume a condição de autêntica garantia institucional fundamental. A Constituição de 1988, tendo estabelecido princípios coordenadores da estrutura e dos objetivos que a proteção da saúde no Brasil deve proporcionar resultou de reivindicações intermitentes por parte da sociedade civil organizada – sobretudo pelo Movimento da Reforma Sanitária - e experiências anteriores frustradas.

O SUS pode ser, portanto, caracterizado como garantia institucional fundamental. Dessa forma, sujeita-se à proteção estabelecida para as demais normas fundamentais e está protegido contra medidas que representem retrocesso. Segundo Sarlet e Figueiredo,

Eventuais medidas tendentes a aboli-lo [SUS] ou esvaziá-lo, formal e substancialmente, até mesmo quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser consideradas inconstitucionais, pois que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, na condição de instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva. Outrossim, a constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi instituído, estabelecidos primordialmente pelos artigos 198 e 200 da CF, dos quais se destacam a

unidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização, a integralidade e a participação da comunidade. (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 37)

Neste sentido, a criação do SUS baseou-se em determinadas princípios como princípio da unidade, da descentralização, da regionalização, da hierarquização, da integralidade e a da participação.

Como princípio da unidade compreende-se o sistema unificado em contraste com os sistemas anteriores, em especial quanto à limitação da assistência à saúde somente a trabalhadores com vínculo formal e seus dependentes⁶⁸. Nessa antiga situação, os demais cidadãos ficavam sem qualquer opção pública de atendimento à saúde. O sistema sendo único importa em que os serviços e ações de saúde, públicos ou privados, são pautados e desenvolvidos sob as mesmas políticas, diretrizes e comando. Apenas um planejamento para níveis nacional, regional, estadual e municipal.

A atuação descentralizada, conforme o princípio da descentralização, permite que a cada região sejam adaptadas às ações e serviços de saúde ao perfil epidemiológico local⁶⁹, em conformidade com as diretrizes da OMS e às reivindicações da Reforma Sanitária. A regionalização segue a tendência de municipalização da organização federativa brasileira. Conforme Sarlet e Figueiredo,

A municipalização é a principal forma pela qual se densificam as diretrizes de descentralização e regionalização do SUS, não obstante aperfeiçoamento e ajustes sejam sempre necessários, especialmente em função da garantia de equilíbrio na distribuição dos recursos de saúde, em que sobrelevam os princípios da subsidiariedade e da equidade no acesso à assistência prestada. Os princípios da descentralização, regionalização e subsidiariedade embasam as regras constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, bem como sua regulação normativa em nível infraconstitucional (leis, decretos, portarias), por meio das quais a responsabilidade pelas ações e pelos serviços de saúde, aqui abrangido o fornecimento de bens materiais, cumpre precipuamente aos Municípios e aos Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário. (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 38)

⁶⁸ Vinculados no já referido INPS – Instituto Nacional de Previdência Social.

⁶⁹ Segundo artigo 6º, § 2º da Lei 8.080, o conceito de vigilância epidemiológico é “conjunto de ações que proporciona o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.”

No entanto, a regionalização não desincumbe a assistência federal a situações de alta complexidade, segundo NOAS nº 01/2002, que estão a cargo da União e dos Estados, tais como tratamento de HIV e câncer.

Por hierarquização, compreende-se a execução da assistência à saúde em diferentes níveis de complexidade. Nesta organização, de forma comum a todos os municípios cabe a atenção básica. Já a assistência média e de alta complexidade estão centralizadas em Municípios de maior porte. Já os serviços de maior especialização estão disponíveis nos grandes centros.

O princípio da integralidade no atendimento significa que os serviços cobertos pelo SUS devem ser os mais amplos possíveis, dados os limites existentes. O entendimento sobre a abrangência desses limites é um fator de importante questionamento e inclusive apresenta completa relação com o tema da judicialização da assistência à saúde. Segundo Sarlet & Figueiredo (2009), esses limites devem restringir-se a caráter precipuamente técnico. Os autores indicam que esta questão deve ser analisada sob o princípio da prevenção e precaução⁷⁰, de modo que sejam sempre priorizadas as atividades preventivas – com ações de vigilância e política sanitária voltadas ao saneamento básico e à garantia de meios ambientes saudáveis e equilibrados.

Ainda em relação à integralidade, importa que estejam também presentes os princípios da razoabilidade e da eficiência, ambos considerados sob uma perspectiva não economicista ou utilitarista. Conforme Sarlet & Figueiredo,

Não se pode conceber razoável um tratamento cuja eficiência não seja comprovada, ou que acarrete sérios riscos à saúde da coletividade, por exemplo. De outra parte, a integralidade do atendimento reflete a ideia de que as ações e os serviços de saúde devem ser tomados como um todo harmônico e contínuo, de modo que sejam simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos (individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional) e níveis de complexidade do SUS – característica vinculada à unidade do sistema, especialmente quanto ao planejamento. (2009, p. 39)

Em relação à participação – direta e indireta – da comunidade, ela se efetiva por meio da participação de representantes da sociedade civil nas Conferências de Saúde, as quais têm função de propor políticas de saúde aos respectivos níveis da federação; e nos Conselhos de

⁷⁰ Na perspectiva de que a prevenção se realiza em função dos riscos que se tem ciência, ou seja, já verificados; enquanto a precaução se exercita em relação a limitação de riscos potenciais, ainda não conhecidos em sua totalidade.

Saúde, os quais atuam no planejamento, no controle financeiro do SUS e na viabilização de formas de participação da população – por meio de análise de propostas. Ainda há de se considerar a atuação das Agencias reguladoras, tais como Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Câmara de Saúde Suplementar da Agencia Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), entre outros.

Trata-se da ampliação dos direitos fundamentais de forma a buscar privilegiar a participação cidadã na organização do sistema. Esta característica democrática visa por meio da participação direta – mesmo que com limitações – adequar o direito à proteção da saúde aos moldes constitucionais pensados pelo constituinte de 1988. A Constituição assegura que os indivíduos devam interagir no processo de definição das políticas públicas de saúde e que devem intervir nos meios de efetivação desse direito.

Nesse sentido, como se pode verificar pelo histórico da formação do SUS, este sistema representa a consolidação de uma política pública que foi institucionalizada com influência da mobilização dos conselhos de saúde, ou seja, com a representatividade da sociedade. No entanto, pertinente é o questionamento sobre a força vinculadora das decisões dessas formas democráticas de participação em relação à implementação das políticas públicas pelo Estado. Trata-se de questionamento que foi constantemente tema de debate entre os próprios conselheiros nas reuniões municipais, estaduais e nacionais. Ou seja, a força instituidora dos conselhos nos parece sempre ter estado ligada a uma força social invisível e extremamente frágil. Dentre as temáticas apreciadas pelas plenárias e encontros de conselhos não se tem notícia de um debate sobre a institucionalização da obrigatoriedade das decisões dos conselhos.

Outra questão de importância notória é a discussão sobre os fatores necessários para a promoção da autonomia dos conselhos, tanto financeira quanto política. No entanto, esse aspecto ao não encontrar meio para ser discutido de modo prévio em um processo de institucionalização, refletiu-se como uma das deficiências fundamentais do sistema, isso porque os conselhos sempre fizeram parte do executivo, sendo ele municipal, estadual ou federal.

Ainda assim, as discussões pela manutenção do espaço público de debate sempre foram uma constante, haja vista determinadas tentativas de limitação e burocratização das participações civis. Em sua essência, o movimento sanitário que deu ensejo ao SUS buscou organizar forças para institucionalizar a atenção à saúde não como política de Governo (do Ministério da Saúde), mas como uma função permanente do Estado.

No entanto, ainda que se possa considerar que a construção do SUS se deu com a possibilidade ampla de diálogo e deliberação, muitas questões importantes para a efetiva proteção da saúde constam-se precárias de análise. Temas como a política de fornecimento de medicamentos ainda permanecem burocratizadas e com questões obscuras que carecem uma conversa aberta entre Estado e sociedade. A falta de implementação de um debate amplo, deliberativo em relação a esta questão é um dos principais fatores para a avalanche de processos judiciais cujo objeto é o fornecimento de medicamento pelo Estado.

Com base no histórico apresentado, propõe-se a discussão em relação do SUS como política pública institucionalizada e financiada pelo Estado com objetivo de promoção da saúde universal e integral. Nesse sentido, a disposição de medicamentos é fator fundamental à prestação pela de proteção à saúde. No entanto, a política de fornecimento de medicamentos, não estando aberta a debate público, não constando como pauta de deliberação pelos cidadãos que de fato necessitam dela, permanece sendo tema de um debate institucional restrito.

4.4 A legitimidade do judiciário no controle da implementação da Política Pública

A busca da realização das políticas públicas é o propósito desta análise envolvendo o controle judicial de políticas públicas em consequência de demandas individuais judiciais – ou mesmo coletivas. A Constituição do Estado brasileiro de 1988 afirmou a escolha pelo modelo do Estado Democrático de Direito e dispôs sobre diferentes direitos sociais⁷¹ de forma extensa, possibilitando a ampla abrangência do alcance destes direitos e das formas de sua efetivação (Silva J. A., 2004). Nesse aspecto, impõe-se seja repensada a forma com a qual a efetivação desses direitos tem sido desenvolvida, uma vez que os direitos fundamentais de dimensão social carecem do regime democrático para sua realização.

A Constituição foi elaborada no sentido de dar força constitucional ao direito, de dar credibilidade constitucional em relação à aplicação do direito (Cittadino, 1999). Também, neste aspecto, importante a ruptura com a ideia privatista da cultura jurídica para a inauguração de uma noção de igualdade como conceito fundamental do Estado para garantia da dignidade da pessoa humana, da realização dos direitos sociais e dos meios democráticos. A legitimidade da democracia, conforme Novais (2006), constitui fundamento da estrutura

⁷¹ Segundo os doutrinadores constitucionalistas (Silva J. A., 2004) (Barroso, 2003), a Constituição positivou os direitos da Declaração da organização das Nações Unidas no ordenamento jurídico do país.

dos três poderes do Estado, os quais devem buscar formas de abrir os canais de participação democrática à sociedade.

Neste contexto, as políticas públicas são parte fundamental ao acesso à igualdade e conseqüentemente aos meios democráticos estabelecidos. Por isso, sua garantia por meios judiciais se constitui de extrema importância. O apelo aos magistrados sobre os anseios sociais de democracia e participação não providos pelo Estado carece de resposta. Principalmente no que tange ao direito à saúde, esse apelo é condição fundamental para sua efetivação. Cabe buscar os melhores formas de efetivar a participação da sociedade na elaboração de políticas públicas de saúde como forma de minimizar os efeitos que recaem ao Judiciário.

A função do Poder Judiciário no controle de políticas públicas é fundamental, haja vista o recorrente não cumprimento das normas constitucionais pelo Estado no que tange a disponibilização de meios à efetivação dos direitos sociais – e não somente os sociais. Ademais, os altos índices de desigualdade social⁷² no Brasil e a figuração da economia brasileira entre as maiores dez economias do mundo⁷³ revela o tipo de realidade que as instâncias estatais não podem ignorar, devendo, portanto, agir para promover meios de diminuição da desigualdade.

Nesse sentido, a sociedade não pode conviver com o distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social, uma vez que a saúde é dever fundamental do Estado e cabe à Administração Pública promover políticas adequadas à satisfação desse direito.

Considerando que o SUS é a única forma de acesso à assistência à saúde para cerca de 70% da população, tal como referido pelo ex-ministro da Saúde José Gomes Temporão (Temporão, 2009), a importância deste sistema é notoriamente fundamental à sociedade brasileira.

No entanto, em relação às políticas públicas, o Estado brasileiro não tem se mostrado eficaz e solucionador de problemas de desigualdade social. Em relação à saúde, um dos exemplos desta ineficácia está no grande número de demandas judiciais que visam obrigar o Executivo a realizar sua função como administrador dos recursos públicos. Há um distanciamento entre as políticas públicas implantadas e a população, não somente por parte

⁷² Dados do PNUD (Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento), de 2013, pelo índice de Gini, apontam o Brasil com o resultado de 0,56, sendo assim, o terceiro país mais desigual do mundo.

⁷³ Os maiores PIBs do Mundo (em trilhões de dólares): 1º - Estados Unidos - 15,684; 2º - China - 8,227; 3º - Japão - 5,963; 4º - Alemanha - 3,400; 5º - França - 2,608; 6º - Reino Unido - 2,440; 7º - Brasil - 2,395; 8º - Rússia - 2,021; 9º - Itália - 2,014; 10º - Índia - 1,824; 11º - Canadá - 1,819; 12º - Austrália - 1,541; 13º - Espanha - 1,352; 14º - México - 1,177; 15º - Coreia do Sul - 1,155; 16º - Indonésia - 0,878; 17º - Turquia - 0,794; 18º - Países Baixos (Holanda) - 0,773; 19º - Arábia Saudita - 0,727; 20º - Suíça - 0,632. (FMI, 2012)

dos mais necessitados como do cidadão em geral. Nesse aspecto, Rosanvallon (2006) propõe dois fatores preponderantes causadores do fenômeno de judicialização da política no ocidente: o primeiro advém da instabilidade e fragilidade dos sistemas políticos, e segundo do quadro de declínio da reação dos governos às demandas da cidadania.

Nesta assimetria entre o Estado Democrático de Direito e a sociedade, na qual o Judiciário precisa agir para executar políticas públicas, nota-se uma separação imaginária entre governo e população. Esse distanciamento é fruto da falta de representatividade democrática dos parlamentares nas três instâncias de governo, municipal, estadual e federal. Como resultado, estão políticas públicas direcionadas a uma população que não participou em nenhuma etapa do seu processo de elaboração. A população não reconhece a política pública como uma pretensão válida, como legítima.

Como resultado, ocorre a completa isenção de garantia concreta de constitucionalidade, ou seja, políticas descomprometidas com o pacto constitucional e com a população. A insatisfação resultante desemboca no Judiciário, órgão capaz de controlar a constitucionalidade, em relação aos deveres do Estado (Cardoso G. V., 2010).

Quando a demanda ingressa no Judiciário, portanto, inicia-se o debate sobre a possibilidade deste poder de controlar atos administrativos, mais precisamente as políticas públicas. Neste âmbito, há dois aspectos importantes a serem considerados: os instrumentos processuais envolvidos nestas discussões judiciais, e questões relacionadas ao orçamento público.

No caso específico da área da saúde, no que tange à efetividade de políticas públicas, imperioso considerar que há um programa cujas especificações e princípios foram baseados e fundamentados nas disposições constitucionais. Posteriormente à Constituição, por meio da Lei nº 8.080/90, foi estabelecida a Política Nacional de Saúde, sendo previsto também fontes orçamentárias para sustento destas políticas, assim como a competência dos entes federativos no que se refere a esta assistência. Mesmo com todo este aparato legal/constitucional, há um número demasiado de demandas exigindo do Estado a efetivação das políticas públicas.

O tema tornou-se de tamanha importância que chegou ao Supremo Tribunal Federal, o qual organizou uma Audiência Pública – a qual será tratada especificamente mais adiante - no ano de 2009, no intuito de organizar opiniões de especialistas no assunto. Para se ter uma ideia, em pesquisa no site do STF, delimitando-a ao intervalo temporal de janeiro de 2000 a novembro de 2013, com o termo “direito” e “saúde” a soma está em 424 acórdãos encontrados e 6.404 decisões monocráticas.

01/01/2000 a 31/12/2000	8 acórdãos	43 decisões monocráticas
01/01/2001 a 31/12/2001	7 acórdãos	59 decisões monocráticas
01/01/2002 a 31/12/2002	13 acórdãos	66 decisões monocráticas
01/01/2003 a 31/12/2003	36 acórdãos	84 decisões monocráticas
01/01/2004 a 31/12/2004	8 acórdãos	110 decisões monocráticas
01/01/2005 a 31/12/2005	14 acórdãos	159 decisões monocráticas
01/01/2006 a 31/12/2006	13 acórdãos	151 decisões monocráticas
01/01/2007 a 31/12/2007	23 acórdãos	133 decisões monocráticas
01/01/2008 a 31/12/2008	53 acórdãos	211 decisões monocráticas
01/01/2009 a 31/12/2009	34 acórdãos	559 decisões monocráticas
01/01/2010 a 31/12/2010	37 acórdãos	1.126 decisões monocráticas
01/01/2011 a 31/12/2011	44 acórdãos	1.175 decisões monocráticas
01/01/2012 a 31/12/2012	53 acórdãos	1.044 decisões monocráticas
01/01/2013 a 31/11/2013 ⁷⁴	81 acórdãos	1.484 decisões monocráticas
	424 acórdãos	6.404 decisões monocráticas

Fonte própria. Tabela produzida com os dados de pesquisa realizada no site do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>) com os termos “direito” e “saúde”.

Já quando a pesquisa é realizada com os termos “políticas” e “públicas” e “controle”, este número baixa para 34 acórdãos e 598 decisões monocráticas. Tal como se pode analisar na tabela abaixo:

01/01/2000 a 31/12/2000	1 acórdão	1 decisão monocrática
01/01/2001 a 31/12/2001	nenhum acórdão	4 decisões monocráticas
01/01/2002 a 31/12/2002	1 acórdão	6 decisões monocráticas
01/01/2003 a 31/12/2003	1 acórdão	5 decisões monocráticas
01/01/2004 a 31/12/2004	nenhum acórdão	9 decisões monocráticas
01/01/2005 a 31/12/2005	3 acórdãos	22 decisões monocráticas
01/01/2006 a 31/12/2006	nenhum acórdão	22 decisões monocráticas
01/01/2007 a 31/12/2007	4 acórdãos	20 decisões monocráticas
01/01/2008 a 31/12/2008	nenhum acórdão	15 decisões monocráticas
01/01/2009 a 31/12/2009	3 acórdãos	33 decisões monocráticas
01/01/2010 a 31/12/2010	2 acórdãos	56 decisões monocráticas
01/01/2011 a 31/12/2011	2 acórdãos	75 decisões monocráticas
01/01/2012 a 31/12/2012	5 acórdãos	90 decisões monocráticas
01/01/2013 a 31/11/2013*	12 acórdãos	247 decisões monocráticas
	34 acórdãos	598 decisões monocráticas

Fonte própria. Tabela produzida com os dados de pesquisa realizada no site do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>) com os termos “direito” e “saúde”.

*Por motivo de delimitação temporal ao depósito deste estudo, somente foi viável a busca até novembro de 2013. Portanto, os dados deste ano podem não condizer inteiramente com os números oficiais computados no dia 31/12/2013.

⁷⁴ Por motivo de delimitação temporal ao depósito deste estudo, somente foi viável a busca até novembro de 2013. Portanto, os dados deste ano podem não condizer inteiramente com os números oficiais computados no dia 31/12/2013.

Estes dados expõem que há uma tendência à via individual de solução de conflito nestas demandas. Isto porque na primeira pesquisa realizada, os processos judiciais que tratam de discussões relacionadas ao direito à saúde em sua maioria não levam em consideração argumentos de ordem pública, ou seja, que compreendam este direito como uma temática social e que deveria ser proporcionada pelo Estado por meio de uma política pública organizada e eficaz. O que se denota, portanto, são demandas individuais em que se requisita o “meu” direito à saúde, sem maiores discussões sobre o aspecto coletivo.

Já a segunda pesquisa revela dados sobre a pesquisa relativa às políticas públicas e ao controle judicial. Pelos poucos acórdãos proferidos ao longo dos quase 13 anos pesquisados – poucos em comparação com os dados da tabela anterior -, é de se compreender que temas envolvendo direitos de âmbito coletivo não são objeto de demandas em larga escala. No entanto, a via coletiva parece ser a mais adequada ao controle de políticas públicas e, considerando o direito à proteção da saúde uma garantia social constitucional, trata-se de tema a ser efetivado pelo Estado por meio de políticas públicas.

Outra conclusão importante que se pode chegar é sobre o excessivo número de demandas no Supremo Tribunal Federal, ou seja, no mais importante órgão decisório do país. Esta questão é relevante de ser pensada, pois significa que muitas – e também excessivamente - outras ações estão e/ou estiveram em trâmite nos demais tribunais e não chegaram ao STF por não serem desta competência meritocrática ou por não apresentarem algum determinado requisito formal.

Nos tribunais estaduais do Rio Grande do Sul os resultados seguem esta lógica. No Tribunal de Justiça⁷⁵, justiça estadual, portanto, a pesquisa realizada, para o período de 01 de janeiro de 2000 a 30 de novembro de 2013, com as expressões “direito” e “saúde” resultou em aproximadamente⁷⁶ 30.600 acórdãos e aproximadamente 18.700 decisões monocráticas. Já com os termos “políticas” e “públicas” e “controle” o resultado foi de aproximadamente 1.010 acórdãos e aproximadamente 265 decisões monocráticas.

No Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, o qual tem competência para decidir sobre fornecimento de medicamentos cuja incumbência de fornecimento é da União⁷⁷, com exatamente o mesmo termo “direito” e “saúde” o resultado é de 9.319 acórdãos encontrados e 219 decisões monocráticas. Quando a pesquisa é feita com as expressões

⁷⁵ Esta pesquisa foi realizada por meio do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no campo de ‘jurisprudência’.

⁷⁶ Este termo ‘aproximadamente’ está referido no site.

⁷⁷ Embora já esteja pacífico o entendimento do STF sobre a responsabilidade solidária dos entes federativos no oferecimento do medicamento.

“políticas” e “públicas” e “controle” o resultado foi de 58 acórdãos de 12 decisões monocráticas. Ressalva-se que a pesquisa realizada no site do TRF4 ([www.http://jurisprudencia.trf4.jus.br](http://jurisprudencia.trf4.jus.br)) não permite que a pesquisa seja restritiva ao estado do Rio Grande do Sul, razão pela qual os resultados acima referidos se referem também aos estados de Santa Catarina e Paraná.

Essa tendência em relação à via individual de solução de conflitos, preterindo-se a via coletiva, demonstra uma concepção individualista de resolução de problemas – problemas estes de cunho coletivo. Ademais, a fragilidade das instituições executivas do Estado pode ser percebida pelo excessivo número de processos que recaem aos cuidados do Judiciário e que deveriam ter sido resolvidos pela via administrativa estatal.

Para bem compreender esta fragilidade do Estado, importante conhecer a forma com a qual a organização administrativa do Estado Democrático de Direito elabora e executa políticas públicas no que tange à saúde, tendo em vista as obrigações e os limites constitucionais e legais⁷⁸. Já foi assinalado que os Poderes Públicos estão limitados às competências dispostas pela Constituição. Não há, portanto, poder soberano. Os três poderes estão igualmente limitados por normas e por elas também incumbidos a determinadas prestações das quais não podem esquivar-se. Ou seja, nenhuma autoridade está acima da Constituição e da lei; logo, a obediência às normas constitucionais é condição elementar do Estado de Direito (Constitucional).

Para a compreensão das condições de fundamentação das funções da Administração Pública no Estado de Democrático (Social) Direito, das condições que conduzem seu modo de agir, importante considerar o ambiente em que o Estado Social foi desenvolvido.

Na expressão de Habermas⁷⁹, o Estado de Bem-Estar é um projeto que se alimenta dos restos da utopia da sociedade do trabalho, pressupondo que as intervenções estatais podem garantir a coexistência pacífica entre capitalismo e democracia. Com efeito, é este modelo de Estado que permite um novo tratamento da questão social, que deixa de ser compreendida como um “caso de polícia” e passa a ser tratada como um “caso de políticas públicas (sociais)” voltadas ao enfrentamento dos problemas gerados pela escassez.

⁷⁸ A noção de limitação estatal de poderes advém com a separação da sociedade civil do Estado, século XVIII, de modo que os indivíduos passaram a exigir limitações da atuação do Estado em relação às suas liberdades e direitos. Trata-se de um novo paradigma, o paradigma liberal que rompe com a relação entre cidadão e Estado e funda o paradigma moderno de direito. (Novais, 2006)

⁷⁹ Obra de Jurgen Habermas citada pelo autor: (Habermas J. , La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas., 1988)

A situação de crise pós-primeira guerra instaura a necessidade do Estado prestacional, comprometido com o cidadão necessitado, mas que ao mesmo tempo visa à promoção da igualdade. Neste contexto, as políticas públicas são desenvolvidas, no centro de um Estado Liberal (burguês) que se adaptou às necessidades sociais decorrentes dos problemas complexos criados pelo desenvolvimento das relações econômicas capitalistas⁸⁰. Segundo Piana, foram três os pilares do Estado de Bem-Estar Social e das políticas sociais correspondentes a ele no período de 1945 a 1975:

1. o pleno emprego (masculino), respaldado na propriedade econômica de pós-guerra, na doutrina keynesiana e no esquema beveridgiano de seguridade social;
2. a universalização dos serviços sociais, visando atingir a todos indistintamente, de forma incondicional; e
3. a assistência social como forma de proteção, cuja principal função seria a de impedir que segmentos socialmente vulneráveis resvassem para baixo de uma linha de pobreza legitimada pela sociedade. (Piana, 2009, p. 29)

As políticas sociais, portanto, datam da primeira metade do século XIX e foram pensadas para auxiliar na redução de desigualdades e na resolução das más condições em que vivia grande parte da população. Inicialmente sem qualquer ambição de transformação da estrutura social tendo intenções apenas voltadas à remediação de situações de pobreza. Os textos constitucionais do século XX, ao incorporarem os direitos sociais a sua estrutura de garantias fundamentais, alteraram este aspecto e transformaram o auxílio do Estado em direito líquido e certo do cidadão.

Conforme Santos (2011), as Constituições instituíram novas funções ao Estado – em uma nova etapa do capitalismo – qual seja a de resolver problemas gerados pela estrutura do Estado Liberal e de oferecer as benesses promovidas pelo desenvolvimento cultural, científico e tecnológico da sociedade.

No Brasil, estas transformações ocorrem apenas na segunda metade do século XX, no período de grande industrialização em que os direitos sociais passam a ser analisados com mais cuidado pelos legisladores e pela classe política. Não resultaram, no entanto, de movimentos sociais organizados ou de demandas populares, mas sim como resultado de um

⁸⁰Como organizações capitalistas, especificamente neste sentido, denota-se as condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, cujo sistema organizativo inaugurou um novo paradigma de produção de bens de consumo e de organização do trabalho, condições que influenciaram diretamente no aspecto no autonomia do ser humano. (Garcia-Pelayo, 1993)

processo histórico⁸¹. Esta pode ser considerada como uma das razões pelas quais, mesmo estando estes direitos positivados na Constituição como direitos fundamentais sociais a efetivação dos direitos sociais constitui-se de tão difícil alcance.

Nas décadas de 60 e 70, o Estado vivencia uma crise financeira⁸² que compromete o financiamento de direitos sociais, uma vez que com o crescimento do desemprego a diminuição da arrecadação tributária e a, conseqüente, maior necessidade de benefícios sociais, gerou maior gasto público ocasionando um descompasso entre receita e carência. Neste período algumas políticas públicas de caráter temporário tornam-se permanentes, acabando por gerar déficit público e dificuldade do governo em arcar com custos das garantias sociais constitucionalizadas. Nesta concepção do Estado Social, o governo das leis é substituído pelo governo das políticas, uma vez que uma das principais funções do Estado passa a ser a elaboração e execução de políticas públicas.

Na década de 80 e 90, com o processo de redemocratização⁸³ e fim do período autoritário, a posição do judiciário passa a ter maior relevância, embora de forma ainda sutil neste período. Além disso, a ampla normatização dos direitos sociais somada à instrumentalização do processo em nível constitucional tornou o Judiciário um meio à execução de direitos sociais. A forma com a qual o cidadão se reporta a esse poder é de questionar judicialmente a omissão do Estado na execução das políticas públicas.

No entanto, o modo de pensar do judiciário, neste momento, ainda não reflete os anseios do Estado Social, ou seja, pode-se dizer que este poder execute seu modo de pensar – e conseqüentemente de agir – nos moldes do Estado Liberal. Trata-se de contradição que

⁸¹ A esse fenômeno em que as políticas sociais resultam não de movimentos sociais que as exigem, mas sim de condições históricas inevitáveis, Boaventura Santos denomina de “curto circuito”. (2011)

⁸² A crise econômica agrava-se na década de 70 devido à crise econômica do petróleo. Segundo Guilherme Dias e Basília Aguirre, “entre 1968 e 1973, o País viveu o chamado milagre econômico, experimentando taxas de crescimento econômico superiores às que a maioria dos países industrializados jamais havia tido. A indústria de bens de consumo duráveis deixou de exibir capacidade ociosa, o setor financeiro apresentou crescimento acelerado e consolidou-se como o agente financiador do sistema, e iniciou-se a nova etapa do processo de crescimento econômico. Em meio à euforia reinante, algumas vozes procuravam chamar a atenção do País para algumas contradições inerentes ao modo de crescimento, sem, no entanto, obter grande audiência” (grifos do autor) (Dias & Aguirre, 1992). A crise do petróleo de 1973 desacelerou o crescimento econômico.

⁸³ Conforme especialistas desta literatura, o processo de redemocratização brasileiro “tratou-se do caso mais longo de transição democrática: um processo lento e gradual de liberalização, em que se transcorreram 11 anos para que os civis retomassem o poder e outros cinco anos para que o presidente da República fosse eleito por voto popular. Para propósito analítico, pode-se dividir este processo em três fases. A primeira, de 1974 a 1982, é o período em que a dinâmica política da transição estava sob total controle dos militares, mais parecendo uma tentativa de reforma do regime do que os primeiros passos de uma transição democrática de fato. A segunda fase, de 1982 a 1985, é também caracterizada pelo domínio militar, mas outros atores □ civis □ passam a ter um papel importante no processo político. Na terceira fase, de 1985 a 1989, os militares deixam de deter o papel principal (apesar de manterem algum poder de veto), sendo substituídos pelos políticos civis, havendo também a participação dos setores organizados da sociedade civil.” (Kinzo, 2001, pp. 4-5)

ainda está muito presente nas estruturas do judiciário em contraste com as estruturas do Estado, o qual tem o dever de que pensar sobre as políticas públicas.

No caso da saúde, por exemplo, esta dicotomia mostra-se gritante. O modo de pensar (estrutura) e de agir (função) do Judiciário brasileiro é compreendido como liberal individualista. Este fenômeno é perceptível por meio da reflexão apresentada acima em relação ao número de acórdãos e decisões monocráticas referente às expressões pesquisadas. As decisões judiciais reproduzem a concepção individual, ainda que se esteja falando de um tema precipuamente coletivo – e até mesmo difuso como é o caso do direito à saúde. Além disso, há que ser considerada a estrutura processual⁸⁴ também individualista, a qual privilegia o processo individual, até mesmo por sua tradição de ideologia civilista. Nesse sentido, Ovídio Baptista cita Mannheim (1976),

Uma teoria será portanto errada se, em uma dada situação prática, usar conceitos e categorias que, utilizados, impediriam o homem de se adaptar àquele estágio histórico. Normas, teorias e modos de pensamento antiquados e inaplicáveis tendem a degenerar em ideologias, cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta, ao invés de revelá-lo. (Baptista da Silva, 2004, p. 22)

Conforme Baptista, o conhecimento se torna ideologia quando não mais considera as novas realidades “lidando com as situações práticas valendo-se de formas que as ocultem ou as retratem através de categorias impróprias” (2004, p. 22). O autor defende que o tratamento dados às instituições processuais, compromissando-as ao racionalismo, impõe um caráter ideológico a todo o sistema, em especial ao direito processual de tendência civilista, o qual teve seu desenvolvimento e auge no século XVIII.

Nesse contexto, Baptista ainda ensina que,

Cada época permite que surjam (em grupos sociais diversamente localizados) as idéias e valores que se acham contidos, de forma embrionária, como tendências não realizadas e que representam as necessidades da época. Estes elementos intelectuais transformam-se, então,

⁸⁴ Conforme Ovídio Baptista há dois principais compromissos ideológicos inerentes à nossa compreensão: “a idéia que o juiz somente deve ‘respeito à Lei’, sendo-lhe vedado decidir as causas segundo sua posição política (...)” e continua o autor, “a gênese e a evolução da lei se situam fora do âmbito de sua atividade”. Ainda merece transcrever o seguinte trecho “A outra ideologia, que avassala o pensamento moderno é a tirania exercida pela economia sobre o resto. A função do Poder Judiciário não é mais fazer justiça, porém acalmar o mercado. As duas questões são decisivas para a compreensão não apenas do compromisso assumido pelo Direito com o Poder, mas igualmente para relevar o componente conservador que sob elas se oculta” (Baptista da Silva, 2004, pp. 20-22).

no material explosivo dos limites da ordem existente. (Baptista da Silva, 2004, p. 23)

É, portanto, inegável a percepção de que na base da lei processual brasileira há ideologia de ordem civilista e, portanto, com caráter individualista, a qual o juiz está – desde a faculdade de direito⁸⁵ – acostumado a seguir e pouco afeito a questionamentos.

As demandas de cidadania, no entanto, como é a situação dos processos que envolvem a prestação do direito à saúde pelo Estado, que possuem caráter coletivo constitucional, mas estão sendo decididas por meio de formas processuais envoltas de “ideologia” civilista. Trata-se de jurisdição marcada pelos interesses liberais – neoliberais contemporâneos – que encontra dificuldade de compatibilização com as demandas atuais coletivas que envolvem direitos sociais.

O Estado Social se estrutura em uma base de garantia absoluta dos direitos individuais, mas colocando-os em pé de igualdade com os direitos coletivos, uma vez que são estes últimos fornecem a base de legitimidade do Estado. A efetivação de fins coletivos por meio de uma administração estatal organizada em políticas públicas – e até mesmo outras formas de ação estatal - é o que promove a realização da finalidade do Estado e, conseqüentemente, reafirma sua legitimidade.

O racionalismo mencionado por Baptista trata-se de um valor da modernidade e traz consigo uma noção de normatividade processual de cunho civil, baseada em valores individuais civis – os quais se configuraram em uma realidade iluminista. Neste aspecto, o modelo brasileiro de jurisdição tenta paradoxalmente coordenar valores jurisdicionais modernos em uma sociedade já dinâmica e com ímpetus pós-modernos, cujas atenções revelam-se compatíveis com o direito coletivo. Conforme Chevallier (2009), esse é um fenômeno⁸⁶ perceptível quando uma sociedade busca, por meio do desenvolvimento dos direitos sociais, a transformação da Jurisdição de do Direito de forma a alterar o indivíduo da posição central – concepção reinante à modernidade.

Neste aspecto, ao posicionar o coletivo como sujeito central do direito, as raízes da interpretação jurídica, assim como da normatização jurídica, encontram-se baseadas no grupo social. Para tanto, necessária uma superação da compreensão puramente moderna liberal para que se compreenda a intervenção judicial – responsável e orientada - à implementação de políticas públicas. Ao Poder Judiciário, na composição de seus magistrados, importa estar

⁸⁵ Colocando nos termos de Gadamer (2007), quando as concepções estão estruturadas na mesma base de preconceitos básicos.

⁸⁶ O autor Jacques Chevallier denomina este fenômeno de “refluxo do individualismo”.

ciente das condições orçamentárias do Estado para fim de produzir decisões que objetivem o bem coletivo na melhor forma do direito à saúde. Neste contexto, imperioso que sejam valorizadas as ações coletivas no sentido de que prevaleça uma melhor organização orçamentária.

No Estado (Social) Democrático de Direito, as políticas públicas⁸⁷ das mais diversas áreas devem ser pensadas, organizadas e estruturadas em conjunto visando um programa de Estado, de forma que permaneça para além dos períodos governamentais eletivos. Trata-se de medidas interconectadas que possibilitem o movimento das estruturas do Estado em via da sua execução. Dessa forma, visa-se a concretização de um ideal de ordem estatal e de direitos constitucionalmente estabelecidos.

A coletividade estando no centro das concepções jurídicas e políticas se torna objeto de medidas de ordem governamental. Esta é a forma de efetivação dos direitos sociais preconizada pela concepção de Estado Democrático de Direito.

A intervenção do judiciário, neste aspecto, importa em averiguar, partindo de uma perspectiva de jurisdição constitucional, a existência de política pública que vise a concretização de determinados direitos, a forma com a qual essa política foi elaborada, e até mesmo a efetividade da política pública implantada que devem atender a determinadas demandas sociais. O direito à saúde é um ótimo exemplo, assim como o direito à educação.

O SUS é o planejamento do Estado brasileiro em relação à atenção ao direito social à saúde. Neste sistema há uma estrutura organizada para o fornecimento de insumos e a disponibilidade de profissionais necessários em cada esfera estatal da federação. Ocorre que, muitas vezes o sistema não funciona de forma plena, fazendo com que a prestação do serviço seja inferior à demanda coletiva apresentada.

A falta de medicamento disponível é um exemplo desta situação, tanto no que se refere à indisponibilidade do produto por conta da escassez de oferta, quanto em situações em que o sistema público decidiu – por razões específicas de ordem técnica ou política -, não fornecê-lo. Nesses casos os cidadãos ingressam com as demandas judiciais, impondo ao Judiciário responder sobre a atividade prestada (ou não prestada) pela Administração Pública.

⁸⁷ Importa esclarecer que o termo “políticas públicas” advém da Ciência Política e da Administração Pública. Na esfera jurídica esta expressão pretende conduzir o Estado à propiciar meios da realização de direitos sociais por meio de prestações positivas. Nestes termos Bucci ensina que estes direitos exigem a existência do Estado intervencionista. (Bucci, Direito administrativo e políticas públicas, 2002)

A Lei nº 8.080/90, artigo 6º, inciso VI, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Saúde, revela que cabe ao Sistema Único de Saúde a organização da política em relação ao fornecimento de medicamentos.

Artigo 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

Essa dispensação está estruturada de forma específica e conforme artigo 31 da mesma Lei, a qual dispõe que deve ser sustentada com recursos provenientes da Seguridade Social.

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

O Conselho Nacional de Saúde, conforme já foi visto no ponto 4.4, também é responsável pelo estabelecimento de diretrizes das políticas públicas de medicamentos, observando sempre as peculiaridades típicas de cada ente federativo e até mesmo de cada município, juntamente com a Norma Operacional Básica do SUS (NOB) 01/1996. Nesse contexto, a integração de todos os entes federativos através das Comissões de Intergestores Tripartites (CIT) e Bipartites (CIB) é priorizada.

A Comissão Tripartite atua na esfera federal e é integrada por gestores do SUS das três esferas de governo (União, estados e municípios). É formada por 15 membros: cinco indicados pelo Ministério da Saúde (MS), cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (Conass) e cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems). Nesta Comissão, a representação de estados e municípios é regional, de forma que um representante é nominado para cada uma das cinco regiões do país. As decisões devem ser deliberadas até atingir o consenso. A CIT está vinculada à direção nacional do SUS (BRASIL, SUS de A a Z).

As Comissões Bipartites são fruto de articulações estaduais que têm objetivo de orientar, regulamentar e avaliar a operacionalização nos Estado e Municípios – ou seja, na forma descentralizada de organização do SUS. São constituídas paritariamente por

representantes do governo estadual cuja indicação advém do Secretário da Saúde do respectivo estado e dos Secretários Municipais de Saúde, indicados pelos órgãos de representação conjunta dos municípios do estado – geralmente denominado Conselho de Secretários Municipais de Saúde (Cosems). Estes membros têm a função de debater questões estratégicas da organização local para serem levadas à CIB⁸⁸. O Conselho de Secretários são também locais de articulação política dos gestores municipais de saúde. Estes CIBs foram institucionalizadas pela NOB 01/93 (BRASIL, SUS de A a Z).

Como se pode notar, a descentralização é uma prioridade do sistema e justifica-se pelas diferentes necessidades regionais do Brasil. Outra importante justificação do sistema descentralizado se refere à tentativa dos gestores de saúde de aproximarem-se das comunidades em vista de promover o diálogo sobre as carências e necessidades locais. Dessa forma, a pretensão se concentra em destinar os recursos de forma mais benéfica por meio de uma gestão participativa.

Para tanto, como já visto, o SUS está organizado de forma hierarquizada e regionalizada, em que cada esfera de governo possui competências autônomas em relação a investimentos de recursos repassados – de modo a poder atender as especificidades locais -, assim como vinculação obrigatória em relação a incumbências básicas. Nesse sentido, interessante o que ensina Medeiros sobre a forma de pensar a alocação de recursos para políticas públicas:

Quando se discute o uso de recursos públicos em um regime democrático, especialmente em casos de escassez, é inaceitável que o princípio ético da distribuição dos bens norteie-se por valores que não são reconhecidos como legítimos pela maioria das pessoas, o que pode ocorrer mais facilmente quando as decisões são tomadas individualmente. Por isso, na gestão de recursos públicos, é fundamental que as diretrizes éticas referentes aos princípios de alocação sejam claras e, ao máximo possível, elaboradas com a participação coletiva. Se essas diretrizes não parecerem adequadas à sociedade, os regimes democráticos possuem diversos mecanismos (como as leis e as eleições) que permitem que elas sejam alteradas.

(...) As diretrizes de política pública devem, além de tratar a regra geral, permitir o tratamento das exceções. É esse tratamento das exceções, por exemplo, que garante que os interesses das minorias não sejam esmagados pela vontade da maioria. A grande tarefa na construção de diretrizes de política pública nos regimes democráticos é, portanto, estabelecer com

⁸⁸ O gestor municipal deve procurar o Cosems de seu estado e discutir, ali, quais são as possibilidades de participação no processo de constituição e funcionamento da Comissão Intergestores Bipartite (CIB). (BRASIL, SUS de A a Z)

clareza os princípios que devem ser seguidos e construir mecanismos que sejam aceitos como legítimos para a sociedade para o tratamento das exceções (1999, pp. 2-3)

Nesse sentido, a descentralização é importante para que possa ser efetivada a forma administrativa a que o autor se refere. É a escassez⁸⁹ que torna necessária a existência dessas diretrizes direcionadoras dos recursos como importante ferramenta para um efetivo aproveitamento da distribuição. A política de fornecimento de medicamentos, nestes termos, deve imperiosamente ser implantada de acordo com a alocação de recursos e bens conforme as necessidades locais mais sérias e comprometedoras à saúde dos indivíduos que vivem na região. Conforme Medeiros,

A decisão de alocar recursos por critérios epidemiológicos possui um alto grau de orientação à “coletividade”. Ela utiliza o grau de necessidade dos indivíduos em um determinado instante como critério de alocação, mas apenas como medida de aumento da eficiência na produção de um bem público que visa suprir as necessidades da coletividade nos momentos seguintes à distribuição dos recursos em saúde. Neste sentido, critérios epidemiológicos podem indicar tanto a universalização como o melhor meio de produzir o benefício focalizado, quanto indicar a focalização como o melhor meio de produzir o benefício universal tendo, indiferentemente, como pano de fundo, tanto o princípio da equidade como o da igualdade. (1999, pp. 10-11)

A resposta às demandas sociais por recursos que atendam as condições necessárias para a assistência à saúde deve ser buscada por meio do diálogo coletivo, da deliberação entre os cidadãos que estão sendo afetados pela falta da atenção e que, conseqüentemente, serão beneficiados por uma eficiente política pública implantada. A valorização do aspecto participativo é importante para que se busque uma adequação entre possibilidades orçamentárias e necessidades existentes e eminentes.

Conforme Figueiredo,

As deliberações e decisões públicas acerca dos gastos públicos devem ser feitas e conduzidas pelo poder político e democrático nos espaços livres de conformação para que o embate e a criação normativa brotem voluntariamente do espaço social. A constituição não deve ser um

⁸⁹ Em relação à escassez e o aproveitamento dos recursos públicos: “Os benefícios de um bem público puro auferidos por uma pessoa dependem da quantidade do bem existente na sociedade e quanto mais houver desse bem para essa pessoa, mais haverá para as demais pessoas. Esse tipo de consideração na saúde introduz a importância de se utilizar também critérios epidemiológicos na distribuição dos recursos”. (Medeiros, 1999, p. 09)

instrumento autoritário de modelagem de todos os espaços sociais. Sequer cabe ao Judiciário ou à jurisdição constitucional sufocar o espaço da política, dos indivíduos e a autonomia privada da pessoa humana. (2008, p. 54)

As demandas individuais de medicamentos, neste sentido, comprometem a eficácia das políticas públicas, mas, frente à atual falência destas políticas, constituem-se um instrumento encontrado pelo cidadão para exigir a concretização de seu direito constitucional. As poucas demandas coletivas nessa temática são tratadas pelo judiciário – o qual está envolto em uma ideologia processual individualista contraditória com as novas exigências sociais de cunho coletivista – de forma descompassada às demandas da sociedade estruturada no Estado (Social) Democrático de Direito.

O controle judicial das políticas públicas, neste contexto, é imperioso, mas não pode fundamentar-se em demandas individuais. É necessário que haja um efetivo diálogo com a sociedade em busca da construção conjunta de soluções que beneficiem o coletivo. Não é legítimo, no entanto, o argumento de que por conta da escassez, a impossibilidade de fornecimento para toda a população induz e justifica o não fornecimento a qualquer pessoa – argumento da reserva do possível. A questão é gerir bem o sistema – com a participação da coletividade afetada por ele, ou seja, dos cidadãos - para que sempre se possa fornecer a todos possibilidades de tratamentos preventivos e curativos na mesma proporção.

Atualmente, as demandas judiciais têm fornecido individualmente os medicamentos e tratamentos solicitados. Em sua maioria, os processos têm gerado efeitos positivos aos autores das demandas, uma vez que em sua maioria as decisões têm condenado o Estado ao fornecimento do insumo requerido. O efeito ao Estado, contudo, tem sido trágico, pois as contas públicas são aviltadas sem que nenhuma discussão ampla e efetiva a respeito de uma política pública eficiente seja realizada.

Ao Judiciário recai o dever de, por meio do controle que lhe é lícito, legal e constitucional, verificar e corrigir a omissão do Estado em prestar políticas públicas eficientes. Nessa função inclui-se a compatibilização das políticas públicas às diretrizes constitucionais. Segundo Marcelo Figueiredo,

As ações individuais ou coletivas (conflitos de massa) pretendem, não raro, obrigar o Poder Público ou o Administrador Público a alterar um padrão de comportamento e, assim, também ajustar políticas públicas. Esse modelo é incentivado e promovido pelo desenho das normas constitucionais que pretendem infundir maior participação política e pública às decisões no Estado Democrático de Direito.

(...) Ao conceder essa ampla tutela, o poder judiciário não deve “invadir” a área de atuação do poder executivo, mas sim pode e deve corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais. (Figueiredo, 2008, pp. 52-53)

O controle judicial, portanto, no que tange ao controle da implementação de políticas públicas tem função de conectar o Estado e o cidadão quando os direitos fundamentais não são respeitados por aquele. É atribuída ao Judiciário a responsabilidade de corrigir desigualdades sociais nos limites da atuação promocional dos direitos fundamentais. É sua função, portanto, redirecionar condutas que estejam sendo exercidas de modo irrazoável ou de modo a minimizar direitos sociais por meio da omissão, fruto da inércia do Estado, ou dos abusos em gastos marcados pela desnecessidade.

A judicialização das políticas de saúde já representaram ser um importante amenizador do desrespeito estatal em relação aos cidadãos e tem se mostrado eficaz – ainda que de forma individualista - na busca da efetivação de direitos e eficácia dos princípios fundamentais da democracia no Estado de Direito (Figueiredo, 2008).

O controle jurisdicional, por fim, pode ser exercido em dois momentos distintos: ou no momento da elaboração da política pública, ou no momento de sua execução, ou seja, no momento do fornecimento gratuito de medicamentos.

Em relação ao momento da elaboração da política pública, o controle judicial é mais restrito, uma vez que a estruturação da política pública se trata de discricionariedade administrativa. Ou seja, a forma como se dará o funcionamento da máquina estatal para o fornecimento do insumo. Trata-se de controle que apenas pode ser realizado se houver inconstitucionalidade na elaboração, como um desvio de poder, por exemplo.

O controle da execução detém um caráter jurídico mais amplo. Cabe ao judiciário opinar e intervir quando não há fiel cumprimento de uma política pública já estabelecida, como por exemplo, quando em determinada localidade há falta de medicamentos por não fornecimento do Estado – como pretexto a falta de verba. Quando a política pública implantada não é eficiente, não prevê a melhor forma – e não a mais onerosa – de cumprimento das disposições constitucionais, como, por exemplo, o fornecimento de um medicamento pouco eficaz ou de tratamento excessivamente longo quando há tecnologia fornecendo opções mais vantajosas, tendo sempre como base o direito à vida do necessitado e, principalmente, à sua qualidade de vida.

Enquanto o primeiro tem a função de verificar a elaboração da política pública, este propõe a verificação da execução daquele por meio do acompanhamento de sua eficiência e razoabilidade.

O controle, portanto, deve ser exercido como garantia à sociedade de que os parâmetros constitucionais são de fato exercidos. Faz aqui a crítica sobre os meios processuais e procedimentais desse controle no sentido de que ainda necessita-se reformulá-los para fins de que possibilitem o melhor exercício deste controle das políticas públicas.

4.5 Procedimentos judiciais para implementação de Políticas Públicas

Em vista de todos os aspectos trabalhados na primeira parte deste estudo, no que tange ao Estado Democrático de Direito, permite-se afirmar aqui a legalidade do controle e da implementação de políticas públicas por via judicial. Além de consistir em instrumento apto, o Poder Judiciário mostra-se como meio adequado para o debate que envolve as demandas e expectativas sociais e o Estado. Desta forma, parte-se aqui da superação dos questionamentos em relação a possíveis incompatibilidades do judiciário de enfrentar questões que envolvam esta temática. Tanto em termos processuais quanto em termos constitucionais, afirma-se não haver indícios de ofensa ao princípio da separação de poderes nas demandas judiciais que buscam a efetivação de direitos sociais que deveriam em sua essência terem sido objeto de políticas públicas eficientes.

Tal como demonstrado nas razões de justificativa deste estudo, o volume de ações envolvendo a temática aqui tratada tem aumentado de forma diferenciada nos últimos dez anos, ou seja, de forma muito superior ao aumento de demandas envolvendo outras questões. Soma-se a isso o caos dos tribunais brasileiros com excessos de demandas aos juízes e desembargadores. Nesse sentido, é imperiosa a necessidade de serem investigadas as causas deste fenômeno para que seja possível a adoção de instrumentos que auxiliam na resolução dos problemas.

A proposta, portanto, se trata de aperfeiçoar procedimentos para que estes direitos constitucionalizados possam tornar-se concretos. O Judiciário não é o meio adequado para promoção da efetivação continuamente, por mais que essa possibilidade não se constitua em literal afronta ao modelo democrático tripartite. A este Poder incumbe agir quando, por meios provenientes do Legislativo e Executivo, o Estado não consegue prover à sociedade políticas

públicas eficientes. Nesta situação, deve o Poder Judiciário imbuir o cidadão, por decisão imperiosa, da efetividade de seus direitos exigindo que o Poder Público, omissos ou ineficazes, aja eficientemente.

Não sendo nestas ocasiões, o Judiciário está ingressando em uma esfera que atinge a estrutura do modelo democrático. A excessiva demanda por questões que exigem judicialmente do Estado prestações que, em sua essência, seriam objeto de políticas públicas para execução de direitos sociais, demonstra que, a falha está além da inércia do Estado.

Propõe-se, portanto, novos procedimentos como propostas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito com objetivo de que possam garantir à sociedade o alcance da efetivação de seus direitos sociais de forma participativa.

Nesse sentido, impõe-se a averiguação determinados conceitos referentes ao procedimentalismo existente hoje no sistema jurídico brasileiro. Analisa-se, inicialmente, o “processo coletivo” como forma jurídica inovadora – ainda que já considerada por muitos doutrinadores. Como proposta de um modelo procedimental coletivo, Gregório de Almeida apresenta uma análise do processo a partir de uma perspectiva constitucionalizada, diferentemente da clássica visão do processo e procedimento, a qual se baseia na ótica civil e, conseqüentemente elitista.

Segundo Almeida, portanto:

Essa visão constitucional do direito processual, que se instrui com base na teoria dos direitos e garantias constitucionais positivados no País na Lei fundamental, expressa ou implicitamente, tem como eixo central de sua pauta não só a *efetividade*, o *acesso à justiça*, o *processo de resultados*, mas especialmente a sua ordenação com base na teoria dos direitos fundamentais positivada no país. Assim, tem como fator legitimador da atividade jurisdicional o *garantismo constitucional*, que se materializa com a observância fiel aos princípios constitucionais fundamentais do direito processual (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc).

Partimos do pressuposto de que existe uma *teoria geral do processo* e de que ela se fundamenta constitucionalmente no *direito constitucional* processual, qual é formado pelos princípios constitucionais processuais fundamentais (devido processo legal, contraditório, etc). é, assim, em consonância com essa teoria geral do processo, que são estudadas as ações coletivas constitucionais, as quais estariam inseridas, consoante já sustentamos, dentro do *direito processual constitucional*.

Partimos do pressuposto também, conforme já defendemos em obra publicada, que o *direito processual coletivo brasileiro* é um novo ramo do *direito processual* e essa autonomia se consagrou com CF/88 e de que ele

tem natureza jurídica processual constitucional-social. (grifos do autor)
(2007, pp. 54-55)

A conclusão de que a efetivação das políticas públicas, quando não bem exercidas pelo Estado, depende de meios inovadores de procedimento, requer o melhoramento de instrumentos como a ação civil pública com fins de torná-la de cunho coletivo. Esse exercício exige verificar aperfeiçoamento e alterações em relação à propositura desta ação, aos meios probatórios e aos efeitos da decisão.

Estas ações públicas coletivas devem buscar não a exclusão das demandas individuais, mas sim devem colocar-se como um meio no qual seja possível debater sobre demandas de saúde – questões comuns a muitos cidadãos – e buscar a melhor condição de exigir do Estado seu cumprimento. Isso por que, muitas vezes a forma mais eficaz e produtiva de se obter o fornecimento de um medicamento por meio do Estado não é meramente exigindo dele a compra e a entrega ao enfermo demandante, mas sim, por exemplo, por meio da exigência do desenvolvimento de um laboratório (estatal) que tenha condições de produzir o medicamento⁹⁰ – e nesse sentido de forma ampla se produzir a proteção da saúde, uma vez que o incentivo à construção de um laboratório promove o fomento à pesquisa.

Busca-se um meio de debate no qual as melhores opções sejam trazidas à discussão, e o processo coletivo pode fornecer meios para isso. Nesse sentido, além de não excluir a participação individual processual, o que se pretende é permitir um maior acesso dos legitimados à discussão para melhor implementação das políticas públicas cabíveis. Por meio do debate público conduzido pelos interessados, este instrumento processual condiz com os aspectos democráticos pressupostos pelos direitos fundamentais.

Conforme afirma Almeida, a implementação de políticas públicas requer formas procedimentais sérias e eficazes e um destes meios é a ação civil pública, “desde que se trate de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas (artigo 129, III, c/c o artigo 5º da LACP)” (2007, p. 58). Nesse aspecto importa lembrar que o Ministério Público, por disposição do artigo 129, II, da Constituição Federal, deve zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos *serviços de relevância pública*, devendo promover medidas que se mostrem necessárias para sua efetiva garantia.

Afirma ainda que:

⁹⁰ Como exemplo da possibilidade desta alternativa, recomenda-se a notícia: Vice-governador vai auxiliar na retomada da produção de medicamentos do Laboratório Farmacêutico do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.rs.gov.br/noticias/1/113788/Vice-governador-vai-auxiliar-na-retomada-da-producao-de-medicamentos-do-Laboratorio-Farmacutico-do-RS/1/4//> acessado em 11 de dezembro de 2013. (RS, 2013)

Será cabível ação civil pública para que o Estado venha a reformar um determinado sistema penitenciário ou para que venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que isso fique demonstrado especificamente que se trata de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva vise implementar direitos e garantias assegurados constitucionalmente. (Almeida, Manual das ações constitucionais, 2007, p. 58)

Nesse sentido, a ação civil pública quando proposta judicialmente com fins de promover políticas públicas, está devidamente fundamentado na Constituição Federal, tal qual se observa pelo artigo 129, II e III, juntamente com o artigo 5º, XXXV, o qual determina o acesso amplo à justiça. Conforme afirma Penna, uma vez superadas as concepções de “separação de poderes” e desde que não haja impedimentos à interferência do Judiciário em qualquer matéria que trata de discricionariedade da Administração Pública, a ação coletiva detém as condições necessárias para promover o controle e a implementação de políticas públicas (Penna, 2011).

Como forma de fazer com que o processo seja de fato um ambiente em que esteja prevalente a participação das partes, dois elementos podem ser considerados indispensáveis: o *amicus curiae* e as audiências públicas. Nesse aspecto também demasiada importância recai ao controle concentrado de constitucionalidade, por omissão e de forma interventiva, e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por *amicus curiae* compreende-se o amigo da corte ou do tribunal, figura originária do direito anglo-americano, que não figura como parte no processo, mas intervém no seu andamento com a finalidade de auxílio do magistrado em seu julgamento (Aguilar, 2005). Em geral, sua manifestação se dá por meio da prestação de informações importantes a cerca do objeto da demanda que está sendo discutida – no caso das políticas públicas sua função está muito relacionada com a exposição dos reflexos que um tipo ou outro de decisão, ao tema específico, pode vir a ser causada. A forma de sua manifestação, comumente, se dá por meio de memoriais escritos.

Essa figura processual não está disciplinada em uma regra específica, mas em leis esparsas que a regulamentam. Por isso não há unanimidade plena entre doutrina e jurisprudência a esse respeito. No entanto, a Lei nº 6.616/78, no *caput* do artigo 31, determina, por exemplo, que a Comissão de Valores Mobiliários pode interferir como *amicus curiae* em demandas envolvendo direito societário. Já a Lei nº 8.884/94, no artigo 89, permite o acesso como *amicus curiae* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em

demandas judiciais que discutem a aplicação desta lei. A Lei nº 9.469/97, no artigo 5º, estabelece a intervenção de pessoas jurídicas de direito público em processos em que tenham interesse econômico envolvido. A Lei nº 10.259/01, no artigo 4º, § 7º, prevê que em decisões judiciais divergentes proferidas por Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, o relator pode solicitar a interferência de *amicus curiae* no processo.

Em suma, o *amicus curiae* interfere no processo quando há a possibilidade de que auxilie o magistrado no julgamento por meio do fornecimento de informações técnicas, em razão de seu conhecimento sobre o tema. Por isso, o indivíduo, grupo, associação, conselho entre outros, que exercerem função desta importância, devem ter suas atividades relacionadas diretamente ao objeto da discussão processual⁹¹.

As audiências públicas estavam previstas nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, já referidas, e que dispõem sobre processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. A Emenda Regimental 29/2009 do Supremo Tribunal Federal disciplinou-as, incumbindo o Presidente ou o Relator a sua convocação, nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII:

⁹¹ Em relação à natureza jurídica da intervenção do *amicus curiae* a doutrina e a jurisprudência ainda buscam uma definição mais precisa e unânime. Em regra há três posicionamentos em relação a esta questão: 1) a primeira delas afirma que a natureza da intervenção do *amicus curiae* configura assistência, a qual juristas chamam de assistência qualificada; 2) a segunda afirma que trata-se de uma nova espécie de intervenção de terceiros, portanto, denomina-se atípica; e 3) a terceira opinião defende que o *amicus curiae* se refere a um auxiliar do juízo.

Conforme a corrente que denomina a intervenção do *amicus curiae* como de assistência qualificada, cita-se Edgar Bueno Filho: “Com efeito, para intervir no processo judicial comum basta ao terceiro demonstrar o interesse legítimo. Nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade [...] a intervenção só se permite quando o terceiro seja uma entidade ou órgão representativo. Portanto, além da demonstração de interesse no julgamento da lide a favor ou contra o proponente, a assistência do *amicus curiae* só será admitida pelo Tribunal depois de verificada a representatividade do interveniente. Daí a conclusão de se tratar de assistência qualificada” (Filho E. S., 2002). Embora a doutrina esteja buscando definir esta linha, a jurisprudência ainda encontra-se divergente como demonstra a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748/RS (Jurisprudência. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 748 – RS, 1994) em face da Medida Cautelar nº 9.576/RS (Jurisprudência. Medida Cautelar nº. 9.576 – RS., 2005).

Conforme a corrente que denomina a intervenção do *amicus curiae* como de atípica de terceiro, o fator de atipicidade se dá uma vez que difere de todas as possibilidades encontradas no Código de Processo Civil. nesse entendimento, o *amicus curiae* deve ter algum interesse na demanda, ainda que não jurídico.

Na corrente doutrinária que percebe este instrumento como auxiliar do juízo em sua natureza jurídica, nega-se a qualidade de interventor desse instrumento. Segundo Mirella de Carvalho Aguiar: “Esta definição reveste-se de peculiar importância em razão de revelar a essência do instituto [do *amicus curiae*], indeferindo-se, portanto, que ele não se justifica na prestação de auxílio a qualquer das partes (o que não implica que da sua atuação não possa decorrer tal efeito), ausente o caráter *ad coadjuvandum*. Tampouco tem por objetivo a defesa de interesse jurídico próprio, mediato ou imediato, podendo-se definir como seu principal – talvez não único – escopo a colaboração à administração da justiça, propiciando aperfeiçoamento da tutela jurisdicional. Sua atuação pode ser proveitosa a alguma das partes, como também, pode não sê-la, prestando-se apenas a veicular esclarecimentos de fato ou direito, visando à sua correta apreciação pelo juízo e melhor aplicação da lei ao caso concreto, o que, em tese, seria de interesse comum aos litigantes” (Aguiar, 2005, p. 58).

Artigo 13. São atribuições do Presidente:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência.

Artigo 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

Este instrumento é tão relevante que, como será melhor analisado posteriormente, o Ministro do Superior Tribunal Federal convocou em 2009, uma Audiência Pública⁹² para debater com a sociedade questões relacionadas com a saúde. Em seu pronunciamento de abertura da audiência, o Ministro refere que a convocação da audiência se dá com a finalidade de ouvir o depoimento das pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde em relação a questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. Nas palavras do Ministro:

Por estar relacionada aos vários pedidos de suspensão que tratam da matéria, esta Audiência Pública distingue-se das demais pela amplitude do tema em debate. Todos nós, em certa medida, somos afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. (BRASIL, STF, 2009)

⁹² Trata-se de Audiência Pública, ocorrida entre nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, na qual ouviu-se 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde. (BRASIL, STF, 2009)

Neste sentido, a intervenção das audiências públicas se mostra de extrema importância ao caráter democrático do processo. A revitalização do processo, por meio do paradigma democrático, com a introdução do princípio da subsidiariedade – instrumento processual de natureza privada, mas subsidiária da ação civil pública⁹³.

Portanto, os instrumentos processuais *amicus curiae* e audiências públicas constituem importantes meios democráticos e refletem um aspecto de procedimentalismo constitucional. O princípio da subsidiariedade, nesse contexto, significa a admissão de instrumentos processuais privados para condução de procedimentos típicos da esfera pública. Trata-se da efetivação de instrumentos processuais para efetivação de direitos fundamentais⁹⁴.

Nesse sentido, Pereira Leal

Colhe-se das legislações civis, até hoje, principalmente do Processo Civil codificado, a inexistência de procedimento efetivadores de pleitos atinentes a direitos fundamentais de vida e dignidade jurídica. As questões referentes a tais itens são transferidos para uma esfera pública (habermasiana) em que é reclamada a eficiência de uma estrutura comunicativa do mundo da vida como fator esperado (nunca alcançado!) de inclusão social. Disso decorre que uma comunidade que não se constituísse pelo devido processo constitucional não teria possibilidade de construir-se em Sociedade Democrática de Direito, porque a esfera pública, ao conectar-se com o sistema político, este já originariamente se acharia dominado pelas atividades dos partidos políticos polarizados dos interesses dessa sociedade civil que, segundo Marx, uma vez dissimulada em Estado, colocaria este como reprodutor do sistema de dominação. (Leal R. P., 2005, p. 4)

Portanto, o respeito aos direitos fundamentais no sentido de propiciar sua execução de forma plena é fundamental ao Estado Democrático de Direito. A efetivação desses direitos seja por meio de políticas públicas, seja por obrigatoriedade de cumprimento pelo Estado das determinações judiciais é requisito essencial.

Nesse âmbito, pode falar-se na importância do princípio do *contempt of court*, cuja origem provém dos países de sistema de *Common Law* e que foi incorporado pela legislação brasileira por meio da Lei nº 8.953/94⁹⁵ e Lei nº 10.358/01⁹⁶. Este princípio se refere ao poder

⁹³ Conforme artigo 100, § 3º, do Código Penal e artigo 29 de Processo Penal.

⁹⁴ Ressalta-se, em relação a essa procedimentalização para fins de efetivação dos direitos fundamentais, a opinião de Penna: “Não é de olvidar-se, entretanto, que as modificações e aprimoramento do Direito Processual para a efetivação das garantias fundamentais têm que se dar com equilíbrio do nosso sistema, evitando-se mal maior que seria aquilo que já se denominou de ‘governo dos juizes’ ou ‘ditadura dos tribunais’”. (Penna, 2011, p. 271)

⁹⁵ A Lei nº 8.953/94 alterou o artigo 601 do Código de Processo Civil, dando-lhe a seguinte redação:

dos órgãos judiciários de coagir à cooperação, ainda que por meio indireto, pela aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição. É o poder do juiz de impor o acatamento às suas decisões, ainda que direcionada ao Poder Público estatal, para a garantia da ordem (Silva O. V., 2007, p. 93). A maior utilização deste princípio também propiciaria um avanço à implementação de direitos fundamentais por meio do processo.

Outra possibilidade interessante é trazida por Rosemiro Leal (2005) no sentido de que nas decisões judiciais contra a Fazenda Pública que implicam em utilização de valores não previstos orçamentariamente pelo Estado – nos casos das demandas judiciais das quais tratamos neste estudo, em quase sua totalidade há configuração desta situação, ou seja, para efetivação da decisão de fornecer o medicamento, pagar pelo tratamento ou exame, há vinculação imediata de capital do Estado, montante que, por óbvio, não figurou incluso nas previsões orçamentárias – a execução da sentença poderia ser de forma diversa das execuções hoje previstas na legislação brasileira. A decisão judicial poderia tornar-se eficaz apenas no ano seguinte ao de sua publicação, evitando a não previsão e, por conseguinte, qualquer vinculação do princípio da “reserva do possível”.

Conforme o autor,

De conseguinte, a expressão código de processo civil já suplica, na atualidade, por absoluta *contradictio in terminis*, erradicação para a elaboração de um código de procedimentos individuais e coletivos regidos (balizados) pela garantia do DEVIDO PROCESSO no marco do Direito processual Constitucional. Evitar-se-ia assim a fragmentação do Direito em sub-espécies jurídicas, tão caras ao estado Liberal discriminador, que estigmatizam e compartimentam as condutas humanas com finalidades

Artigo 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

⁹⁶ Esta Lei 10.358/01 introduziu o inciso V e parágrafo único ao artigo 14 do Código de Processo Civil Artigo Artigo 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

meramente retóricas, inquisitórias e punitivas. Essa seria uma iniciativa pioneira para que o mesmo ocorresse nos chamados direito processual penal, administrativo, econômico, direito processual do trabalho e várias outras sub-espécies do obsoleto Direito Processual Civil que poderiam ser agrupados num Código de procedimentos. (grifos do autor) (Leal R. P., 2005, p. 8)

Outro instrumento jurídico importante nesta ceara é o Mandado de Segurança Coletivo, regulamentado pela Lei nº 12.016/09, o qual tem como objetivo a proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos (Bueno C. S., 2010). A respeito de fornecer efetividade a decisões já publicadas pelo judiciário, esta ferramenta processual tem a vantagem de tramitação rápida e prioritária em relação a outras medidas do mesmo gênero processual.

4.5.1 Os instrumentos processuais adequados para o controle de Políticas Públicas

O controle processual de Políticas Públicas desafia o paradigma do direito do Estado Moderno no que se refere à separação dos Poderes republicanos. Trata-se de relações que envolvem o processo administrativo e judicial, em relações entre cidadãos e o Estado. Após, portanto, a reflexão sobre a necessidade e os limites da interferência do judiciário, impõe-se a análise de alguns instrumentos processuais que possibilitam este controle. A idéia central é expor os meios pelos quais os legitimados podem participar do processo de forma a garantirem demandas de interesse coletivo⁹⁷.

As Políticas Públicas tem como fundamental função possibilitar o exercício de um direito social constitucional. Deve-se partir da noção, portanto, de que uma grande violação ao direito do cidadão é a não regulamentação de um direito previsto constitucionalmente,

⁹⁷ Conforme Ada Pellegrini Grinover (2012), para efetivação plena de direitos fundamentais constitucionalizados é necessária a criação de um Código de Processo Coletivo. Defende que o código seria uma tentativa de dar concretude a instrumentos como A Ação Civil Pública e a Ação Popular. Segundo ela, o Código de Processo Civil, o qual regula tais instrumentos, não objetiva a tutela destas relações entre a coletividade e o Estado, ou seja, processos coletivos. Há falta de conexão entre o modelo individual liberal do direito civilista em relação às necessidades evidenciadas pelo processo coletivo, com ênfase à comunidade ao invés de o indivíduo. Nestes argumentos a autora justifica a importância de ser desenvolvido o estudo dessa nova codificação, a qual iria proporcionar meios adequados à realização de políticas públicas. O ante-projeto deste código, tal como elaborado por Ada Grinover, está disponível em <www.mpcon.org.br/manager/download.asp?arquivo=CBPC_2007_01_31_Entregue_ao_governo.doc&onde=../conteudo>. Acesso em 21.04.20.

assim como a ausência de orçamento público previsto para fazer frente aos meios necessários para efetivar o direito.

Para ambas situações, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão constitui um instrumento processual adequado a ser ajuizado. O artigo 103 da Constituição Federal, nesse aspecto, elenca os legitimados a ingressarem com este tipo de ação: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Trata-se de ação com efeito *erga omnes* e que ainda pode acarretar responsabilização da autoridade que comprovadamente omitiu-se no dever, por crime de responsabilidade. No entanto, não é meio adequado para exigir a imediata tutela do direito, mas apenas para obter uma declaração de que a omissão inconstitucional de fato existe e estende a todas as ações individuais ou coletivas que discutem o tema a declaração de existência de violação.

Importante salientar a existência do mandado de injunção para casos em que a ausência de regulamentação impede o exercício do direito. Ele representa o controle difuso e concreto de constitucionalidade, ou seja, ele pode ser impetrado por qualquer cidadão que se achar prejudicado pela ausência de uma norma que regule um direito previsto na Constituição Federal⁹⁸, em conformidade com o artigo 5º, LXXI. Em relação ao mandado de injunção coletivo, sua impetração pode ser realizada por sindicatos e entidades de classe para fins de viabilização dos direitos de seus associados.

Em relação à legitimidade ativa de impetrar mandado de injunção por entes públicos, a doutrina brasileira não apresenta ainda grandes discussões a respeito. Nesse sentido, analisa-se a questão em torno de três possibilidades: 1) cabe o ajuizamento deste remédio constitucional por entes públicos que se constituam titulares de direitos ou prerrogativas constitucionais, os quais têm seu exercício inviabilizado devido à ausência de regulamentação; 2) cabe o ajuizamento pelo Ministério Público, quando se tratar da defesa de direitos difusos, coletivos *stritu sensu* ou individuais homogêneos previstos na Constituição

⁹⁸ Uma importante questão foi tema de controvérsia na doutrina brasileira, mas que hoje considera-se sedimentada. Trata-se da compreensão sobre a ampla utilização do mandado de injunção para tutelar qualquer tema constitucional. Este entendimento teve que ser afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que houve quem defendesse que apenas os direitos do artigo 5º poderiam ser protegidos por este remédio constitucional. No entanto, o referido Tribunal afastou qualquer entendimento restritivo ao artigo 5º, estendendo a esta proteção a qualquer direitos de status constitucional.

cujo exercício esteja impedido pela falta de regulamentação; e 3) cabe o ajuizamento pela Defensoria Pública, nas situações em que os titulares dos direitos inviabilizados foram pessoas carentes.

Não há dispositivo constitucional que afirme estas considerações a ponto de poderem ser consideradas inquestionáveis. No entanto, por compreensão dos princípios da isonomia, do acesso a justiça e da efetividade da Constituição, entendem-se plenamente aceitáveis, ao menos as duas últimas afirmações. Estes princípios levam necessariamente a defesa da legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para impetrarem o mandado de injunção coletivo. Dessa forma, há a efetiva possibilidade de tutela daqueles que estão em posição de desamparo causada pela falta de regulamentação.

Neste aspecto, Piovesan (1996) defende a utilização dos instrumentos acima referidos fundamentando que se a efetividade da Constituição não estiver assegurada, todas as normas desta carta estão ameaçadas, inclusive o princípio da separação dos poderes. Portanto, não há falar em violação de princípio constitucional ou de interferência de um poder na esfera do outro ou mero controle dos atos administrativos referentes às políticas públicas. Ademais, no que tange ao mandado de injunção, se a esfera do Poder que sente invadida pelo Judiciário tivesse cumprido com suas funções de forma plena – e regulamentado as formas de execução do direito constitucional garantido – a utilização deste instrumento processual não seria necessária.

Defende-se, portanto, a inadmissibilidade da omissão que gera prejuízos ao cidadão ou à coletividade, em relação ao exercício de seus direitos. Além disso, de fato compreende-se que as ações coletivas representam uma forma democrática para garantir o acesso a direitos obstaculizados, cujo alcance é inviável ao cidadão.

No que se refere à possibilidade dos entes públicos de impetrarem o mandado de injunção, cabe primeiramente analisar se a norma em débito é relativa à lei ou a ato regulamentar. Neste último, o mandado deverá ser dirigido em face à autoridade da Administração Pública a qual competiria à edição do ato. Em relação à lei, há situações em que o projeto da lei já existe mas não foi votado. Nestes casos o pólo passivo será o Poder Legislativo, uma vez que a omissão a este recai em relação a não ter ainda realizado a votação para sua aprovação ou rejeição.

Quando se trata de omissão administrativa e as conseqüências puderem atingir direitos constitucionais sociais – e ao mínimo existencial –, especialmente quando envolver ações individuais, existe a compreensão de que deve ser concedida a tutela específica requerida,

conforme os artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, importante o que defendo Luiz Marinoni:

A tutela na forma específica, como é obvio, e a tutela ideal do direito material, já que confere à parte lesada o bem ou o direito em si, e não o seu equivalente em pecúnia. Não é por outra razão, aliás, que os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, demonstrando uma verdadeira obsessão pela tutela específica, afirmam que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (Marinoni, 2003, p. 230).

Nesse sentido, sendo a tutela específica imprescindível para efetivação de direitos do consumidor, também é forma adequada de buscar aplicação de direitos fundamentais. Para Marinoni, ainda, como consequência do direito de acesso à justiça – efetividade de jurisdição – há o direito ao meio de execução adequado, ou seja, o meio exatamente pensado para efetivar o direito material do autor da ação. Segundo o autor,

Em razão dos arts. 461 e 461-A do CPC, permite-se ao autor requerer na fase executiva, bem como ao juiz impor de ofício (...) meio executivo capaz de atender ao direito à tutela jurisdicional.

(...)

A legitimidade da escolha do autor diante de vários provimentos e meios executivos, bem como a legitimidade de preferência do juiz por provimento ou meio executivo diferente do solicitado depende não só de sua ‘adequação’ para a efetivação da tutela do direito, mas também o de ser ‘mais idoneo’ e ‘menos oneroso’ ao demandado.

A prisão, como é obvio, é o mais excepcional de todos eles, sendo passível de utilização quando a multa e os meios de execução direta são inidôneos à tutela do direito. (Marinoni, 2003, p. 334)

Dessa forma, a Constituição de 1988 deu destaque ao papel da sociedade no controle de políticas públicas. Alguns dispositivos são importantes nesse aspecto, tais como: o acesso à informação administrativa (artigo 5.º, XIV e XXXIII); o direito de petição para defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5.º, XXXIV, *a*); o direito a certidões (artigo 5.º, XXXIV, *b*); o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (artigo 14, I, II, III); a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (artigo 29, XII); o exame e a apreciação das contas dos Municípios por qualquer contribuinte (artigo 31, § 3.º); a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação

(artigo 10); a denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas, por cidadão, partido político, associação ou sindicato (artigo 74, § 2.º); a ampliação da legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade para sindicato ou entidade de classe (artigo 103, IX), entre outros.

No que tange ao direito à saúde, a Constituição determina que a participação popular está entre as diretrizes do sistema de saúde (artigo 198, III) sendo um eficiente mecanismo a ser exercido pelas conferências e conselhos⁹⁹ de saúde nas três esferas de governo. Portanto, há uma gama de meios para que o controle, a ser exercido pelo Poder Judiciário, seja iniciado. O direito de denunciar ao Ministério Público é uma forma legalmente importante a ser considerada. O controle por parte da sociedade é denominado por Juarez Freitas (2001) como exercício do direito de fiscalização da atividade pública e deve ser exercido de forma contínua por meio do acionamentos dos instrumentos existentes.

A Constituição definiu no artigo 127 que o Ministério Público é a “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis”. Neste sentido ainda, o artigo 129, II, estabelece que o Ministério Público tem a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública assim constitucionalmente assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Sendo o direito à proteção da saúde um direito assegurado, reste ente tem por dever atuar para afirmar sua proteção.

A Lei complementar 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, e a Lei 8.625/93, lei Orgânica do Ministério Público dos Estados, reafirmam as disposições constitucionais, declarando a importância da defesa do cidadão, dos interesses difusos¹⁰⁰, coletivos¹⁰¹ e individuais homogêneos¹⁰², para que seja possível a garantia dos direitos coletivos.

⁹⁹ Recomenda-se a leitura de Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silvia Moccia em relação ao âmbito de atuação dos conselhos em promoverem o controle das práticas administrativas. Nesse sentido, segundo elas os pontos que dificultam a atuação destes órgãos são: “a) A maioria dos Conselhos Estaduais e Municipais foi criada única e exclusivamente para atender à determinação da legislação federal, em ordem a evitar a suspensão de verbas advindas dos cofres da União; b) Os Conselhos não possuem autonomia, sobretudo financeira, e dependem das benesses do poder público (de tradição autoritária) para que possam minimamente exercer suas funções. c) Os Conselheiros representantes da sociedade civil, na maioria das vezes, não possuem conhecimentos básicos sobre administração pública e orçamento, tendendo a seguir as orientações dos representantes governamentais. d) Enfim, o caráter deliberativo dos Conselhos é simplesmente um adorno no processo decisório das políticas públicas, sem caráter vinculativo, para a implantação e a execução de tais políticas a cargo das mais altas instâncias governamentais”. (Moccia, 2005)

¹⁰⁰ São difusos os interesses e direitos transindividuais de natureza indivisível, dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (Arantes, 1999, p. 87)

¹⁰¹ São direitos e interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base. (Arantes, 1999, p. 87)

Nesse sentido, Comparato examina que cabe ao Ministério Público a ação no sentido de:

Impediente, ou seja, impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático, e a promocional, ou seja, de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3.º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. Essas atribuições fazem do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos. (Comparato, 2003, p. 254)

O autor coloca o órgão como protagonista na fiscalização orçamentária das ações governamentais, com o respaldo das auditorias dos Tribunais de Contas. A verificação dos orçamentos em relação ao cumprimento das diretrizes e metas de saúde pública – enquanto política governamental e direito social – constitui-se função elementar o Ministério Público e é extremamente relevante neste específico caso da saúde pela intrínseca relação com o direito à vida.

Dessa forma, fiscalizar a eficiência do SUS em cada ente federativo, em relação ao fornecimento de medicamentos previstos nos protocolos clínicos¹⁰³, deve ser atividade constante.

No que tange à esfera judicial, portanto, cabe ao Ministério Público promover ação civil pública no sentido de buscar efetividade plena do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos. Em relação a esse tema, em manual de saúde contido nos grupos de estudo do próprio Ministério Público, resta pacífico o entendimento de que o controle dos atos da administração que determinam o fornecimento de medicamentos são passíveis de análise do judiciário e, conseqüentemente, de proposição via Ministério Público.

Também na esfera extrajudicial é importante a atuação desse ente, uma vez que sua própria Lei orgânica a prevê. Por meio da condução de inquéritos civis é possível ser apurada a responsabilidade da Administração Pública em serviços relacionados à saúde. Essas averiguações podem resultar em termos de ajustamento de conduta junto ao ente público – com observação das recomendações feitas –, no sentido de remediar a situação presenciada. É

¹⁰² São direitos e interesses decorrentes de origem comum. (Arantes, 1999, p. 87)

¹⁰³ Protocolos clínicos são roteiros de indicação e prescrição, graduados de acordo com as variações e a gravidade de cada afecção e estão conforme o Protocolos de intervenção terapêutica nº 48 e a Portaria 3.916, de 30.10.1998.

possível também que o Ministério Público atue como auxiliar dos órgãos que formulam as políticas públicas, fornecendo informações e dados referentes à questão.

É importante envolver as medidas judiciais cabíveis, os órgãos legitimados e a sociedade civil na fiscalização e controle das políticas públicas. Há meios desse controle ser efetivado, uma vez que possível e não representativo de afronta ao princípio da divisão de poderes do Estado Democrático de Direito.

5. A QUESTÃO DOS MEDICAMENTOS

O tema da judicialização da saúde está muito vinculado especificamente com as demandas judiciais que requerem o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Neste estudo, já se pôde verificar temas como: a organização do Estado brasileiro e a opção pelo Estado Social e Democrático; o dever público em assegurar os direitos e garantias constitucionais e as possibilidades de cobrança por parte da sociedade quando há falhas da Administração Pública; a importância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida como fonte fundamental; e a saúde como Política Pública a ser financiada pelo Estado.

Neste momento, imperioso que sejam analisados os pedidos de medicamentos por meio do Judiciário ao Estado. Para tanto, merecer examinada a legislação que envolve esta questão para depois seguir para algumas questões controversas e argumentos trazidos pelas partes demandantes aos Tribunais.

Para tanto, algumas definições são importantes. O termo “fármaco”, conforme Portaria nº 3.916/98/MS/GM¹⁰⁴, trata-se da substância química que corresponde ao princípio ativo do medicamento. Por sua vez, o “princípio ativo”, conforme Portaria nº 749/09/MS/GM, art. 2º, se refere a substância quimicamente caracterizada, com ação farmacológica conhecida, sendo responsável pelos efeitos terapêuticos do medicamento.

Por “medicamento”, de acordo com a Portaria nº 749/09/MS/GM, art. 2º, II, art. 3º, II do Decreto nº 79.094/77, alterado pelo Decreto nº 3.961/01, e art. 4º, II da Lei nº 5.991/73 e Portaria nº 344/98/MS/SVS, compreende-se o produto farmacêutico manipulado por meio de técnicas científicas específicas, o qual pode conter um ou mais fármacos. Tem finalidade profilática, curativa, paliativa e de diagnóstico.

Outro termo muito utilizado é “droga”, o qual está estabelecido pela Lei nº 5.991/73, art. 4º, I, art. 3º, I do Decreto nº 79.094/77, alterado pelo Decreto nº 3.961/01 e Portaria nº 344/98/MS/SVS, e que significa a substância ou matéria-prima cuja finalidade seja sanitária ou para produção de medicamento.

Quanto à diferenciação entre medicamento e remédio, importante considerar que o último compreende qualquer cuidado que tenha objetivo de curar ou aliviar o sintoma experimentado, não consistindo, necessariamente, em fórmulas químicas e fabricação científica (por exemplo massagens, bolsa de água quente, etc.).

¹⁰⁴ Este portaria foi revogada pelo Regulamento do SUS. No entanto, não há outro dispositivo legal que definiu este termo.

Uma vez esclarecidas essas especificações, nesse capítulo sobre a questão dos medicamentos pretende-se esclarecer os elementos principais da Política Nacional de Medicamentos (5.1) em relação a sua estruturação e seus objetivos. Nesse aspecto, a agência nacional que regulamenta e exerce o controle sobre os medicamentos no Brasil merece ser analisada inclusive em contraste com os aspectos econômicos e sociais da política de medicamentos (5.2). Por fim, merece ser trabalhada a questão relacionada ao direito ao acesso de medicamentos no Brasil (5.3), também por meio da perspectiva econômica e social.

5.1 A Política Nacional de Medicamentos e seus aspectos sociais

A Política Nacional de Medicamentos foi elaborada com objetivo de gerir o acesso a produtos farmacêuticos pela população. Desde o planejamento sobre quais medicamentos são os mais apropriados para cada tipo de enfermidade até a forma com a qual deve ser distribuído para cada diferente região do país, são temas que envolvem a política nacional de medicamentos.

Trata-se de lei que foi aprovada em outubro de 1998, tornando-se o instrumento norteador de todas as ações no campo da política de medicamentos no país. Alguns determinados motivos incentivaram a promoção desta normatização, são eles: 1) a verificação da existência de muitos problemas na garantia de acesso da população dos medicamentos; 2) os problemas na qualidade dos medicamentos; 3) o uso irracional dos medicamentos; 4) a desarticulação da Assistência Farmacêutica; e 5) a desorganização dos serviços farmacêuticos (BRASIL, 1999).

Pelo termo “política” compreende-se a metodologia utilizada pelo Ministério da Saúde no que tange a construção da organização de determinadas demandas do setor. Este termo busca envolver a forma participativa com a qual este órgão do Executivo tende a desenvolver seu modelo de atuação, diferenciando-se do modelo rígido e acabado. Trata-se da formalização de modos de organização e instrumentos auxiliares que constituem parte da Política Nacional de Saúde.

Conforme documento do Ministério da Saúde, a Política Nacional de Medicamentos está estruturada nas diretrizes da Regulação Sanitária, Regulação Econômica e Assistência Farmacêutica. Nesse sentido,

A regulação sanitária objetiva proteger o usuário de medicamentos a partir de padrões de qualidade, segurança, eficácia em relação aos produtos e aos métodos de fabricação, armazenamento, transporte e dispensação, dentre outros aspectos.

A regulação econômica tem como um dos principais objetivos contrabalancear o poder de mercado das empresas e reduzir os custos de aquisição, seja do ponto de vista do setor público, da saúde suplementar (seguros privados) ou do ponto de vista do consumo direto das famílias. Abrange a proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo, ações pró-competitivas que procurem estimular a dinâmica de mercado e ações que coíbam as falhas de mercado (assimetria de informações e poder de mercado).

A terceira área de atuação envolve um conjunto de ações e serviços de atenção à saúde do cidadão que culmina, eventualmente, com o acesso propriamente dito ao medicamento. No âmbito da assistência realizam-se o mapeamento das necessidades da população, as prioridades sob o prisma da saúde pública, os objetivos, as estratégias de promoção e expansão do acesso. Promovem-se a construção de consensos terapêuticos a respeito da abordagem em doenças específicas e a indicação e uso de medicamentos, bem como avaliação e acompanhamento dos hábitos de prescrição, dispensação e resultados terapêuticos. (BRASIL, Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos, 2001)

O artigo 6º, I, “d”, e IV da Lei 8.080/90 (Política Nacional de Saúde) dispõe sobre a incumbência do Sistema Único de Saúde de executar a assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica. Devido a isso, por meio da Portaria nº 2.048 de 2009 foram desenvolvidas e normatizadas as especificidades da Política Nacional de Medicamentos. Dentre as diretrizes estruturadas está a enumeração de medicamentos denominados essenciais, assim como as condições elementares para que a assistência farmacêutica e a atenção de ordem sanitária sejam consideradas adequadas.

O acesso a medicamentos faz parte, portanto, da concretização da proteção da saúde. Nesse sentido, a entrega do produto ao cidadão que dele necessita é apenas parte das ações desta política. Trata-se de um conjunto de ações com finalidade de preservar a saúde e curar enfermidades, nas quais incluem-se pesquisa científica, produção, aquisição, distribuição, dispensação¹⁰⁵, garantia de qualidade, entre outros.

No que se refere à assistência farmacêutica, em 1964 foi pela primeira vez elaborada uma relação de medicamentos especiais, a Relação Nacional de Medicamentos Especiais

¹⁰⁵ O termo dispensação é trazido pela Lei nº 5.991/73, art. 4º, XV, na qual está determinado sua denominação como ato de fornecimento de um medicamento ao cidadão que necessita do medicamento.

(RENAME) ¹⁰⁶. Esta lista é atualizada periodicamente, em média anualmente, tendo por base determinados critérios científicos para esta verificação. Segundo o próprio Ministério da Saúde, são medicamentos escolhidos com base nas doze recomendações que melhoram o uso de medicamentos em países em desenvolvimento (BRASIL, Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, 2013). Este documento publicado anualmente com as atualizações necessárias é considerado, pelo Ministério da Saúde, um instrumento fundamental para o uso racional dos medicamentos, assim como fonte de organização para a produção nacional destes insumos.

Neste sentido, importante analisar as justificativas introdutórias da última versão 2013:

Com a publicação da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, em relação à assistência terapêutica e à incorporação de tecnologias em saúde no SUS, e do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta essa mesma lei para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, o conceito de RENAME foi ampliado. Conceitualmente, passa a ser composta pelos medicamentos que o SUS disponibiliza por meio de suas políticas públicas, selecionados a partir das melhores evidências disponíveis, e indicados para o tratamento daqueles agravos que acometem a população brasileira e que serão ofertados a todos os usuários do SUS, visando à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso. Anteriormente ao Decreto nº 7.508/2011, a RENAME era constituída pelos medicamentos considerados essenciais, no contexto da atenção básica e dos programas estratégicos do Ministério da Saúde, elencando, também, medicamentos, apresentações ou formas farmacêuticas que não estavam disponíveis no mercado, mas que, pela sua essencialidade, deveriam orientar a produção nacional. (BRASIL, Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, 2013)

Esta listagem de medicamentos é anualmente revisada atendendo aos princípios da universalidade, da efetividade, da eficiência e da racionalidade no uso dos medicamentos. Dessa forma, a escolha dos insumos é feita com base científica e tecnológica, considerando-se a efetividade, a segurança e aplicabilidade. Também são fatores importantes desta organização as necessidades em nível local, diferenças regionais como doenças específicas. Busca-se, com este tipo de organização, possibilitar tratamentos mais adequados e orientados às diferentes populações do país, como forma de racionalizar esta assistência. A diminuição

¹⁰⁶ A lista em completo teor pode ser encontrada no endereço eletrônico: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/11/19/12_05_02_316_RENAME_2013.pdf> acessado em 12.03.2013.

de custos também é pretensão do planejamento contido nesta política, possibilitando ações de saúde em níveis municipais e estaduais.

Outra importante característica é a menção aos protocolos clínicos que são diretrizes terapêuticas básicas para uma mínima padronização dos tratamentos, questão que possibilita maior organização orçamentária. Segundo a Lei nº 8.080/90, em relação a estes termos são adotadas as seguintes definições:

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Nesses protocolos clínicos há o nome das respectivas enfermidades, estando enumerados os fármacos¹⁰⁷ indicados como pertinentes ao tratamento. Eles descrevem o diagnóstico da doença, a dose recomendada, a absorção e o modo de ação no corpo humano. Trata-se de uma base na qual o profissional da saúde pode confiar. Em relação aos protocolos, Luciana de Carvalho analisa seu impacto no âmbito do SUS:

Os Protocolos, que possuem a natureza jurídica de Portarias da Secretaria de Assistência à Saúde, pretendem estabelecer critérios de diagnóstico para cada doença, o tratamento que é admitido para a enfermidade e os medicamentos disponíveis em doses predeterminadas. Para o processo de criação dos Protocolos, o Ministério da Saúde formou equipes de trabalho compostas por médicos, professores universitários com formação em farmacologia clínica e epidemiologia, farmacêuticos e um serviço de apoio. A metodologia adotada incluiu a revisão da literatura e buscou a fundamentação nas evidências científicas disponíveis. No processo de construção participativa dos Protocolos, foram igualmente realizadas consultas públicas. Ao final deste trabalho, a Secretaria de Assistência à

¹⁰⁷ A expressão fármaco, conforme definição oficial dada pela portaria ministerial nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998, é a substância química que é o princípio ativo do medicamento. Já a definição de medicamento, conforme Lei nº 5.991/73, é produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico. É possível afirmar, portanto, que medicamento é o fármaco que foi beneficiado industrialmente ou manufaturadamente com base em concentração terapêutica. (BRASIL, Lei nº 5.991/73. Dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, e dá outras providências, 1973)

Saúde realizou a avaliação do impacto financeiro dos Protocolos, buscando embasar suas decisões em uma equação de custo/efetividade, fundamentada em dados nacionais e internacionais utilizados como estimativas. Estes instrumentos de controle do fornecimento de medicamentos partem da premissa de que existe um consenso médico para o tratamento de toda e qualquer doença, fundada na experiência médica e científica. A partir desta decisão, são elencados os medicamentos que serão fornecidos para o tratamento de cada uma das enfermidades existentes. Há a aplicação de uma regra matemática: caso haja a configuração de uma determinada enfermidade: um único e exclusivo tratamento através de medicamentos será autorizado. Somente a este tratamento indicado é que o cidadão terá acesso. (Carvalho L. J., 2008, p. 29).

Devido a esta sistemática adotada pela Política Nacional de Medicamentos, a assistência farmacêutica precisou ser organizada em dois níveis: assistência básica e medicamentos excepcionais.

O nível de assistência farmacêutica básica está regulamentado pela Portaria nº 3.237/07/MG/GM. Nele constam tratamentos às doenças mais comuns aos brasileiros. Trata-se de atendimento que é descentralizado aos municípios, de forma que eles são os encarregados por seu financiamento – com recursos repassados pela União -, organização e atendimento. Os medicamentos envolvidos neste nível constam na listagem RENAME e não há exigência de elaboração de protocolos clínicos. Ou seja, os medicamentos podem ser obtidos em atendimento na unidade básica de saúde e em hospitais integrantes do SUS, ou nas farmácias populares integradas ao SUS. São medicamentos também chamados de essenciais.

O segundo nível refere-se a enfermidades que demandam um programa específico – predeterminado – de tratamento. São doenças como tuberculose, hanseníase, AIDS, malária, cólera, entre outras. Segundo o próprio Ministério da Saúde – MS, são considerados estratégicos aqueles medicamentos utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico em que o controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas. Além disso, trata-se de tratamento de alto custo e que representa impacto sócio-econômico ao Estado. São doenças que atingem ou põem em risco a coletividade e que têm como importante estratégia de controle o tratamento de seus portadores. Por isso são denominados estratégicos.

Os medicamentos relacionados a estas enfermidades são fornecidos pelas redes do SUS, a pacientes vinculados (o vínculo é universal, constituindo de mera formalidade de cadastramento). As farmácias de rede pública de saúde fornecem estes medicamentos mediante apresentação de receita.

Por fim, o nível de atenção farmacêutica excepcional é aquele em que se computam doenças raras ou de baixa incidência na população brasileira. Os medicamentos para estas enfermidades geralmente demandam alto valor de unidade fazendo com que o uso diário e contínuo se torne bastante oneroso. Estão elencados na Portaria nº 3.916/98.

Conforme Dantas & Silva,

Medicamento excepcional é aquele utilizado no tratamento de doenças crônicas, consideradas de caráter individual e que, a despeito de atingirem um número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até mesmo permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados. Por serem, em sua maioria, medicamentos excessivamente onerosos, são também chamados de medicamentos de alto custo. (Dantas & Silva, 2006)

Trata-se de doenças complexas, crônicas e que dependem de protocolo clínico específico. O tratamento é de alto custo e, por isso, os pacientes devem encaixar-se nos protocolos. Os medicamentos são fornecidos pelos governos estaduais, por meio da Secretaria Estadual de Saúde. Geralmente são medicamentos adquiridos de empresas privadas.

Outra importante ferramenta da Política Nacional de Saúde é o Programa “Farmácia Popular do Brasil”, instituído pela Lei nº 10.858/04 e pelo Decreto nº 5.090/04. Trata-se de programa que visa proporcionar acesso facilitado da população a medicamentos essenciais – ou seja, da assistência básica – uma vez que se constituem indispensáveis ao atendimento das doenças mais comuns da população. Seu fornecimento não é gratuito, mas é vendido a preço de custo uma vez que cerca de 90% do valor do medicamento é subsidiado pela União¹⁰⁸. Para aquisição, é necessária a apresentação do receituário médico.

A gestão técnica e administrativa deste Programa está a cargo da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), como determina o Decreto nº 5.090, artigo 2º¹⁰⁹. O programa também realizou parcerias com farmácias privadas para aumentar os pontos de disponibilização à população de medicamentos para diabetes, hipertensão e anticoncepcionais. São as chamadas “Aqui tem Farmácia Popular”, conforme Portaria 749/09/MS/GM.

¹⁰⁸ Conforme dados do Ministério da Saúde, disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=30269> Acesso em 23.10.2012

¹⁰⁹ Art. 2º. A Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ será a executora das ações inerentes à aquisição, estocagem, comercialização e dispensação dos medicamentos, podendo para tanto firmar convênios com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sob a supervisão direta e imediata do Ministério da Saúde. Parágrafo único. O Ministério da Saúde poderá firmar convênio com entidades públicas e privadas, visando à instalação e implantação de novos serviços de disponibilização de medicamentos e insumos, mediante ressarcimento, tão-somente, de seus custos de produção ou aquisição.

Nesse cenário, a Política Nacional de Medicamentos foi elaborada para auxiliar a Política Nacional de Saúde na execução da proteção a esse direito. Atualmente a dispensação de medicamentos pela rede pública de forma gratuita ou com subsídio é um instrumento fundamental da atenção à saúde. Nesse sentido, importante considerar que o Brasil está entre os dez maiores mercados consumidores de medicamentos, representando 1,5% a 2% do consumo mundial destes produtos¹¹⁰.

Embora a carência por estes produtos seja uma verdade incontestável, ainda há muitos problemas no acesso aos medicamentos. Conforme Oliveira,

Apesar da enorme importância social dos medicamentos e dos fármacos neles contidos, só perdendo em importância social para a disponibilidade de alimentos e água, a sua distribuição mundial é extremamente desigual: cerca de 80% de todos os medicamentos vendidos no mundo alcançaram apenas [...] cerca de 20% apenas da população mundial. Pior, a maior parte dos medicamentos disponíveis está orientada para controle de doenças características de sociedades afluentes e as pesquisas de novos fármacos seguem a mesma orientação. Doenças típicas de países menos desenvolvidos - malária, hanseníase, leishmaniose, leptospirose, tuberculose - não são objeto de interesse dos grandes laboratórios produtores de medicamentos pois a renda das populações dos países mais afetados por aquelas doenças não propiciaria a oportunidade da prática de preços compensadores. (Oliveira, 2005, p. 1635)

Segundo dados da Portaria nº 3.916/98/MS/GM, o perfil do consumidor brasileiro em relação a medicamentos pode ser dividido em três grupos: 1) o grupo A, com renda acima de 10 salários mínimos (15% da população), consome 48% do mercado total; 2) o grupo B, com renda entre 4 e 10 salários mínimos (aproximadamente 34% da população), consomem 36% do mercado; e 3) o grupo C, com renda abaixo de 4 salários mínimos (cerca de 51% da população), consomem 16% do mercado.

Esses dados são importantes para que se possa refletir sobre as necessidades brasileiras e como o Estado deve agir para fazer frente a estas carências. Uma questão importante, por exemplo, diz respeito ao financiamento de pesquisas científicas que envolvam as maiores demandas da população. O fomento a pesquisadores é caminho fundamental para aproveitar o material humano brasileiro e produzir tecnologia científica com vias de buscar a auto-suficiência.

¹¹⁰ Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1474>. Acesso em: 20 ago. 2012.

O estudo dos aspectos sociais relacionados à política de medicamentos, portanto, visam um melhor aproveitamento dos recursos destinados a este fim, uma vez que a política existe para proporcionar a toda a população melhores condições de vida, zelando em primeiro lugar pela dignidade humana. Nesse sentido, tendo que a falta do acesso a medicamentos é causa de desarmonia social e prejudica a coesão da sociedade, imperioso tratá-la como uma questão de ordem social.

Cada indivíduo que adoece representa ônus à sociedade que deverá arcar com seu tratamento e muitas vezes ainda, se em o enfermo estiver em idade adulta, com arcará com o ônus da falta de mais um trabalhador gerador de riqueza. Além disso, nunca apenas o enfermo é afetado pela doença que lhe acomete. Sua família e no mínimo uma ou mais pessoas são oneradas com limitações de diversos níveis: de tempo, de dinheiro, de lazer, entre outros. Cada pessoa enferma que não é tratada além de ônus financeiro é um grande ônus social, uma vez que a sociedade que se conforma com a falta de dignidade a um, não respeita o todo.

A constatação de que toda a sociedade é prejudicada, busca-se afirmar que não apenas as classes sociais de baixa renda são afetadas pela falta de medicamentos, mas a sociedade como um todo. O cálculo da tragédia de uma doença grave pode comprometer 70 a 80% do orçamento familiar de qualquer classe social. Tudo a depender o valor do medicamento necessário. Mesmo classes financeiramente privilegiadas podem sofrer danos sérios ao seu patrimônio para arcar com os custos de um tratamento.

Os pedidos judiciais cujo objeto é o fornecimento de um ou mais medicamentos pelo Estado, estando ou não o medicamento incluído nas listas de dispensação do Ministério da Saúde, a rigor, são parte de um problema social que vai além da política de saúde pública.

Pode ser que a enfermidade seja resultado da falta de meios públicos para a prevenção, assim como pode ser resultado da falta de saneamento básico (da exposição a determinado tipo de elemento nocivo a saúde) ou até mesmo por questões de negligência pessoal com a própria saúde (obesidade, falta de atividade física, entre outros). As causas, portanto, são relevantes, mas não justificam qualquer tipo de descaso do Estado com o bem maior do ser humano, a vida.

A política de fornecimento de medicamentos pelo Estado e as demandas judiciais por medicamentos em falta nas farmácias do Estado ou que simplesmente não constam nas listagens de dispensação, constituem-se questões complexas, uma vez que envolvem a interpretação de princípios como a igualdade, a equidade, a justiça, o direito individual em relação ao direito coletivo, entre outros.

A importante questão que se pretende estruturar neste estudo é a saber se a atual formatação da política de medicamentos - e até mesmo da política de saúde - se apresenta compatível (adequada) com os anseios da sociedade. Ou seja, se todos os afetados por enfermidades que fossem recorrer às políticas públicas de fornecimento de medicamentos para ter o conforto da cura ou da amenização do sofrimento – isto é, a sociedade como um todo -, pudessem fazer parte da formulação dessa política, ela seria estruturada tal como é hoje? A atual concepção de democracia permite que os afetados pelas políticas públicas participem da elaboração dessas políticas?

Inevitavelmente, questões como esta põem em cheque determinadas concepções de Estado Democrático de Direito. É nesse âmbito que este estudo pretende trazer a discussão sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos que não conseguindo atender às demandas sociais, acabam por serem uma das causas – a principal - do fenômeno da judicialização das políticas de saúde.

Esse fenômeno pode ser compreendido quando se analisa o Estado de Bem Estar Social e o super poder da Administração Pública, ou seja, do Executivo, por meio do pretexto de que o Estado deve proporcionar meios em vista da igualdade. Quando o Executivo instrumentaliza o direito e hiper-regula os espaços de livre produção social, a “luta” da sociedade aos excessos cometidos ou em relação à falência destas regulações gera a judicialização. Segundo Araújo, “os atores sociais não reconhecem as normas welfaristas¹¹¹ como de sua própria feitura e veem os movimento autônomos da sociedade engessados pela excessiva normatização” (Araújo G. S., 2011, p. 26).

Defende, portanto, a participação cidadã na formação de Políticas Públicas que os afetem. Nesse sentido Araújo explica que,

É mister que o núcleo inviolável do Direito se atenha aos procedimentos que garantem regras igualitárias de participação e deliberação, de modo a neutralizar as desigualdades provenientes do mundo privado (Habermas, 1986). Esta “democratização” da esfera pública, portanto, depende da animação da cultura cívica e da equalização do poder comunicativo dos membros da sociedade, ativando igualmente todas as opiniões na tarefa da deliberação e filtragem para a produção das normas legislativas. (Araújo G. S., 2011, p. 26)

¹¹¹ Normas que remetem ao Estado de Bem Estar Social, também denominado Welfare State.

Nestes termos, pensar a Política Nacional de Medicamentos sob a ótica das relações sociais induz a analisar sobre a real efetividade dessa sistemática e a real satisfação dos cidadãos que necessitam utilizar o sistema.

5.2 O registro de fármacos na ANVISA e seus aspectos econômicos e sociais

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹¹², criada em 1999 pela Lei nº 9.782, é o órgão nacional competente para o registro de fármacos. Conforme essa lei, juntamente com a Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde, a concessão, alteração, suspensão e cancelamento do registro de qualquer medicamento é atribuição desse órgão¹¹³. Todos os medicamentos constantes das listas de distribuição do SUS necessariamente foram aprovados e registrados nesse órgão.

O registro do fármaco indica que foi testado e sua eficácia é evidente, portanto, o medicamento é confiável¹¹⁴. Conforme Paula, Alves, Vieira e Souza,

A garantia da segurança, da eficácia e da qualidade dos medicamentos é feita por meio do cumprimento da regulamentação sanitária, estabelecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), enquanto que o desenvolvimento e a capacitação de recursos humanos propiciam a articulação intersetorial e, conseqüentemente, a operacionalização da PNM. A reorientação da assistência farmacêutica não pode ser restrita ao ato de adquirir e de distribuir os medicamentos, como já explicitado, mas deve garantir também a atenção farmacêutica, habilitação específica do profissional farmacêutico, com o acompanhamento dos pacientes durante o uso dos medicamentos prescritos. Ao realizar a identificação, a correção, a prevenção ou a redução dos possíveis agravos ocorridos devido à má utilização dos medicamentos, o farmacêutico pode estabelecer um vínculo maior com os usuários do sistema. Isso possibilita o resgate do papel do farmacêutico como profissional do medicamento a serviço da coletividade e não a favor do mercado. (Paula, Alves, Vieira, & Souza, 2009, p. 1119)

¹¹²¹¹² A Agência Nacional de Vigilância Sanitária é uma agência reguladora, considerada autarquia, que tem função de regular, fiscalizar e supervisionar atividades de controle de riscos. Também é responsável pela verificação do cumprimento de normas e padrões de comercialização dos medicamentos.

¹¹³ A suspensão, concessão e cancelamento do registro do medicamento é competência do Diretor-Presidente da ANVISA.

¹¹⁴ Conforme Decreto nº 3.961/01.

A análise farmacotécnica realizada constitui-se da verificação de etapas como a fabricação, o controle de qualidade e armazenamento, entre outros. Os medicamentos comercializados no Brasil devem ter o registro da ANVISA e, além disso, o registro do país do qual provém, conforme Lei nº 6.360/76.

Na fase de produção, o controle estatal ocorre por meio da concessão de registro do produto que consiste, em última análise, em uma permissão para a produção de um bem público. Existe, portanto, uma delegação do Estado ao setor produtivo privado da possibilidade de produção de medicamentos consubstanciada pelo ato de registro do medicamento, pelo qual o Estado outorga à empresa o direito de explorar economicamente um ou mais tipos de produtos. No intuito de não somente reduzir os riscos à saúde da população, como também otimizar os benefícios do uso dos medicamentos em um mercado onde convivem interesses públicos e privados, cabe ao Estado impor regras que demarquem os distintos interesses, tais como: a concessão de autorização de funcionamento, a certificação de que o fabricante cumpre com boas práticas de fabricação e de controle de qualidade [...] e o estabelecimento de regras rígidas para o registro de medicamentos. [...] No que tange à forma de normalização do mercado (entendida como controle rígido que sustenta essa delegação de produção, controle e comercialização ao setor privado), há dois caminhos: o primeiro visa criar um conjunto restrito de regras e deixa a interpretação dessas regras ao sabor da subjetividade; o outro, visa criar o máximo de regras, deixando pouco espaço para a subjetividade. No mercado brasileiro, até bem pouco tempo imperava a primeira situação; mas a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 1999, provocou a inflexão para um panorama normativo mais prescritor e detalhado. A primeira abordagem favorece a expansão do mercado com um risco significativo da redução da qualidade dos produtos ofertados. A segunda tende a causar uma retração de mercado (menor número de unidades produtoras são capazes de adequar-se às regras rígidas), mas tende a favorecer o aumento significativo da qualidade dos produtos ofertados. (Rumel, Chinchilla, & Neves, 2006, p. 185)

Há casos de exceção, previstos pela própria Agência, nos quais não é necessário o registro como na situação de importação em caráter excepcional. As exceções estão previstas na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) de 28 de maio de 2008 (BRASIL, 2012). Nesta resolução consta uma listagem de produtos farmacêuticos que podem ser importados para situações específicas, não comerciais. Nestes casos a Agência fornece uma autorização de entrada do medicamento no país, a qual deve estar precedida da comprovação da

indisponibilidade do produto no mercado brasileiro, da não existência de processo de registro do produto e de informações idôneas sobre a eficácia e segurança do produto¹¹⁵.

Como se analisará mais adiante, essa possibilidade de ingresso no país de medicamentos não aprovados pela ANVISA, pode funcionar como uma espécie de incentivo a demandas judiciais que solicitam este tipo de medicamento ao Estado. Nos casos em que não há sequer autorização da agência, o magistrado tem dificuldades de posicionar-se por nem mesmo saber sobre a eficácia e segurança do medicamento. Muitas vezes, acaba por basear sua decisão no laudo médico existente nos autos do processo, os quais quase na totalidade das vezes foram produzidos pelo mesmo médico que receitou o medicamento.

A mesma situação muitas vezes ocorre quando o medicamento é fruto de tecnologia nova, da qual até mesmo poucos profissionais da área conhecem. A incorporação de inovações farmacológicas geralmente leva certo tempo para averiguação de determinadas condições necessárias para considerar o medicamento eficaz e seguro. Conforme Gadelha,

Quatro questões se fazem essenciais para a incorporação de uma nova tecnologia: funciona? (eficácia); o quão bem funciona? (efetividade); a que custo? (eficiência); e para quantos (equidade). Desafortunadamente, são questões cujas respostas são pouco valorizadas no âmbito da Justiça, o que concorre para que decisões judiciais ganhem caráter de injustiça e iniquidade. (Gadelha, 2011, p. 347)

Nesse sentido, fatores importantes como a averiguação dessas questões geralmente não são levados em conta no momento da tomada da decisão judicial (Gadelha, 2011). Na realidade, pode-se perceber nas demandas judiciais por medicamentos conflitos de interesses

¹¹⁵ A verificação da segurança e eficácia são prioridade na política de medicamentos, e são fatores verificáveis por meio de um processo. Nesse sentido, “O processo para garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos medicamentos fundamenta-se no cumprimento da regulamentação sanitária, destacando-se as atividades de inspeção e fiscalização, com as quais é feita a verificação regular e sistemática. Essas atividades, coordenadas em âmbito nacional pela Secretaria de Vigilância Sanitária, serão efetivadas mediante ações próprias do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, no cumprimento dos regulamentos concernentes às boas práticas de fabricação. Essa sistemática permitirá a concretização dos preceitos estabelecidos na Lei n.º 8.080/90 e em legislações complementares. Para o exercício dessas ações, a Secretaria de Vigilância Sanitária implementará e consolidará roteiros de inspeções aplicáveis à área de medicamentos e farmoquímicos. Definirá, desenvolverá e implantará sistemas de informação para o setor, envolvendo os três níveis de gestão, estabelecendo procedimentos e instrumentos de avaliação. A reestruturação, a unificação e o reconhecimento nacional e internacional da Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde - REBLAS, no âmbito do sistema brasileiro de certificação, permitirão aos produtores testemunhar, voluntariamente, a qualidade dos seus produtos colocados no comércio - que são adquiridos pelos serviços de saúde - e, ainda, a fiscalização e o acompanhamento da conformidade de medicamentos, farmoquímicos e insumos farmacêuticos. Será promovida a sistematização do arcabouço legal existente, adequando-o aos princípios e diretrizes constitucionais e legais do SUS, bem como ao estágio atual do processo de descentralização da gestão.” (BRASIL, Procuradoria Geral da República - Portaria n.º 3.916/98, 1998)

que vão além da necessidade humana daquele insumo. Trata-se de interesses mercadológicos que geram conflitos técnicos e que pela falta de condições processuais – financeiras e de recursos humanos especializados – pecam em negligenciar a análise de questões fundamentais à resolução do caso. Essa questão foi extensivamente tratada na Audiência Pública de Saúde de 2009 – que será detalhada mais adiante – momento em que se buscou recomendar aos magistrados formas de se precaver dessas armadilhas.

Essas questões tornam a análise da judicialização da saúde uma questão complexa, uma vez que envolvem aspectos econômicos, políticos e sociais. A averiguação de acaso a caso de forma profunda, com a participação de opiniões técnicas científicas é condição muito onerosa tanto ao Estado quanto aos autores da demanda. Há, de fato, interesses importantes a serem considerados nestas demandas que vão além da mera necessidade do medicamento. Trata-se de relacionar a intervenção do Estado, a livre iniciativa, o atendimento de um direito fundamental e a justiça social.

Na relação entre esses elementos há interesses nem sempre homogêneos. De um lado o Estado, impossibilitado de promover a pesquisa e produção de medicamentos, incentiva o setor privado, resguardando a si a função de fiscalizador. A indústria farmacêutica, por sua vez, investe em pesquisa e fabricação de mercadorias, assumindo naturalmente sua posição empresarial. O ser humano, nesta relação visto como consumidor, percebe no medicamento uma forma de melhorar sua qualidade de vida ou, muitas vezes, como única alternativa para mantê-la.

Nesse aspecto, importante reflexão é trazida por Rumel, Chinchilla e Neves:

Na qualidade de bem público e cujo uso, não uso e mau uso afeta a totalidade da população, o medicamento deveria ser monopólio do Estado, o qual deveria desenvolvê-lo, fabricá-lo, trabalhar na adequação das formulações disponíveis e colocá-lo gratuitamente à disposição da população. Entretanto, tal característica de acesso gratuito, universal e de monopólio estatal de todo o ciclo de desenvolvimento-produção-distribuição não ocorre em nenhum país do mundo, mesmo naqueles mais econômica ou socialmente avançados. A impossibilidade de o Estado dominar de modo eficiente o ciclo do medicamento torna imperativa a recorrência ao setor privado. O corolário dessa intervenção privada é a transformação do medicamento em uma mercadoria sobre a qual o Estado deve assumir um papel decisivo de controle de mercado, reduzindo a assimetria de informações, impedindo práticas comerciais abusivas (propaganda indutiva) e garantindo a fabricação de produtos com os mais elevados padrões de qualidade possíveis. A intervenção estatal no mercado de bens públicos (como é o caso) deve considerar que o objetivo principal da atividade

econômica privada é a maximização da lucratividade, e não necessariamente a melhoria nas condições de vida das populações, e contrabalançar esses interesses com o interesse da população em poder ter acesso a esses produtos.” (Rumel, Chinchilla, & Neves, 2006, p. 184)

A análise econômica do processo de fornecimento de medicamentos pelo Estado é, portanto, imprescindível. Desde a iniciativa de investir na pesquisa de determinado medicamento até o momento de atribuir um preço a ele, existe uma cadeia de interesses econômicos que, não raro, se sobrepõe a necessidades humanitárias. A regulação do Estado, portanto, é fundamental para que se possa conduzir a produção destes meios essenciais à vida humana com o mínimo de especulação econômica possível.

Em relação ao controle de preços de medicamentos a Lei nº 10.742/03, que revogou a Lei nº 10.213/01, dispõe sobre a fixação de preços destes produtos, assim como a atualização periódica que pode ser realizada. A competência de fixar o preço de medicamentos novos e regulamentar normas que se refiram a reajuste de preços está a cargo da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) (BRASIL, 2013). Esse órgão já foi alvo de demandas judiciais devido a ter reduzido preços de medicamentos comprados pelo Estado. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, opinou pela prevalência do interesse público social em face do setor privado (Sundfeld & Câmara, 2008).

Nesse aspecto, o medicamento quando de alto custo acaba por se tornar um fator de exclusão social, como uma barreira que impede o cidadão de obtê-lo. Nesse cálculo incluem-se alíquotas de tributação inadequadas, problemas na distribuição dos medicamentos e o difícil controle de repartição dos recursos provenientes das proteções patentárias. O monopólio das patentes, justificado sob o argumento de que a indústria necessita de incentivos à pesquisa e produção, precisa ser revisto. Segundo Salomão Filho, Basso e Polido, essa concepção conservadora não comporta as necessidades da sociedade moderna. Segundo eles,

[...] é preciso revisitar a idéia clássica de monopólio, verificando se o moderno direito concorrencial não impõe uma revisão de conceitos, exigindo uma proteção de garantias institucionais da concorrência mesmo no campo dos direitos de propriedade intelectual. [...] Tendo a concessão da patente um fundamento concorrencial, essa disciplina não mais aparece como extravagante ou acessória. Não fica imune, portanto, à aplicação de princípios concorrenciais, conseqüência disso é que o direito à patente ou à marca não pode mais ser visto como mera propriedade ou privilégio de seu titular. Entendido como meio de tutelar a concorrência (no sentido

institucional), ela assume a função principal de garantir o acesso e escolha dos consumidores; assim, ao contrário do que normalmente se acredita, a compreensão do direito industrial dentro de uma lógica institucional do direito concorrencial é a única capaz de dar ao primeiro a conotação publicista de que necessita. (Salomão Filho, Basso, & Polido, 2005, pp. 75-76)

Os autores afirmam que o abuso do direito sobre patentes de medicamentos se constitui quando o interesse do lucro se sobrepõe ao interesse pela vida humana.

Em realidade, há falta de concorrência neste setor também devido a grande concentração de empresas deste ramo em países desenvolvidos.

No Brasil, a Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações referentes à propriedade industrial, contempla situações em que é lícita a quebra de patentes – quando há insuficiente produção local, por exemplo. A lei busca contemplar também a situação dos medicamentos que não são produzidos devido a sua baixa lucratividade¹¹⁶, mas que são importantes ao tratamento de determinadas doenças. Trata-se de situações em que a patente reserva direitos que não são mais – ou nunca foram – utilizados pelo titular por que não lhe representam ganhos econômicos¹¹⁷.

Nesse âmbito, devem ser mencionados os medicamentos genéricos e similares, uma vez que fazem parte de políticas de Estado que conduzem a democratização do uso por meio da diminuição do preço do medicamento. Esses medicamentos suprem em certa medida a carência de medicamentos devido ao menor custo, mas devem ter sua qualidade sempre verificada pela ANVISA. A popularidade desta iniciativa significou uma mudança de hábito na realidade brasileira, mas não representou significativa queda de preços.

Há nessa rede um rentável jogo de especulações financeiras que impedem que o mercado conduza a si mesmo sozinho. Nesse aspecto, segundo Marcia Angell,

Depois que um laboratório farmacêutico perde os direitos de exclusividade sobre um medicamento, a FDA¹¹⁸ permite que versões genéricas sejam

¹¹⁶ Há situações em que medicamentos param de ser produzidos pelo laboratório que os desenvolveu pelo fato de terem custo baixo, ou seja, baixa lucratividade. Da mesma forma, há doenças sobre as quais não há interesse na pesquisa de medicamentos, por que são enfermidades de países pobres (ou que afetem a população mais pobre) e que não conta com meios de pagar bem por eles.

¹¹⁷ Nesse aspecto, importante considerar que na história política brasileira houve sempre o incentivo para que empresas estrangeiras produtoras de medicamentos se estabelecessem no país. Após a Segunda Guerra Mundial esse incentivo foi priorizado. Em decorrência disso, a indústria nacional permaneceu tímida e sem muita capacidade de concorrência no mercado, ocasionando pouco desenvolvimento de produção intelectual. Atualmente, o mercado de medicamentos brasileiro é dominado por multinacionais, ou seja, sem atender aspectos sociais.

¹¹⁸ U.S. Food and Drug Administration.

lançadas no mercado. Quando isso acontece, as vendas do medicamento de referência despencam – em parte porque os medicamentos de referência quase nunca abaixam seu preço em resposta à concorrência. Quando há somente um medicamento genérico no mercado, seu preço não pode ser muito mais baixo do que o do medicamento de marca, pois os fabricantes dos genéricos praticam o que é chamado de “preço-sombra”, que é manter os preços logo abaixo do preço do medicamento de marca. (nota de rodapé nossa) (Angell, 2007, p. 188)

Um importante fator de desestímulo ao uso dos genéricos é apontado como sendo a prescrição médica conveniente. Ou seja, a eleição pelo profissional da saúde de medicamentos que lhe concederão vantagens advindas dos laboratórios produtores. Trata-se de estímulos aos médicos por meio de premiações – como viagens, por exemplo. Essa conduta gera a não indicação do medicamento genérico (Rumel, Chinchilla, & Neves, 2006).

Segundo D’arcy e Moynihan (2009), é necessário que se construa uma relação sadia entre médicos e a indústria farmacêutica. Para isso, a profissão médica deve se desenredar da influência corruptora de bilhões que ela anualmente aceita de orçamentos mercadológicos de grandes empresas farmacêuticas. Afirma ele que

a generosidade da indústria farmacêutica ainda lubrifica os estilos de vida de muitos médicos, financiando refeições requintadas e estadia em hotéis cinco estrelas, patrocinando educação médica e conferências científicas, facultando a pesquisa de prestígio e todas as importantes divulgações. (D’arcy & Moynihan, 2009, p. 3)

Nesse sentido, médico ao prescrever deve suspeitar das informações fornecidas pela indústria farmacêutica, uma vez que podem induzi-lo. Ele deve tentar sobreviver à grande quantidade de informações proporcionadas pela indústria.

Sobre o uso de fármacos não autorizados pela ANVISA, muitas vezes o magistrado acaba por decidir em liminar seu fornecimento e seu custo é arcado pelo SUS. Bonfim (2009), nesse contexto, questiona se este tipo de utilização não seria uma espécie de extensão de ensaio que exige rigor científico, e que é totalmente custeado pela indústria.

Mas o que pode ser considerado uma boa prescrição médica? Não se tem uma exata noção a esse respeito. O Estado pode considerar que boa prescrição é aquela de mais baixo custo e que atenda à necessidade do paciente ainda que signifique altas doses de um medicamento altamente evasivo. O médico pode entender que a melhor prescrição é aquela menos penosa ao paciente, ainda que mais onerosa. Já a indústria farmacêutica possivelmente entenda que a melhor proposta é a mais tecnológica, ou seja, o novo produto.

O ideal seria que a prescrição médica fosse discutida em todas as suas dimensões quando o assunto trata de medicamento fornecido por custeio do orçamento público. A prescrição médica deve ser ética, compreendendo o benefício terapêutico, sem influências de promoções e propagandas capazes de afetar a educação e prática do médico (Bonfim, 2009). Nesse sentido, o diagnóstico deve ser pensado no benefício do paciente, considerando que o melhor tratamento é aquele que produz o maior benefício, com menor risco e a menor agressão.

Em relação à responsabilidade médica, portanto, no momento da prescrição do medicamento, é imprescindível que o profissional esteja atento ao dispêndio que será gerado à Administração Pública em caso de prescrição em excesso ou de equívoco no diagnóstico. Isso porque o manejo com dinheiro público implica em responsabilização conforme crimes de improbidade administrativa, uma vez que o profissional da saúde está agindo como se funcionário público fosse. Nesse sentido, Bonfim (2009) esclarece a necessidade de o médico sentir-se como um profissional também a serviço do Estado. A responsabilidade, nesse sentido, envolve a reposição ao Erário em relação ao medicamento desnecessário prescrito¹¹⁹. Conforme o autor,

Fármacos deveriam ser avaliados não apenas sob o ângulo científico ou técnico, mas também à luz das prioridades de saúde e com o propósito de proteger a pessoa de exposição a fármacos desnecessários. A concepção desta dimensão social foi introduzida na Noruega nos anos 1940 e perdurou por mais de 50 anos, até ser descontinuada neste país por força de desregulação mantendo-se apenas critérios técnico-científicos. No entanto, ressurgiu sob outros características em vários países desenvolvidos que tem sistemas de reembolso de gastos com produtos farmacêuticos (ou que tem sistemas de fornecimento gratuito) e que aplicam avaliações cujo propósito é conter a prescrição de fármacos que não representem verdadeiramente um ganho terapêutico”. (Bonfim, 2009, p. 146)

¹¹⁹ Importante considerar que a melhoria do benefício real tem como ser avaliada comparando-se o benefício estimado do fármaco com um ou mais fármacos que tenham a mesma indicação de uso e que já são fornecidos pelo estado. Segundo Bonfim, “a necessidade social de se introduzir no mercado farmacêutico brasileiro produtos farmacêuticos com valor terapêutico de avaliação inicial realmente positiva é providência básica para a regulação farmacêutica que atenda interesses dos pacientes. Os atuais agentes envolvidos nos processos de demanda judicial de assistência farmacêutica no SUS, especialmente a magistratura, teriam elementos confiáveis para proferir decisões obrigando os agentes do SUS (federal, estaduais e municipais) a fornecer tratamentos para aliviar as aflitivas condições clínicas dos pacientes. Os médicos estariam informados sobre os tratamentos que deveriam indicar aos pacientes, pois as opções terapêuticas válidas estariam contidas em listas particularmente de dispensa sob exceção (Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais)”. (Bonfim, 2009, p. 147)

Nesse aspecto, há doutrinadores que entendem que fatores econômicos devem ser analisados quando do atendimento da assistência farmacêutica. Conforme Sarlet e Figueiredo, os medicamentos genéricos devem ser a diretriz básica de indicação ao paciente atendido pela rede pública do SUS.

Quanto à integralidade do atendimento, para além das outras questões tratadas, importa lembrar a existência de limites de ordem técnica e científica ao deferimento de certas prestações materiais, calcados em critérios de segurança e eficiência do tratamento dispensado que, em sentido mais amplo, reportam-se também às noções de economicidade. Neste contexto, algumas diretrizes podem ser sugeridas: a) dado o caráter eminentemente técnico e público que apresentam, deve-se reconhecer uma presunção em favor da adequação das diretrizes terapêuticas e dos protocolos clínicos estabelecidos pelas autoridades sanitárias competentes, o que inclui os medicamentos e tratamentos previstos nas listas oficiais de fornecimento pelo SUS, mas não exclui, por sua vez, o dever de permanente atualização desses mesmos instrumentos normativos, de forma a acompanharem os avanços da ciência; b) em decorrência da aplicação conjunta dos princípios da precaução, da prevenção e da eficiência, aliados ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive no sentido de proteção do indivíduo contra si mesmo, pode-se sustentar uma presunção de vedação aos tratamentos e medicamentos experimentais (o que inclui as hipóteses de inexistência de registro junto à ANVISA, assim como do registro para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado), custeados pelo SUS – o que não impede, portanto, a participação dos interessados no desenvolvimento de pesquisas, em conformidade às normas éticas, sob o controle dos órgãos competentes para tanto e mediante responsabilidade das entidades interessadas nos resultados a serem obtidos; c) o estabelecimento de uma preferência pelo uso da Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, quando isso não for possível, pela Denominação Comum Internacional (DCI), além da evidente prevalência pelo uso dos medicamentos genéricos nas imposições de tratamentos no âmbito do SUS, ou de alguma forma custeados com recursos públicos”. (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 51)

Em relação aos medicamentos similares, há razões que explicam o uso restrito que apresentam. Uma destas razões se refere ao próprio Ministério da Saúde afirmar que não se trata de equivalente do original, uma vez que não se pode garantir a exata igualdade na fórmula com o produto utilizado como paradigma.

Em suma, tem-se que a problemática do acesso a medicamentos pela população não foi definitivamente resolvida com o advento dos genéricos e similares. O Programa Farmácia Popular, já mencionado anteriormente, também apresenta problemas devido à pequena oferta

de medicamentos que contempla. Além disso, tal como sustenta Carlos Eduardo Gouveia (GOUVEIA, 2009) em seu parecer na Audiência Pública sobre Saúde promovida pelo STF em 2009, o subsídio pago pelo governo a esses medicamentos representa um gasto maior do que se fossem meramente adquiridos pelo Estado e fornecidos à população. Segundo o autor, nem mesmo lógica econômica essa política contempla.

Além disso, o problema do acesso a medicamentos no Brasil envolve a crônica problemática brasileira desigualdade de renda, o que faz com que, mesmo havendo medicamentos com baixo custo, ainda assim eles representam uma aquisição impossível à grande parte da população. Trata-se de problema social complexo que, no entanto, não pode ser negligenciado, principalmente quando se depara com necessidades relacionadas à saúde, importantes à própria sobrevivência.

A limitação de patentes farmacêuticas a medicamentos, portanto, é defendida como forma de possibilitar maior concorrência entre produtores, fazendo com que o preço do medicamento seja reduzido. Conforme Herman Benjamin (1994), há necessidade de serem estabelecidos limites subjetivos e materiais ao sistema de medicamentos: os subjetivos em relação aos consumidores, de forma que não poderia existir regime único de patentes a países pobres e desenvolvidos, dessa forma, conforme a vulnerabilidade de cada país haveria uma compatibilização de patentes. Em relação ao limite material, o medicamento por ser um produto “atípico” sua mercantilização deveria ser evitada, uma vez que não se tratam de meros bens de consumo.

Segundo Benjamin,

As patentes precisam sofrer, pois, limites quando entram em choque com bens jurídicos outros, de igual magnitude ou de valor superior (a vida e a saúde, p.ex.). São esses valores supra-individuais que legitimam o controle público desses bens *sui generis*, seja através de regras de regulamentação da produção e comercialização (padrões de qualidade, etiquetagem e publicidade, p. ex.), seja mediante a imposição de limites à concessão de patentes. No caso de consumo de medicamentos é claríssima essa motivação mais ampla, de caráter social e de ordem pública ‘ligada ao interesse geral da coletividade’, indo assim, além da mera proteção do interesse individual de cada consumidor: é proteção que se dá a todo o público consumidor. [...] As patentes existem não para sacrificar aqueles consumidores que já têm dificuldades de acesso ao consumo, mas para estimular a pesquisa, premiando os que inovam. (1994, pp. 24-25)

O autor ainda defende a possibilidade de compatibilização da proteção à concorrência e ao consumidor, por meio do estabelecimento de limites às patentes. Analisa que o consumidor é quem movimentava o mercado, sendo vital à produção e desenvolvimento de medicamentos. Portanto, a indústria deve estar atenta às exigências sociais.

A indústria farmacêutica, no entanto, com base no artigo 170 da Constituição Federal, o qual garante a iniciativa privada e a livre concorrência como princípios do Estado brasileiro, justifica a licitude da aferição de lucro promovida por sua atividade. O argumento da atividade de risco deste ramo de atividade serve para justificar os altos preços de medicamentos. O risco estaria no financiamento de pesquisas que podem não gerar qualquer tipo de benefício. No entanto, conforme Angell (2007) são vultosos os lucros deste tipo de negócio, inclusive constando com números exorbitantes.

A compatibilização mencionada por Benjamin (1994) refere-se principalmente à legislação que protege a saúde do consumidor, como os artigos 4º e 6º da Lei nº 8.078/90, em relação ao artigo 170, V, da Constituição Federal, o qual dispõe que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do consumidor. A possibilidade da compatibilização é possível por meio da intervenção do Estado nesta relação fiscalizando a indústria para que não pratique preços exorbitantes. O autor justifica a intervenção mencionando ainda o direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos como um direito humano, o qual não pode ser submetido a interesses econômicos.

Dessa forma, considera-se necessário o desenvolvimento de políticas públicas que exerçam a fiscalização desse ramo de atividade. O medicamento não pode significar luxo de alguns como uma mercadoria para com a qual se nutre um desejo. Trata-se de necessidade básica humana. A existência do medicamento a quem de fato o necessita importa em harmonia social e atenção ao interesse coletivo e individual. Ao Estado está conferida a tarefa de assegurar este direito.

Em contraste à exaltação do direito à vida em detrimento do interesse econômico, pode-se pensar sobre o custo social (econômico) da doença agravada pela ausência de medicamento. Um adulto inativo por motivo de doença representa aumento de gastos previdenciários do Estado. Uma criança enferma implica em cuidados dos pais ou responsáveis que, necessariamente, irão causar algum tipo de inatividade laborativa. Ademais, o custo do tratamento de uma doença já agravada por falta de tratamento anterior é significativamente superior ao custo inicial.

Conforme Gadelha,

Ao se fazer da medicina um bem de mercado e da saúde um bem de consumo, perde-se o norte moral que deve reger as ações e interações humanas; e o dinheiro, como símbolo e como posse material, passa a valer mais como um fim do que como um meio. E a associação de quem presta serviço com quem vende os insumos, na lógica de quanto maior o custo nominal maior será o lucro, é a expressão dessa perda do norte moral. (2011, pp. 347-348)

Portanto, deve ser do interesse do Estado a compatibilização dos interesses acima mencionados. O próprio Ministério da Saúde já admitiu que o custo do tratamento de pessoas que, por falta de condições financeiras, receberam alta de internação hospitalar e não puderam comprar os medicamentos prescritos pelos médicos é mais elevado do que o fornecimento contínuo do medicamento ao paciente. No site do Ministério da Saúde, na justificativa do Programa Farmácia Popular, consta a seguinte explicação:

Por que o Programa foi criado? O programa nasceu para garantir que quem compra medicamento o compre melhor, sem interrupção no tratamento por falta de dinheiro. O Farmácia Popular do Brasil contribui para reduzir o impacto no orçamento familiar causado pela compra de remédios e, também, busca diminuir os gastos do SUS com as internações que são provocadas pelo abandono do tratamento. (BRASIL, Ministério da Saúde - Portal da Saúde)

Por óbvio que as restrições às patentes não podem chegar ao nível de impossibilitar a iniciativa privada de permanecer desenvolvendo pesquisas e tecnologia em prol da saúde. Até mesmo porque a administração pública brasileira nunca se colocou como fomentadora de pesquisas em nível competitivo a ponto de acompanhar o setor privado. O Estado, querendo, sabe e pode contribuir de forma adequada no sentido de equilibrar forças e proporcionar o acesso de medicamentos a seus cidadãos e manter os princípios da livre concorrência e iniciativa privada.

Conforme lição de Eros Grau,

Embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos. [...] Quanto a ela, observam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais econômicos – mas também à organização econômica. Isso, sem nenhuma

dúvida, torna-se plenamente evidente no sistema da Constituição de 1988, no seio do qual, como fundamento da República Federativa do Brasil, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica [mundo do ser]. Tal significa, por um lado, que o Brasil – República Federativa do Brasil – define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como a constitui o texto de 1988, enquanto assegurada, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, significa que a ordem econômica mencionada pelo art. 170, caput, do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar. (2003, p. 176)

Como base a esta reflexão, importante considerar o preceito constitucional que reprime abusos arbitrários referente a lucros e a poder econômico, como dispõe o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal. Juntamente com o artigo 170 já citado, a Carta Constitucional baliza o ordenamento jurídico de forma a estar atento aos aspectos de justiça social.

A função social da propriedade, nesse sentido, vem ao encontro desse pensamento no que tange à propriedade intelectual. A garantia da propriedade é direito fundamental tal qual o direito à saúde, no entanto, é inerente ao pleno exercício dos direitos de propriedade o cumprimento de determinadas condições que estão pautadas no respeito aos demais seres humanos que destituídos daquele poder. Nesse aspecto, quis o legislador minimizar os ímpetos especulativos do individualismo econômico, tornando a vida humana valorizada acima do capital.

Nesse aspecto, conforme Piovesan e Carvalho,

[...] é essencial tecer um adequado juízo de ponderação entre o direito à propriedade intelectual e os direitos sociais, econômicos e culturais, especialmente o direito à saúde e ao acesso a medicamentos. O direito à propriedade intelectual é concebido como um incentivo para a criação de novos conhecimentos, sob a visão utilitarista de que beneficiarão a sociedade como um todo. Tendo em vista que a invenção de um novo medicamento custa em torno de US\$ 115 milhões a US\$ 800 milhões, há que se proteger os interesses do inventor e daqueles que exploram comercialmente a invenção, de modo a fomentar os investimentos científicos e tecnológicos. [...] Contudo, o direito à propriedade intelectual não deve ser considerado ilimitado ou absoluto, na medida em que tem uma função social. Há que se buscar um adequado equilíbrio entre a proteção dos direitos do inventor e de exploração comercial de um inventor científico e os direitos sociais, dentre eles à saúde. [...] Os interesses privados do inventor e de exploração comercial, bem como o regime de patentes não podem impedir que os

Estados implementem as obrigações internacionais decorrentes do Pacto em relação ao direito à saúde e ao direito ao desfrute dos progressos científicos. Daí a necessidade de compatibilizar os tratados comerciais à luz dos parâmetros protetivos mínimos consagrados pelos tratados de direitos humanos. [...] No caso brasileiro, por força de obrigações internacionais e constitucionais que o Brasil assume em matéria de acesso a medicamentos, em decorrência do direito à saúde, [...] faz-se necessária a harmonização das vertentes social e econômica, de modo a equilibrar o respeito ao direito ao acesso a medicamentos e o direito à concessão de patentes farmacêuticas. Na busca desta harmonização, cabe ao Brasil pautar suas atividades à luz do desenvolvimento sustentável, ou seja, o acesso a medicamentos deve ser satisfeito no âmbito nacional. (2008, pp. 88-89)

O artigo 200 da Constituição Federal atribui ao SUS a incumbência de controlar e fiscalizar a produção de medicamentos, assim como o desenvolvimento científico e tecnológico. O artigo 218, nesse sentido, dispõe que o Estado deve incentivar e promover o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. É, portanto, dever e prioridade do Estado fomentar a inovação tecnológica por meio do incentivo de pesquisas de modo a suprir as necessidades brasileiras. Também deve o Estado, conforme este artigo, incentivar empresas privadas que prestem este tipo de serviço no país.

Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece o Estado Democrático de Direito, em seu preâmbulo, de forma a garantir o exercício pleno dos direitos sociais e individuais.

A análise conjunta destes dispositivos permite afirmar que é possível e necessária a conjugação do fornecimento de medicamentos e a ordem econômica de forma a privilegiar a vida humana e os avanços científicos concomitantemente. Trata-se de questão complexa e desafiadora. Conforme Silva,

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. [...] A Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. [...] A ordem econômica, segundo a Constituição, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os princípios indicados no art. 170, princípios esses que, em essência, como dissemos, consubstanciam uma ordem capitalista. [...] Assegurar a todos a existência digna, conforme ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema capitalista e, pois, essencialmente individualista. [...] Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas da população carente ao lado da minoria afortunada. [...] Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais

com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. [...] Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. (2001, p. 767)

Por fim, cumpre analisar que nas discussões sobre fornecimento de medicamentos pelo Estado há aspectos econômicos de grande relevância envolvidos. Há toda uma estrutura comercial que envolve a trajetória dos medicamentos desde o início da pesquisa científica até a sua chegada ao consumidor final, o doente. O Estado, da perspectiva da indústria farmacológica, é um grande cliente – talvez o melhor de todos - pois compra em grande quantidade e tem recursos para adimplir seu débito. Já o cidadão que necessita do medicamento percebe o Estado como o fornecedor de uma vida, o provedor do bem mais importante do ser humano.

Nesse sentido, o Estado tem dois papéis fundamentais, o de prover a proteção da saúde do cidadão – fornecendo meios para que o medicamento seja bem escolhido, selecionando bem os médicos, os exames a serem realizados – e ao mesmo tempo o dever de atuar no mercado para impedir que especulações financeiras sejam feitas com a vida humana.

5.3 A eficácia do direito ao acesso a medicamentos no Brasil

O Brasil está entre os dez maiores mercados consumidores de medicamentos do mundo (Piovesan & Carvalho, 2008). Ainda assim, conforme Oliveira (2005), cerca de 50 milhões de brasileiros não têm acesso aos medicamentos que necessitam por meios próprios em farmácias comerciais. Esse montante depende, portanto, da rede pública para satisfação desta necessidade.

Mas qual a possibilidade de que esse direito possa ser exercido concretamente?

O termo eficácia¹²⁰, neste estudo, tem sentido da busca da aptidão da norma existente – neste caso o direito à saúde como dever do Estado – de ser aplicada ante a realidade política, social, econômica e jurídica. A eficácia social, portanto, está na efetiva aplicação da norma e na obtenção do resultado conforme devidamente esperado pelo legislador da norma. Analisar

¹²⁰ A definição de eficácia utilizada neste estudo tem embasamento na obra de Ingo Sarlet, “A eficácia dos direitos fundamentais” (2004).

a eficácia do direito à saúde é ingressar no campo do estudo da eficácia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Constituição Federal não se refere ao direito à saúde de forma isolada, mas impõe a experiência de respeitar este direito intrinsecamente conectado a outros temas como o já referido artigo 170.

Como demonstrado no início deste subcapítulo, os problemas sociais brasileiros são complexos e agravados pela grande desigualdade social. Estas questões impõem ainda mais a concretização dos direitos fundamentais, mas contraditoriamente representam um influente empecilho para essa efetivação. Fazer com que os direitos fundamentais estejam presentes na vida de cada cidadão depende em muito do embasamento jurídico que pode ser fornecido.

Dessa forma, esclarecidos os fundamentos jurídicos que podem dar concretude aos direitos fundamentais, sua efetivação se possível. Conforme Sarlet (2009), o direito fundamental à saúde é eficaz atualmente para impedir interferências desnecessárias e indevidas à saúde das pessoas e para garantir que os recursos orçamentários destinados a esse fim sejam minimamente respeitados.

A falta de precisão constitucional em relação ao direito à saúde constitui uma grande barreira à efetivação, gerando divergências sobre a aplicação exata dos recursos em bens materiais indispensáveis à proteção da saúde. Nesse ponto, recorre-se ao já tratado tema dos limites ao mínimo existencial. Quais são as condições materiais necessárias que devem ser fornecidas para a efetiva proteção à saúde? A existência com dignidade pressupõe que tipo de serviços a serem oferecidos?

A Constituição afirma ser do Estado o dever de garantir o acesso aos medicamentos, o que geralmente é realizado por meio de políticas e programas de saúde. O fim último é assegurar assistência farmacêutica com plena disponibilidade e gratuidade. No atendimento dessa garantia, há no Brasil o desenvolvimento formas de garantir a assistência terapêutica integral, incluindo a farmacêutica, conforme a Lei Federal nº 8080/1990. Em determinados setores, como na distribuição de antiretrovirais para o programa de assistência a pacientes com Aids, tem-se obtido sucesso.

No entanto, essa não é a realidade da maioria das doenças e das cidades brasileiras. Ainda são frequentes as denúncias sobre compras de medicamentos em excesso que acabam vencendo sem serem distribuídos, compras sem licitação, ou até mesmo falta de organização para a distribuição adequada dos produtos. Situações como estas conduzem à burocratização cada vez maior da Administração Pública na tentativa de evitar improbidades.

Conforme Paula, Alves, Vieira e Souza,

Percebe-se que ainda existem muitos desafios a serem enfrentados pela política de medicamentos brasileira, dentre os quais se destaca a garantia de toda população ao acesso aos medicamentos essenciais e à assistência farmacêutica. Santos (2002) nos lembra que o acesso aos medicamentos ocorre de forma injusta, comprometendo a resolução nos sistemas de saúde e sendo, portanto, um dos grandes desafios a serem enfrentados pelas políticas públicas, em especial por uma política de medicamentos que tenha como um dos seus princípios a melhoria da equidade. (Paula, Alves, Vieira, & Souza, 2009, p. 1120)

As demandas judiciais que requerem medicamento do Estado estão pautadas quase que exclusivamente, como já mencionado, na prescrição médica do profissional que está tratando o demandante. Quase nenhuma outra opinião é verificada por motivos que envolvem burocracia processual – intimações lentas, prazos estendidos -, tempo que a doença não espera.

Nesse contexto, o magistrado na maioria dos casos, como se verificará mais adiante, não possuindo conhecimento técnico necessário, acaba por conceder em sede de liminar o fornecimento do objeto requerido. Essa tem sido atualmente no Brasil a forma de tornar eficaz o direito à saúde. Ou seja, o Judiciário em se tornado um meio para que o cidadão exija direitos já assegurados e garantidos. Esta é a forma de ser ouvido. Conforme Baptista, “ [uma] ideologia, que avassala o pensamento moderno, é a tirania exercida pela economia sobre o resto. A função do Poder Judiciário não é mais fazer justiça, porém acalmar o mercado.” (2004, p. 22).

O fornecimento de medicamentos, entendido aqui como requisito do direito à saúde e incluído entre artigo de necessidade básica dentro, portanto, do mínimo existencial, demanda atenção ainda mais especial, isto porque a pessoa que o necessita não pode aguardar, seu fornecimento deve ser imediato. Nesse sentido, é imprescindível que se reconheça a eficácia plena e imediata desse direito.

Na audiência pública realizada em 2009 pelo STF, a respeito desse tema, o Defensor Público Leonardo Mattar, manifestou-se no seguinte sentido:

[...] após muitos anos de trevas da nossa ditadura militar, nós vivemos um processo de redemocratização do nosso País. Esse processo culminou com a Constituição Federal de 1988, Constituição esta chamada cidadã, que positivou e trouxe uma série de direitos e garantias na área social, na esfera política, para todos os brasileiros. Muitas dessas previsões legais, infelizmente, não tinham, à época, força para galgar o acidentado, o difícil

caminho entre o dever-ser e o ser, entre a norma e a realidade do dia-a-dia dos brasileiros. Será que essas previsões, à época, em 1988, significaram mudança na vida dos brasileiros, significaram garantia de direitos efetivamente? Infelizmente não. O processo é longo, demorado, e o nosso sistema democrático vive ainda um momento de aperfeiçoamento e de valorização. Hoje, todavia, senhores, parece-me que nós vivemos momentos diferentes de 1988. Se, àquela época, o que precisávamos era garantia de direitos na nossa Constituição, porque vínhamos de um período onde eles não existiam, hoje o que a sociedade brasileira espera, o que os Poderes constituídos têm o dever de conferir é efetividade, é levar todos esses direitos que estão positivados na constituição das nossas normas para o dia-a-dia e para a vida dos brasileiros. [...] nós vivemos a necessidade de efetivação de direitos. Esse é o estado atual da democracia do País, essa é a exigência do nosso povo e esse é o dever das instituições públicas. Senhores, nesse contexto, parece-me que os argumentos, eventualmente apresentados nesta Audiência Pública, contrários ao reconhecimento da garantia do direito à saúde a cada um dos brasileiros e a todos eles não devem ser acolhidos. O que nós devemos discutir nesta Audiência Pública, partindo da premissa da existência do direito constitucional garantido a todos os brasileiros, é como fazê-lo da melhor maneira possível. Como o Poder Judiciário e como o sistema de Justiça podem e devem intervir quando a Administração Pública não consegue, de forma plena, cumprir o seu dever constitucional. (BRASIL, STF - Audiência Pública sobre Saúde. Defensor Público Leonardo Lorea Mattar, 2009)

Promover a eficácia de um direito fundamental exige interpretação dos princípios constitucionais sob a perspectiva da defesa do ser humano. Encontrar meios que impeçam esse entendimento e direcionem a temática a uma espécie de cálculo em relação ao custo-benefício dessa efetivação é desconsiderar a dignidade humana e tratar o ser humano como meio e não como fim em si mesmo.

A mudança do paradigma de pensamento, menos concentrado no capital e mais propenso a aceitar cada pessoa como um ser único e merecedor de todos os esforços no sentido de manter ou melhorar sua qualidade de vida, é esforço necessário para a efetivação das garantias fundamentais que visam à vida humana como bem maior a ser protegido.

A efetivação da política de medicamentos apenas será eficaz se feita com a participação da sociedade. A forma dessa participação¹²¹ deve ser pensada de modo a

¹²¹ Conforme Machado e Dain, “Dessa forma, a cidadania política permitiria a participação dos cidadãos nos procedimentos democráticos que levam à formulação da lei e forneceria a esses cidadãos a possibilidade de reivindicar judicialmente a aplicação da lei. No caso brasileiro, isso se verifica, por exemplo, a partir das instituições da Ação Civil Pública (ACP), das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin) e do Mandado de Segurança (com pedido de liminar). Este último tem sido recorrentemente utilizado na área da saúde, processo que vem sendo denominado de judicialização da saúde. Ou seja, busca-se nos tribunais a garantia de um direito reconhecido constitucionalmente.” (Machado & Dain, 2012, pp. 1020-1021)

proporcionar a oportunidade de voz aos envolvidos na situação de necessidade. Chegar a um consenso sobre como dar eficácia a este direito é tarefa complexa que exige da Administração Pública, do Judiciário e da sociedade vontade democrática e respeito ao ser humano.

6 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DA EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização¹²² da saúde é expressão utilizada para referir-se ao fenômeno de inúmeras ações ordinárias – de tutela individual ou coletiva –, chamadas de ações de medicamentos, nas quais o cidadão recorre ao Judiciário para buscar obter o fornecimento de determinado medicamento - ou medicamentos - que necessita e sobre o qual os entes públicos já se manifestaram de forma negativa¹²³. O processo, nesse contexto, funciona como meio de tornar eficaz o direito fundamental à saúde, exigindo efetividade de políticas públicas já existentes ou a criação de políticas mais eficientes, abrangentes, garantidoras do real acesso universal à saúde.

Nesse sentido, a temática da judicialização da política de saúde se trata de discussão na qual conflituam duas lógicas distintas, uma é a lógica do jurista, a qual está baseada em noções de república e democracia em que está envolvida a noção de direitos universais. Outra é a lógica econômica, que analisa o equilíbrio macroeconômico e fiscal monetário, baseado na racionalidade técnica e administrativa (Sólon, 2009). Segundo Solón,

“essa polaridade se repõe na tensão entre Executivo (critério técnico-fiscalista) e Judiciário (perspectiva “garantista”). Aliás, é importante que os juristas reconheçam que, muitas vezes o Judiciário está muito longe de dominar o conhecimento técnico adequado do problema. Ademais, isso

¹²² O termo judicialização foi apropriado inicialmente pelos estudos de Vianna na obra *“Judicialização da política e das relações sociais no Brasil”*, em que se discute a judicialização a partir de dois eixos interpretativos. “No primeiro deles, o eixo procedimentalista, se percebe uma diminuição da cidadania, “a judicialização da sociedade desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação — as associações e os partidos políticos” (Vianna, 1999, p. 26). Nesse eixo, assume-se que a concepção de justiça é da autonomia e não do bem-estar. Dessa forma, os cidadãos “teriam que se reconhecer como autores no seu direito, e não como seus destinatários” (Vianna, 1999, p. 26). Além disso, a única forma de se garantir a igualdade entre os cidadãos seria pela ampliação dos canais de formação da vontade majoritária, o que ocorreria pelo permanente aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos. “No segundo eixo, o substancialista, a judicialização é tratada como uma extensão da democracia e uma ampliação da cidadania. Assim, “o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas de direito” (Cappelletti, 1993, p. 34). Numa perspectiva mais ampla, “a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (Vianna, 1999, p. 40).

¹²³ Na maioria das demandas judiciais, os magistrados têm exigido do autor da ação que comprove a tentativa administrativa de conseguir o objeto da ação. Trata-se da comprovação de que o medicamento está indisponível nas farmácias públicas ou de que não é fornecido por elas (neste caso significa que não está incluído nas listas de dispensação do Ministério da Saúde). Em alguns casos também o magistrado exige que o médico prescriptor do medicamento indique se outro medicamento (geralmente algum genérico cujo fármaco esteja previsto nas listas de dispensação) genérico ou similar não gerou o efeito esperado, não demonstrando, assim, a eficácia desejada.

talvez seja pior, por um problema de formação universitária, o Judiciário tende a encarar o problema numa chave privatista, enxergando um conflito atomizado entre contratantes – Estado e cidadão – onde há, na verdade, um conflito ou um problema estrutural, social, envolvendo sujeitos mais amplos que o cidadão singular, um problema de saúde pública, no qual deve ponderar o interesse público, e não um vínculo contratual de direito privado. O problema é precisar qual direção, para qual daquelas duas lógicas pende o interesse público” (Sólón, 2009, p. 22).

A garantia democrática no sistema brasileiro permite a busca para que o Estado cumpra com suas funções positivas. O meio judicial é uma forma de buscar esse objetivo. Conforme Sólón, a concepção de democracia, seja qual for ela, implica necessariamente a participação no espaço público entre iguais (2009). A ação livre para a democracia depende de uma situação na qual se é livre da necessidade, uma vez que a necessidade caracteriza o comprometimento com determinado posicionamento. Nesse sentido, segundo Hannah Arendt (2005), a necessidade caracteriza a esfera privada enquanto a esfera pública é referenciada por ser livre para participação no poder, nas decisões públicas.

Nesse aspecto, Sólón ainda afirma que a liberdade no século XX inclui o usufruto de direitos universais, os quais demandam prestações positivas por parte do Estado (2009). O argumento estatal que pretende tornar legítimo o não atendimento destas prestações, como ao direito universal à saúde, põe em xeque a igualdade entre os cidadãos e pressupõe um tratamento que ameaça o Estado democrático de Direito no que tange à democracia.

Colocar a decisão sobre a vida humana a cargo do sistema financeiro, tal como pretende fazer a racionalidade que entende não ser o Estado responsável pela proteção da saúde de forma plena, é confirmar o rechaço à igualdade entre seres humanos. Trata-se da transferência, no sistema de saúde, de parte da racionalidade decisória para agentes privados. Essa concepção atinge a participação democrática do cidadão no poder e, por óbvio, atinge o Estado Democrático. Nesse aspecto, conforme Habermas, a crise de legitimidade atravessada pelas democracias contemporâneas é originada em parte na despolitização do espaço público (Habermas J. , 1983).

Em contraponto, ainda que se considere essencial que o cidadão saiba que pode utilizar-se do Poder Judiciário para buscar a efetivação de um direito a ele garantido, é indispensável que se questione sobre a eficácia das prestações individuais de fornecimento de medicamentos. Conforme Sarlet e Figueiredo,

Merece destaque a dúvida, cada vez mais freqüente na doutrina, acerca da real efetividade das decisões judiciais que asseguram prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, perquirindo-se até que ponto são estas aptas à realização da “justiça distributiva”, ainda mais quando se cuida de demandas individuais. Um dos argumentos centrais da tese – não sem respaldo em dados concretos – sublinha o fato de que as decisões judiciais tutelam apenas quem tem acesso à justiça, e que esta é uma minoria da população, e uma minoria que não reflete exatamente o conceito de “necessitado”. (Sarlet & Figueiredo, 2009, p. 51)

A reflexão apresentada por Sarlet e Figueiredo é bastante pertinente, uma vez que a justiça se mostra como um meio para que o cidadão possa reclamar direitos não efetivados. No entanto, que cidadão é este? Seria ele um reflexo da maioria da população ou apenas representa uma classe de “semi-afortunados”?

Nesta parte do estudo, busca-se a reflexão sobre estas contradições tendo como base as demandas judiciais em si, assim como o posicionamento do STF a esse respeito.

6.1 O posicionamento do STF

Como já referido, o tema em estudo tem relevância nacional demonstrada pelo grande número de processos desta natureza que chegam ao Supremo Tribunal Federal. A proteção à saúde, além de ser direito garantido constitucionalmente, exige uma prestação positiva do Estado para que possa ser efetivada. É dever do Estado viabilizar o exercício deste direito, ou seja, proporcionar meios necessários como a disponibilização de profissionais capacitados nos hospitais, a disponibilização de leitos para realização de tratamentos hospitalares, a disponibilização de instrumentos para realização de exames, a disponibilização de medicamentos curativos e preventivos, entre outros.

A partir da Constituição de 1988, o STF, em atenção a princípios constitucionais em vistas à justiça social, tem adotada uma interpretação bastante ampla do direito social à saúde, compreendendo este direito como fundamental e auto-aplicável¹²⁴ (Schwartz, 2004).

¹²⁴ O entendimento no sentido da autoaplicabilidade dessa norma pode ser verificada no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286-RS: “o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano nstitucional a organização federativa do Estado

Segundo Germando Schwartz,

Tal posicionamento é de grande valia, uma vez que possibilita ao cidadão todos os meios e remédios jurídicos existentes para a proteção desse direito. Com isso, ao ser lesado, o cidadão possui material suficiente para proceder à eventual decisão denegatória na jurisdição difusa como objeto de revisão via Recurso Extraordinário, de vez que já há posicionamento anterior em seu favor. O direito à saúde passa, portanto, a ser um direito público subjetivo, que trona o Estado obrigado a prestar o direito reclamado: *O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)*. (grifos do autor) (Schwartz, 2004, p. 135)

A administração pública tem discricionariedade em relação a como irá atuar no sentido de proporcionar os meios, mas deve garantir que irá fazê-lo. Não agindo dessa forma, faz com que se perca a razão de haver direitos fundamentais no rol de garantias positivadas.

Para tanto, determinadas condições econômicas e sociais devem fazer-se presentes para que seja viável a implantação de políticas públicas. Nesse sentido, a Constituição Federal dispõe sobre a competência dos poderes responsáveis pela elaboração, execução e controle do orçamento estatal, ou seja, o Legislativo e o Executivo. O Poder Judiciário, ao interferir nesta competência, gera necessariamente um desequilíbrio orçamentário, o que pode interferir na estabilidade da democracia.

Ao analisar as demandas judiciais, no entanto, o que se percebe é que o juiz de primeira instância está, na verdade, muito mais próximo do enfermo do que o STF. A tendência quase que natural é que, em contato com o sofrimento da parte, acabe por colocar-se em conflito. Conforme Barcelos,

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela

brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas neles depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”. (Schwartz, 2004, p. 136)

fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica. (Barcelos, 2008, p. 35)

A decisão geralmente se dá no sentido do fornecimento, em sede de liminar, do medicamento ao autor. O atestado médico seguido juntamente com a prescrição do medicamento constituem, quase que na totalidade dos casos, os únicos elementos de prova presentes. Estando ou não medicamentos solicitados inseridos nas listas de fornecimento administrativo pelas políticas públicas de saúde, a grande maioria das decisões de primeira instância, assim como do próprio STF, está no sentido de fornecer o tratamento solicitado.

São decisões que buscam implementar o direito à saúde, tal qual o artigo 196 da Constituição Federal, por meio de um sistema difuso. Ao concordarem com a negligência do Estado em relação à vida humana, busca-se fazer de forma individual o que deveria ser realizado por meio de políticas públicas de acesso de todos e respaldada pela organização orçamentária. Em decorrência disso, o abalo é sofrido pelo órgão administrativo responsável pelo sustento da política pública de medicamento no respectivo ente federativo no qual o autor da demanda reside. Conforme defende Fernando Scaff (2008), a judicialização das demandas da saúde acaba por confundir direitos individuais com direitos sociais.

Uma pesquisa realizada junto aos Tribunais Regionais Federais brasileiros, a qual foi apresentada na Audiência Pública realizada em 1009, demonstrou que as decisões dos juízes de primeira instância foram confirmadas em segundo grau. Segundo o autor, Jorge André de Carvalho Mendonça, os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª 3ª e 5ª regiões, no período de 2008 a 2009, ao decidirem os agravos, confirmaram as decisões das liminares no sentido de fornecimento do tratamento (Supremo Tribunal Federal. Audiência pública: saúde, 2009). A exceção foi o TRF da 4ª região em que em alguns casos o Tribunal tem limitado determinadas concessões. Segundo autor, o próprio STF tem confirmado as decisões de fornecimento dos Tribunais Regionais de Justiça.

Importante mencionar, no entanto, uma paradigmática decisão contrária a esse sentido, proferida pela Ministra Ellen Gracie em 2007, quando presidente do STF (período 2006/2008). No processo de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL, a magistrada compreendeu a existência de lesão da ordem econômica pública em relação ao direito social à saúde. Nesse sentido, assim decidiu:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a

gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n. 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)” (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 91. Requerente: Estado do Alagoas. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas., 2007)

Esta decisão monocrática proferida pela referida Ministra limitou o fornecimento de tratamento médico a pacientes de hemodiálise de Alagoas. Tratava-se da Ação Civil Pública nº 001.06.014309-7, que tramitou na 17ª Vara Cível de Maceió. A tese de grave lesão à econômica pública foi inédita no STF e acaba por trazer a fundamentação da reserva do possível em sua essência. Importante mencionar que os medicamentos que tiveram seu fornecimento cessado, ou seja todos que não os constantes na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde, se tratavam de medicamentos excepcionais de alto custo.

O argumento sobre a limitação orçamentária dos recursos públicos foi contrastada com a responsabilidade do Estado em fornecer meios de efetivação de saúde pública tal como

estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal. Segundo a Ministra, os recursos públicos devem ser empregados em políticas públicas que possam beneficiar a população em geral. Gastos elevados com um grupo específico não representa atendimento geral que possa ser fornecido a todos. Ainda neste sentido, acrescenta-se que a viabilização da política de medicamentos não pode inviabilizar as demais metas do sistema público de saúde.

Daniel Wang realizou um estudo sobre este caso paradigmático e constatou que o entendimento da Ministra considerou a situação de calamidade dos orçamentos públicos estaduais devido às inúmeras decisões de fornecimento de medicamentos. Essa situação reduziria, segundo a magistrada, a capacidade do ente federativo de propiciar outras formas de atenção à saúde aos cidadãos.

Conforme Wang, a fundamentação da decisão se concentrou na limitação de recursos no aspecto de uma análise racional dos gastos públicos. Há necessidade e possibilidade de outros problemas serem atendidos se grandes montantes do orçamento não forem destinados ao cumprimento de sentenças que obrigam o Estado ao patrocínio de tratamentos com custos elevados. Segundo ele,

A ministra reconhece que a “execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde” e que a política de saúde deve ser feita de forma a buscar maior racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir o maior número possível de cidadãos. É também muito relevante a consideração do direito à saúde não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal. (Wang, 2008, p. 279)

Parte dos doutrinadores que analisam a temática do artigo 196 da Constituição Federal, argumentam no sentido da limitação da atuação do Estado no dever para com a saúde pública. A Ministra Ellen Gracie deixa claro em sua decisão que defende a efetivação do direito à saúde somente por meio de políticas públicas organizadas e sustentáveis orçamentariamente e que possam abranger a toda população. Casos individualizados estariam alheios à obrigação do Estado.

Nesse raciocínio, a Administração Pública apenas teria a obrigação de fornecer os medicamentos constantes das listas produzidas pelo Ministério da Saúde.

Esta decisão é emblemática por que quebrou com a homogeneidade do entendimento até então em relação ao fornecimento do objeto demandado, vez que fundamental ao exercício

do direito à vida. As conseqüências dessa quebra representaram um grande reforço às argumentações das procuradorias estaduais a partir de então.

Contudo, no mesmo ano de 2007, a Ministra Ellen Gracie, na ação de Suspensão de Tutela Antecipada nº 138/RN, argumentou que há necessidade de que cada caso seja analisado de forma única e específica, não cabendo a essa temática, decisões proferidas a situações abstratas ou genéricas. Da mesma forma, opinou que os efeitos de casos desta natureza não podem atingir outros casos, afirmando, portanto, a importância da análise casuística determinada.

De fato a padronização de entendimentos que neguem o fornecimento de medicamentos sem análise da situação individual a que passa cada demandante parece perigosa. A Ministra defende que decisões dessa matéria sejam tomadas tendo em consideração a existência ou não de condições materiais da respectiva Administração Pública responsável, pendendo ainda à análise da previsão orçamentária existir ou não.

A partir de então, a Ministra passou a decidir casos análogos – sobre fornecimento de medicamentos – tanto em favor do demandante quanto contra. Segundo Daniel Wang, nas decisões em que nega o pedido da inicial¹²⁵, a magistrada argumenta com base na lesão à ordem pública e administrativa, ao sistema de saúde e à econômica pública. Geralmente em casos em que o custo do medicamento é bastante elevado. Outro forte argumento utilizado por ela se refere a não existência de uma política pública existente que inclua aquele insumo solicitado e que, por conseguinte, faz com que não haja qualquer previsão orçamentária para cobrir seu custo.

Já nas decisões em que os pedidos são concedidos¹²⁶, o fundamento utilizado está na hipossuficiência do autor e na gravidade da enfermidade, a qual está relacionada com a iminente necessidade do medicamento à manutenção da vida.

O Ministro Cezar Peluso, o qual exerceu a presidência do STF no biênio 2010/2012, na decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 390, entendeu ser necessário exaurir-se o conhecimento da situação fática para a tomada da decisão, ainda que em sede de liminar. Nesta decisão mencionou que a discussão trata de questões que envolvem a separação de poderes, os princípios orçamentários, o direito à saúde e o princípio da reserva do possível (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 390/PB., 2010).

¹²⁵ O autor refere-se às seguintes decisões: SS 3.073 e 3.263 e as STA 91 e 185. (Wang, 2008, p. 542)

¹²⁶ São eles: SS 3.205, 3.158, 3.183, 3.231, 3.429 e 3.452 e na STA 181. (Wang, 2008, p. 542)

Um dia após, na decisão sobre o fornecimento de medicamentos e a realização de exames, na Suspensão de Segurança nº. 4229/GO manteve o entendimento do respectivo Tribunal de Justiça estadual no sentido do fornecimento do pedido. Segue parte da decisão:

A decisão, todavia, não acarreta lesão à ordem e à economia públicas, por determinar a aquisição de medicamentos específicos, cuja disponibilização foi precedida de comprovação da necessidade a pacientes portadores de doenças raras e graves, de forma individualizada, consoante documentação e pareceres técnicos acostada aos autos originários. [...] É que, em pedidos de suspensão, alegação de grave dano aos interesses públicos tutelados não se presume. Deve ser provada pelo requerente, ante a natureza incidental deste tipo de processo, que não admite profunda dilação probatória. No caso, não há nenhum indício sua existência, apenas meras alegações do Estado da Bahia. O pressuposto básico da suspensão é a ocorrência concreta de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. A lesão há de ser de grande monta e não meramente hipotética ou potencial, não sendo suficiente o fato de o Poder Público ter interesse, de uma forma ou de outra, na causa. O que se quer é que a medida pela qual se procura impedir a execução do ato tenha dimensão maior, mais ampla. [...] A necessidade dos fármacos para evitar o agravamento do estado de saúde dos pacientes ficou evidenciada na decisão questionada que, ao analisar a presença dos indispensáveis requisitos de verossimilhança do direito invocado e do *periculum in mora* (...). A suspensão dos efeitos da decisão pode, portanto, ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida dos pacientes substituídos, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação originária, minando, em contrapartida, a razoabilidade da suspensão requerida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 4229/GO, 2010)

Como se pode perceber, o posicionamento do STF não se constitui homogêneo como até então poderia ser considerado. A questão é complexa, uma vez que é indiscutível que não se pode atribuir valor à vida humana, no entanto, os gastos do Estado com o fornecimento via judicial de medicamentos inegavelmente causa um abalo significativo nos orçamentos públicos.

Importante ainda que se mencione que não apenas há o custo dos medicamentos em si, mas também gastos com custos do processo, honorários sucumbenciais, transporte desses produtos, entre outros. O gasto total é, portanto, quase que incomensurável.

Em vista disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), após a realização da Audiência Pública realizada pela STF, publicou a Resolução nº 107, a qual institui o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. O objetivo

desta medida está na verificação de demandas e na elaboração de estudos que possam contribuir para o aprimoramento das políticas públicas de fornecimento de medicamentos. A finalidade principal constitui-se em prevenir novas demandas. Veja-se o artigo 2º da Resolução:

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

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.

Os esforços do CNJ no sentido de tentar amenizar o impacto destas ações à Administração Pública e de tentar proporcionar acesso mais eficaz da população aos medicamentos já fornecidos têm sido expressivos. Determinadas medidas administrativas desde planejamento até a capacitação de magistrados tem sido desenvolvidas com esse propósito. No evento em que o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde foi divulgado e instalado, muitas expectativas foram depositadas nesta mobilização. Conforme noticiado pelo próprio CNJ, esta iniciativa demonstra uma nova postura do judiciário face a este problema:

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instalou, nesta terça-feira (03/08), durante a 109ª sessão plenária, o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. Durante a ação foi lançado, também, o I Seminário do Fórum que acontecerá em 18 e 19 de novembro, em São Paulo. Seu objetivo é discutir temas sobre o direito à saúde, o controle jurisdicional da gestão pública da saúde, os desafios da vigilância sanitária e os planos de saúde privados. Seus resultados servirão de subsídio para traçar o plano de trabalho do Fórum para o próximo ano.

O evento contou com a presença e apoio do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que parabenizou a iniciativa do CNJ. Para ele, a medida trará uma contribuição inestimável à resolução dos problemas relacionados à judicialização da saúde. “O Fórum desempenhará um papel fundamental de

interlocução, devido à falta de instrumentos sobre a temática da saúde, para assegurar a saúde individual e coletiva prevista na Constituição”, diz.

Para o conselheiro, a instalação de hoje tem dois significados importantes. O primeiro é que ele se tornou uma demonstração pública de quanto o CNJ avançou no cumprimento das metas, programas e projetos institucionais, os quais têm realizado ou inspirado significativas mudanças. O segundo está expresso no slogan, “A Justiça faz bem à Saúde”, que afirma a nova postura do judiciário, o de contribuir muito para a melhoria dessa área. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2010)

As medidas administrativas buscadas pelo CNJ têm intenção de atuar junto aos Tribunais de Justiça no âmbito de preparação dos magistrados para elaboração de decisões mais seguras e eficazes nessa matéria. Inicialmente a idéia pretendia propiciar apoio técnico de médicos e farmacêuticos na resolução de possíveis dúvidas e até mesmo na composição de pareceres.

O fator de incentivo a estas ações do CNJ se deu pelos debates na Audiência Pública que envolveram o questionamento em relação à real eficácia das decisões deferidoras dos medicamentos, uma vez que estas decisões não podem – e não devem e não conseguirão – substituir políticas públicas adequadas.

Em novembro de 2007 este tema foi reconhecido como de repercussão geral pelo STF no Recurso Ordinário n° 566.471/RN, cujo relator foi Marco Aurélio de Mello. Veja-se:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos, considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 566471/RN, 2007)

A ementa resultante do reconhecimento da repercussão geral restou nestes termos:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO.

Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (BRASIL)

As demandas que chegam ao STF tratam do direito à saúde como fundamental e como requisito essencial do direito à vida. Contrastam a realidade do sistema de saúde brasileiro com a necessidade geral da população e a falta de uma administração eficiente que torne possível o acesso coletivo aos medicamentos e a outros insumos relacionados com a proteção da saúde. A argumentação estatal remete à escassez de recursos frente à uma (hipotética) ilimitada demanda. Desta realidade, existe a forte argumentação de que o Poder Judiciário não poder exercer função de provedor de políticas públicas com vistas à promoção de igualdade social.

Por certo que o Judiciário não tem função administrativa de promover a distribuição da riqueza. Embora a diminuição da desigualdade social seja um dos objetivos do Estado brasileiro, as decisões judiciais não são o meio adequado para este fim. Ademais, a escassez de recursos impõe que certas decisões complexas sejam tomadas e acabem deixando de beneficiar determinados indivíduos em relação à coletividade.

Ocorre que este pensamento pode ser aplicado em situações em que haja políticas públicas que funcionem e que estejam beneficiando o coletivo. No caso brasileiro a população em geral não está – e nunca foi – beneficiada por nenhuma política pública de saúde em relação ao fornecimento de medicamentos que seja de fato eficiente. Neste contexto, o judiciário representa uma forma democrática da solicitação do mínimo, ou seja, do respeito à vida.

O judiciário, no entanto, não questiona a Política Pública governamental em si. Permanece alheio a essa discussão, ficando apenas restrito a temáticas que envolvem escassez de recursos e ilimitadas necessidades *versus* direito à vida. Determinadas questões fundamentais para análise são negligenciadas, tal como a forma com a qual as Políticas Públicas têm sido pensadas, organizadas e executadas pelo Legislativo e Executivo. A interferência nesta esfera é imprescindível.

Não se encontram decisões que argumentem, por exemplo, favoravelmente ao fornecimento de medicamento baseado no descumprimento do Executivo em relação ao emprego orçamentário obrigatório de verbas à saúde. Da mesma forma, a padronização dos protocolos de listagens de medicamentos realizada pelo Executivo não é questionada em

relação à eficácia dos fármacos ali constantes. A má gestão dos recursos públicos ocasionando a falta de verbas para a aquisição de medicamentos também é fator não mencionado.

Existe, portanto, decisões que não se questionam sobre aspectos essenciais das próprias políticas públicas que, por falharem em seu trabalho, estão gerando tamanha quantidade de demandas judiciais.

Um emblemático processo originado no Estado de Pernambuco também teve grande repercussão nacional e merece destaque neste estudo, vez que representa a posição do STF em suas decisões sobre estas demandas. Trata-se da Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE, 2008), cuja relatoria também esteve a cargo da Ministra Ellen Gracie. A procuradoria do Estado do Pernambuco recorreu requerendo a suspensão de medida liminar concedida pelo TJPE no Agravo de Instrumento nº 0157690-9. Na inicial o autor requeria o financiamento estadual da realização de uma cirurgia de implante diafragmático, procedimento indispensável para que voltasse a respirar sem a dependência de aparelhos. Conforme os autos, o procedimento custaria cerca de U\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares). Conforme salientado pela Ministra, o procedimento requerido havia sido desenvolvido por pesquisadores norte-americanos da Universidade de Yale e ainda estava na fase de experimentação, não havendo ainda nenhuma aprovação nem por autoridades dos Estados Unidos da América e nem mesmo por autoridades brasileiras.

A magistrada julgou procedente a STA baseando-se no fundamento de grave lesão à ordem pública e no fato de que o procedimento solicitado não consta em nenhum protocolo do Sistema Único de Saúde. Esta decisão foi agravada, por meio de Agravo Regimental. O tribunal pleno acolheu o agravo e, em 14 de abril de 2008, foi provido o pedido, ficando vencido o voto da Ministra. A argumentação para o provimento deu-se com base no entendimento de que o direito à vida deve prevalecer em detrimento do capital. Esta decisão representou uma volta ao antigo entendimento do STF.

Após a audiência realizada em abril de 2009, nove recursos interpostos pelas Procuradorias dos respectivos estados foram indeferidos. Estes processos foram: as Suspensões de Tutela nº 175, 211 e 278; as Suspensões de Segurança nº 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e a Suspensão de Liminar nº 47. Todos estes processos foram relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, oportunidade em que o Ministro expressou a importância fundamental das Audiências Públicas como forma de diálogo entre as instituições estatais e a coletividade. Destacou ele a relevância dos debates com diversos

seguimentos sociedade afetados pelas políticas públicas de medicamentos e pelas demandas judiciais cujo objeto é o fornecimento desses insumos.

Conforme consta em sua decisão relatora na Suspensão de Tutela nº 175,

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos mais diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, 2009)

Na mesma decisão, o Ministro defende a importância de se analisar caso a caso, para que se produzam decisões ponderadas em relação às possibilidades orçamentárias do Estado e as reais necessidades do postulante. Da mesma forma que a saúde humana é prioridade fundamental do Estado, o financiamento e a manutenção das políticas públicas também são importantes e devem ser preservadas. Veja-se,

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso. [...] O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, 2009)

Gilmar Mendes exerceu a presidência do Supremo Tribunal Federal durante o biênio 2008/2010 e, portanto, no período em que proferiu tal decisão estava responsável pela Corte. Em suas decisões seguintes explicitou a necessidade de que o Estado invista recursos na efetivação dos direitos fundamentais, ressaltando que os direitos sociais incluídos naquele grupo somente se tornam reais se forem objeto de investimentos estatais. Os chamados custos públicos devem priorizar as políticas públicas que visam o coletivo, mas se assim não foram pensadas e executadas no passado longínquo ou recente, a vida humana de hoje não merece – e não pode – ser preterida.

Nesse sentido, imperioso considerar que se trata de decisão complexa e que envolve argumentos importantes e razoáveis em ambas as direções. A forma de solucionar desafia os pensadores da sociedade, da administração e do direito – entre outros -, a determinarem um modelo que pondere as diferentes argumentações. Volta-se à teoria brilhante de Alexy (2011) no sentido de harmonizar os princípios constitucionais referentes aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal tem seguido o posicionamento que tende ao fornecimento dos medicamentos pleiteados. Da pesquisa realizada, a qual será detalhada no sub-capítulo seguinte, percebe-se que casos paradigmáticos como os referidos acima não foram verificados. Em geral segue-se a compreensão por decisões unânimes em relação às seguintes temáticas:

Sobre a garantia do direito à saúde, mediante o fornecimento do medicamento pelo Estado, daqueles que comprovadamente necessitam do tratamento:

SAÚDE. PROMOÇÃO. MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde (ARE 650.359-AgR/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 12.3.2012)

Sobre a responsabilidade solidária dos entes estatais (Município, Estado e União) no fornecimento do tratamento pleiteado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e

recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido”. (RE 607.381-AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 17.6.2012).

“PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA. – neoplasia maligna de baço – pessoa destituída de recursos financeiros – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes – dever constitucional do estado (cf, arts. 5º, “caput”, e 196) – precedentes (stf) – responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o estado federal brasileiro – consequente possibilidade de ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais – recurso de agravo improvido”. (RE 716.777-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 16.5.2013)

Sobre medicamentos não incluídos nas listas:

EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MG-RG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (AI 824946

Ante o exposto, observa-se que antes da emblemática decisão mencionada STA nº 91, proferida pela Ministra Ellen Gracie, os pedidos de medicamentos eram deferidos sem que houvesse uma detalhada análise de cada caso concreto. Esse entendimento de que a falta do insumo significava em todas as ocasiões em agressão ao princípio constitucional do direito à vida deu lugar a análises mais amplas da situação, nas quais passou-se a verificar também a posição do Estado de financiador.

Atualmente, não se pode falar em unanimidade das decisões, uma vez que o exercício de análise realizado pelos Ministros tem se mostrado específico caso a caso. As decisões, portanto, tem se mostrado individualizadas de forma que a situação fática do demandante é verificada e ponderada em face da responsabilidade do Estado para com aquele caso em específico.

A tendência percebida, no entanto, tem sido no sentido de que políticas públicas de caráter coletivo sejam privilegiadas em detrimento de decisões beneficiadoras de indivíduos. São reincidentes as decisões que inferem sobre a necessidade da Administração Pública rever suas políticas públicas tornando-as mais eficazes de forma a responderem os anseios e as necessidades sociais. O acesso coletivo igual e universal é, dessa forma, o foco prioritário. Para tanto, há que se pensar em um projeto de política que envolva a participação daqueles afetados pelas normas jurídicas na produção dessas normas.

6.2 As Audiências Públicas de abril e maio de 2009

Frente às inúmeras demandas requerendo medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, em março de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, designou que fosse realizada uma audiência pública no intuito de possibilitar o debate sobre as questões polemicas e complexas que envolvem esta matéria. A convocação refletiu o propósito da realização do evento:

Considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito desta Presidência, os quais objetivam suspender medidas cautelares que

determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros); Considerando que tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas; Considerando a repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas;

CONVOCA:

Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como:

- 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;
- 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
- 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública sobre Saúde, 2009)

A data designada para a Audiência foi os dias 27 e 28 de abril de 2009. O requerimento para participação deveria ser enviado até dia 03 de abril daquele mesmo ano por meio de correio eletrônico. Houve a designação, no ato convocatório, de que a audiência fosse televisionada por meio da TV Justiça e também transmitida via rádio pela Rádio Justiça.

A iniciativa do judiciário estava pautada no debate junto à sociedade civil e aos especialistas na área, para que novas idéias pudessem ser extraídas na tentativa de buscar formas mais adequadas de resolver estas demandas.

Os temas a serem abordados foram os mais recorrentes nas demandas judiciais, ou seja: a responsabilidade dos entes federativos no fornecimento dos medicamentos, a necessidade do ente público em fornecer exatamente o medicamento prescrito – em muitos casos pelo médico pessoal do demandante – estando ele ou não incluído nas listas de dispensação do Ministério da Saúde (entenda-se prestações não incluídas nas políticas públicas existentes), a exigibilidade da comprovação de solicitação prévia à Administração

acompanhado da comprovação da negativa, a necessidade do Estado fornecer até mesmo medicamentos não inscritos – e muitas vezes nem mesmo autorizados - na ANVISA, entre outros.

O convite do Ministro foi direcionado também à determinadas pessoas e órgãos importantes de serem ouvidos haja vista as discussões pretendidas: Presidente do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministro de Estado do Ministério da Saúde, o Advogado-Geral da União; o Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); o Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); o Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); o Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); o Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM).

Dado ao grande número de inscrições para participação no evento, os dias de debate foram ampliados para 4, 6 e 7 de maio do mesmo ano. Qualquer interessado que quisesse participar estava habilitado.

O evento foi organizado de forma que para cada tema havia um especialista que palestrava, um em cada dia¹²⁷. A primeira temática abordada foi “O acesso às prestações de Saúde no Brasil – Desafios do Poder Judiciário”. Neste debate, foram ouvidos os seguintes especialistas: Antonio Fernando Barros e Silva de Souza (Procurador-Geral da República), o Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício; Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde; Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Marcos Salles, representante da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); e Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito.

O segundo tema analisado foi “A responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do SUS”, do qual participaram: Francisco Batista Júnior, Presidente do CNS; Antônio Carlos Figueiredo Nardi, Presidente do CONASEMS; Edelberto Luiz da Silva,

¹²⁷ A listagem dos painelistas habilitados a participar da Audiência Pública foi despachado em 13 de abril de 2009 pela organização do evento e pode ser conferido em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacaox.pdf> e <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_de_habilitacao2.pdf> acessado em 05 de maio de 2012.

Consultor Jurídico do Ministério da Saúde; Agnaldo Gomes da Costa, Secretário de Estado da Saúde do Amazonas; Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro; José Antônio Rosa, representante do Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras; Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ; e André da Silva Ordacgy, Defensor Público Chefe da União Substituto.

No terceiro painel denominado “A gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do Sistema” foram ouvidos: Adib Domingos Jatene, Ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo; Osmar Gasparini Terra, Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde–CONASS; Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, e Cátia Gisele Martins Vergara, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, ambas representantes da Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Vitore Maximiano, Defensor Público do Estado de São Paulo; Jairo Bisol, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; Paulo Ziulkoski, Presidente da Confederação Nacional dos Municípios; Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde; Cleusa da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde; e Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo.

O quarto painel foi sobre a temática do “Registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS” e contou com a presença de Dirceu Raposo de Mello, Diretor-Presidente da ANVISA; Geraldo Guedes, Representante do Conselho Federal de Medicina; Luiz Alberto Simões Volpe, Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida; Paulo Marcelo Gehm Hoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP; Paulo Dornelles Picon, representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Claudio Maierovitch Pessanha Henrique, Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde; Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Sueli Gandolfi Dallari, representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; e Leonardo Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União.

Já o quinto painel tratou do tema “A políticas públicas de saúde – integralidade do Sistema”. Deste debate participaram: Maria Inês Pordeus Gadelha, Consultora da

Coordenação – Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife; Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; Valderilio Feijó Azevedo, representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos; Heloisa Machado de Almeida, representante da ONG Conectas Direitos Humanos; Paulo Menezes, Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; e Raul Cutait, Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo.

O sexto e último painel tratou diretamente da “Assistência Farmacêutica do SUS”. Neste, estiveram presentes: Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos; Sérgio Henrique Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose; José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; José Aristodemo Pinotti, Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo; Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde; Antonio Barbosa da Silva, representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; Ciro Mortella, Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica; Débora Diniz, Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero-ANIS; e o Ministro José Gomes Temporão, Ministro de Estado da Saúde.

Como se pode observar, os painéis contaram com presença abundante dos principais setores da sociedade envolvidos com o objeto da audiência, entre eles procuradores dos estados, defensores públicos, representantes de sociedades médicas e farmacêuticas, professores universitários, magistrados, entre outros. Cada um destes convidados dispunha de 15 minutos para discorrer sobre seus apontamentos. Os debates, portanto, abrangeram grande parte dos temas conflitantes sobre a matéria. Para que houvesse um canal de diálogo entre o painelistas e o público – uma vez que não foi previsto tempo para debate com os ouvintes durante os painéis – foi disponibilizado um correio eletrônico¹²⁸ por meio do qual perguntas podiam ser enviadas ao convidado indicado e posteriormente respondidas. Todas as falas dos especialistas acima citados estão disponíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal¹²⁹.

¹²⁸ perguntaesaude@stf.jus.br

¹²⁹

Disponível

em

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>>
Acessado em 09 de maio de 2012

Esta audiência pública marcou as discussões sobre a política da saúde pública no Brasil, assim como as políticas públicas de saúde. Os debates foram amplos e indiscutivelmente constatou-se carências e disfunções no sistema único de saúde que, em geral, são os fatores determinantes das demandas. De mesma forma, constatou-se que as ações judiciais que exigem a eficiência estatal acabam por afetar a qualidade das políticas públicas e até mesmo a eficiência da prestação jurisdicional.

No final dos debates, o Ministro Gilmar Mendes pronunciou-se e mencionou sobre a complexidade do tema que foi discutido e a importância de que este tema permaneça em debate. Nesta oportunidade, para ilustrar o papel do magistrado ao deparar-se com este tipo de demandas, ele utilizou-se da expressão “escolhas trágicas”. Conforme Gilmar Mendes, portanto,

Na constitucionalização de direitos sociais usualmente o Judiciário é forçado a uma infeliz escolha entre a usurpação e a abdicação, opção da qual não se consegue fugir sem embaraço ou descrédito. De um lado, é dito, está a escolha judicial em emitir ordens positivas, numa pretensiosa, inexperiente e provavelmente vã, mas apesar disso, ressentida tentativa de rearranjo do gerenciamento das mais básicas prioridades em termos de recursos públicos contra a vontade política predominante. De outro lado, encontra-se a escolha judicial que pode depreciar perigosamente toda a eficácia dos direitos e dos princípios do Estado do Direito concedendo aos Poderes Executivo e Legislativo um incontrolável privilégio no que diz com a negação do direito constitucionalmente declarado. (BRASIL, STF. Audiência Pública de Saúde. Discurso encerramento Ministro Gilmar Mendes, 2009)

Conforme Milton Nobre (2011), como fatores que impediam o andamento das demandas estão a falta de informações clínicas do magistrado para poder decidir de forma mais eficaz, a generalizada concessão de medidas urgentes sem que seja proporcionada a produção de provas e a análise especializada tanto do profissional da saúde quanto do administrador público, entre outros.

As discussões da Audiência fizeram com que o então Ministro Gilmar Mendes, por meio da Portaria nº 650, em novembro de 2009, criasse um grupo de trabalho formado por magistrados e especialistas em saúde e saúde pública com objetivo de realizarem estudos que proporcionassem um aperfeiçoamento da prestação jurisdicional sobre o tema da saúde. A partir dessa iniciativa e com base no trabalho desenvolvido pelo grupo, foi pensada a Resolução nº 107/2010, a qual instituiu o Fórum Nacional de Saúde. Também como consequência dos esforços do grupo, foi elaborada a Recomendação nº 31/2010, a qual está

direcionada aos Tribunais, mencionando formas de atuação do magistrado para determinadas situações (Nobre, 2011).

Segundo Milton Nobre,

A respeito da Recomendação nº 31/2010, merece ser dado especial relevo, ainda que de passagem, à parte que se dirige aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais com a finalidade de instruí-los a orientar, através de suas Corregedorias, os magistrados que lhes sejam vinculados a que: 1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, nos quais estejam contidas a descrição da doença, inclusive Classificação Internacional da Doença (CID), a prescrição de medicamentos, com descrição genérica ou princípio ativo, os produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; 2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; 3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; 4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes são integrantes de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; 5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas. (Nobre, 2011, p. 355)

Ao que se pode perceber a audiência pública resultou em determinadas medidas que podem trazer mais agilidade às demandas e mais segurança aos magistrados de estarem decidindo pela melhor forma. No entanto, estas diretrizes não passam de recomendações, as quais podem ser seguidas pelo magistrado ou não. Como poderá perceber no subcapítulo seguinte, em poucas demandas pode-se perceber que alguma destas medidas foram de fato seguidas.

De outra perspectiva, pode-se considerar que os resultados da audiência pública no sentido concreto de produzir questionamentos sobre as estruturas sociais que conduzem ao fenômeno da judicialização da justiça não foi realizado. De fato houve painéis que questionaram a origem do problema e conduziram ao pensamento sobre quais são as falhas do Estado na administração orçamentária e qual o papel da sociedade na exigência de que problemas dessa ordem sejam resolvidos e de que forma. Contudo, medidas efetivas que proporcionassem mudanças nas políticas públicas de saúde para que se pudesse constatar uma diminuição de demandas não foi realizada – e não houve diminuição nas demandas se sim aumento.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu discurso de encerramento do dia 09 de maio de 2009, reafirma o ideal precípua do Estado Democrático, qual seja, de propiciar condições para que o cidadão se identifique com o Estado para o qual paga seus impostos. As políticas públicas, em países em que a desigualdade social é gritante como o Brasil, compõe meio fundamental para a composição dessa identificação. Dessa forma, pensar e estruturar políticas públicas que melhorem a vida do cidadão é dever do Estado, manter e sempre melhorar essas políticas é dever de todos.

6.3 Análise das decisões proferidas pelo STF no período de 01/01/2000 a 01/01/2012.

Conforme mencionado, neste estudo foram analisadas decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro cujo objeto se concentra no pedido do autor para que o Estado forneça gratuitamente medicamentos. O objetivo da análise encontra-se em: 1) verificar as partes envolvidas na demanda; 2) examinar quais as linhas de argumentação mais relevantes, analisando se há algum tipo de padronização argumentativa; 3) verificar se nos debates estabelecidos entre as partes há alguma referência à discussão sobre a melhoria na eficiência das políticas públicas de saúde no Brasil, especificamente em relação à política de medicamentos; 4) verificar qual a linha de argumentação defendida pelos Ministros do STF e se em alguma dessas defesas há discussões sobre a eficácia das políticas públicas de saúde no Brasil.

Foram analisadas todas as decisões proferidas pelo STF no período de 01/01/2000 a 01/01/2012, coletadas via pesquisa feita no site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br. A data de início foi estabelecida em 01/01/2000 devido à constatação, por grande parte dos doutrinadores nacionais, de que após esta data percebeu-se o grande aumento quantitativo de demandas cujo objeto se constitui o pedido de fornecimento de medicamentos pelo Estado. O limite de 01/01/2012 foi estabelecido devido à possibilidade hábil para esta análise.

O parâmetro de pesquisa utilizado foram as expressões “medicamentos” e “políticas públicas”, tendo gerado a soma de 1 acórdão e 48 decisões monocráticas. Portanto, foram analisados 49 demandas judiciais, nas quais em cada uma delas foi feita a verificação das instâncias inferiores, ou seja, primeira e segunda instâncias, para que se pudesse estabelecer

os parâmetros das argumentações defendidas, tanto pelas partes quanto pelos magistrados dos graus inferiores – juízes e desembargadores.

O resultado dessa análise foi organizado em cinco partes. Na primeira delas foram coletados os principais argumentos da parte autora da demanda. Na tabela abaixo, a coletânea dessas defesas pode ser verificada. Importante salientar que, na medida do possível, priorizou-se a manutenção das expressões utilizadas nas demandas.

Principais argumentos utilizados pelos pólos ativos das demandas.	
arg. A1	antia do direito à saúde, o fornecimento de medicamentos faz parte do mínimo existencial à vida digna. Direito à vida.
arg. A2	ilante é pessoa destituída de recursos financeiros.
arg. A3	alidade do atendimento e da plena abrangência, conforme art. 196 CF

Fonte própria

A expressão “arg.” está indicando a palavra “argumento”. A letra “A” foi escolhida por fazer menção ao pólo Ativo das demandas.

A segunda etapa da análise revelou os argumentos sustentados pelos demandados, ou seja, pelo pólo passivo das demandas. Segue a tabela:

Principais argumentos utilizados pelos pólos passivos das demandas	
arg. P1	mento estatal está adstrito aos limites da reserva do possível.
arg. P2	etência da assistência à saúde é dos Municípios devido ao processo de descentralização: art. 7, IX, alínea "a" da Constituição Federal.
arg. P3	nissível o bloqueio de valores das contas do Estado devido a gerar prejuízos maiores, também em outros setores.
arg. P4	possível a dotação de orçamento para medicamento que não está previamente incluído na lei orçamentária, sob pena de improbidade.
arg. P5	ativa de obtenção de medicamento gratuito do Estado, as vias administrativas devem ser esgotadas.
arg. P6	be Mandado de Segurança para postular medicamentos gratuitos pelo Estado, pois ausente demonstração de liquidez e certeza no direito requerido.

Fonte própria

Como forma de melhor organização, foi estabelecida a letra “P” para argumentos argüidos pelos pólos Passivo das demandas.

Na terceira etapa foram analisados e especificados os principais argumentos utilizados pelos Tribunais estaduais de segunda instância quando do seu julgamento dos recursos das sentenças. Desta forma, utilizou-se a letra “T” para identificação dos argumentos relacionados aos temas sustentados pelos Tribunais.

Principais argumentos utilizados pelos magistrados dos Tribunais de 2ª instância nas decisões sobre fornecimento de medicamentos.	
arg. T1	social à saúde não é absoluto. Havendo risco de escassez de recursos do Estado para todos, não há universalidade de prestação estatal.
arg. T2	sta a mera alegação afirmativa da doença, é preciso que esteja comprovado o risco de morte.
arg. T3	tendimento do pedido pelo SUS deve ser provado - esgotamento da via administrativa.
arg. T4	ibunal entende estar vedado ao judiciário intervir em competências do Poder Executivo por motivo

	de violação princípio dos três poderes.
rg. T5	stério Público é ilegítimo para propor ação individual, não sendo saúde direito indisponível, não se presta ao caráter de homogeneidade.
rg. T6	de prova idônea de risco de vida.

Fonte própria

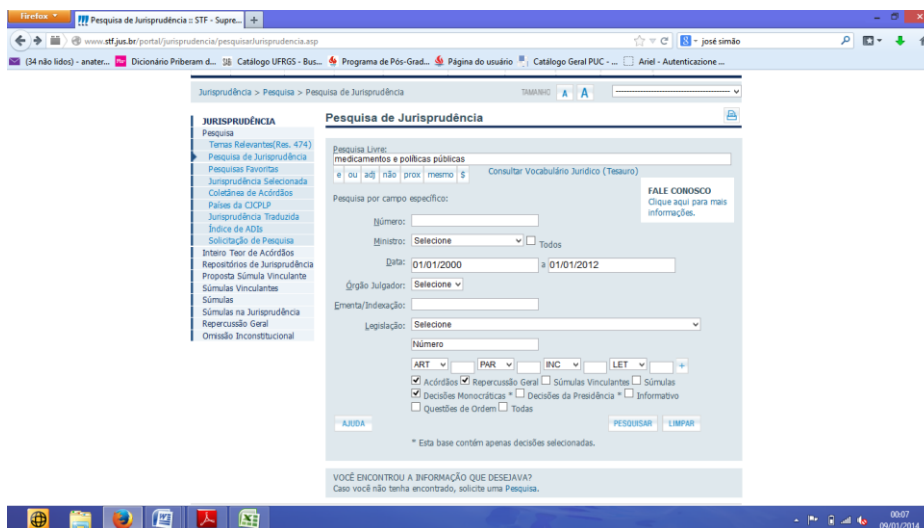
No quarto momento foram analisadas as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal de forma que foi possível averiguar os principais e recorrentes argumentos. Nessa etapa, foi definida a letra “D” para a indicação dos argumentos proferidos e defendidos pelos Ministros deste Tribunal.

Principais argumentos utilizados pelos Ministros do STF para a tomada de sua decisão	
rg D1	a solidariedade entre os entes federativos (Municípios, Estados, União e Distrito Federal) para o fornecimento de proteção à saúde, neste objeto: medicamentos. O pedido de deslocamento de competência constitui-se protelatório.
rg D2	cia do art. 196 CF, entendendo que é dever do Estado a implementação das Políticas Públicas para proteção à saúde.
rg D3	cimento de medicamento pelo Estado é direito fundamental, essencial à vida (ao direito à vida).
rg D4	o comprovou haver grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública, em caso do deferimento do fornecimento.
rg D5	vel a intervenção judicial determinando que o Poder Executivo adote providências de melhorias na proteção à saúde, como a determinação de compra de medicamentos. Não há violação do princípio da separação de poderes.
rg D6	stério Público tem legitimidade para postular direitos individuais homogêneos.
rg D7	lo deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, por meio de políticas públicas, como forma de tornar eficaz o direito fundamental social à saúde.
rg D8	o aos serviços de saúde é universal e igualitário, direito público subjetivo à saúde, direito universal indissociável do direito à vida.
rg D9	vel a intervenção judicial que determine bloqueio de valores das contas do ente público respectivo para caso de descumprimento.
g. D10	er programático do art. 196 CF não pode se converter em promessa constitucional. O Poder Público tem obrigação de efetivar as prestações de saúde.
g. D11	e a imposição de multa ao ente federativo que descumprir ordem, sem prejuízo de ação penal.
g. D12	esente a omissão do Estado em prestar o serviço público que possibilite o exercício do direito fundamental à saúde.
g. D13	nas burocráticas não podem apresentar-se como óbice à obtenção de tratamento médico adequado.
g. D14	e a condenação do ente federativo a pagamento de honorários advocatícios à fundações que pleiteiam em nome de pessoas carentes, função que pode ser exercida pela defensoria pública.
arg. D15	e recurso de condenação a bloqueio de valores em caso de descumprimento de determinação judicial.
g. D16	ocedência da ação importa pôr em risco o direito à saúde e à integridade física do cidadão, direitos maiores que se sobrepõem a qualquer outro.
g. D17	vel a dispensa de licitação quando se trata de caso de emergência. A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes.

Fonte própria

Abaixo estão relacionados todos os processos utilizados nesta análise. Conforme já mencionado, estas demandas foram fruto da pesquisa realizada no site do Supremo Tribunal Federal, no campo jurisprudência – pesquisa. No campo “pesquisa livre”, foram colocadas as seguintes expressões: "medicamentos" e "políticas públicas". Nenhum número de processo ou nome de Ministro específico foi preenchido. No campo “data”, foi delimitado o seguinte

espaço de tempo: de “01/01/2000” a “01/01/2012”. Nenhuma opção foi marcada no que se refere ao Órgão Julgador, assim como aos campos Ementa/Indexação e Legislação. Nas opções relativas aos tipos de decisões, foram selecionados “Acórdãos”, “Repercussão Geral” e “Decisões Monocráticas”. Da seguinte forma:



Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> último acesso em 09 jan 2014.

Após isso, pressionou-se o campo “pesquisar”. O resultado foram 1 acórdão, 48 decisões monocráticas.



Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> último acesso em 09 jan 2014.

O acórdão e as 48 decisões monocráticas foram analisadas minuciosamente para que pudessem ser catalogadas em uma tabela que está apresentada em seguida. Os critérios de enquadramento na tabela foram: 1) número do recurso, 2) denominação do Ministro Relator que proferiu a decisão monocrática ou o acórdão, 3) identificação do tipo de decisão que se

está analisando, 4) data em que foi julgado, 5) quais as partes envolvidas na demandas, partindo-se do processo de conhecimento (da primeira instância), 6) identificação de qual das partes ingressou com o recurso no Supremo Tribunal Federal, 7) catalogação dos argumentos utilizados pelos envolvidos na demanda, tanto para compor as alegações iniciais e a defesa, quanto para elaboração da decisão pelo Ministro respectivo, 8) a decisão final referente ao provimento ou não do recurso.

Importante e necessária a explicação, ainda que sucinta, sobre cada item utilizado. Inicialmente, a identificação do Recurso está especificada correspondentemente ao número fornecido pela organização judiciária. As siglas utilizadas significam: “RE” – recurso extraordinário, “AgR” – agravo de recurso extraordinário e “AI” – agravo de instrumento, “AC” – ação cautelar. As siglas finais, após a barra “/” especificam de qual o estado de federação provém o recurso, dessa forma: SC – Santa Catarina, ES – Espírito Santos, RJ – Rio de Janeiro, AP – Amapá, DF – Distrito Federal, RS – Rio Grande do Sul, PR – Paraná, MG – Minas Gerais, RN – Rio Grande do Norte, PE – Pernambuco, AM – Amazonas e MT – Mato Grosso.

No campo referido como Ministro Relator, a identificação do respectivo Ministro com o recurso segue exatamente como informado em cada decisão. O mesmo ocorre em relação ao tipo de decisão. Neste aspecto, importa mencionar que não foram especificadas as demais decisões provenientes dos outros Ministros no recurso 01, ou seja, o acórdão, devido à decisão ter sido unânime.

As datas de julgamento se referem às datas em que as decisões foram assinadas pelos Ministros e não necessariamente coincidem com a data de publicação no Diário Oficial. Nestes termos, é possível que alguma divergência entre a data da decisão e a data da publicação.

Em relação às partes envolvidas, buscou-se verificá-las no processo de conhecimento para que se possa ter em consideração quem iniciou o processo. Para que fosse possível a inclusão destes dados na tabela, foi necessária a utilização de abreviações de termos. Dessa forma, seguem as abreviações e seus significados respectivos: 1) “Ind.” – indivíduo, ou seja, pessoa individual, 2) DP – defensoria pública, 3) SC – Estado de Santa Catarina por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, 3) PM – Prefeitura Municipal por meio de sua procuradoria municipal, 4) MP/AM – Ministério Público estadual do Amapá, 5) AM – Estado do Amapá por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, 6) MP/RJ – Ministério Público estadual do Rio de Janeiro, 7) MA – Estado do Amazonas por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, 8)

DF – Distrito Federal por meio de sua Procuradoria Geral, 9) MT – Estado do Mato Grosso por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, 10) U – União, 11) PR – Estado do Paraná por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, 12) MG – Estado de Minas Gerais por meio de sua Procuradoria Geral do Estado, 13) MP/MG – Ministério Público estadual de Minas Gerais, 14) MP/SC – Ministério Público estadual de Santa Catarina, 15) MP/DF – Ministério Público do Distrito Federal e 16) RS – Estado do Rio grande do Sul por meio de sua Procuradoria Geral do Estado.

No item “argumentos utilizados” constam as identificações A, P, T, e D respectivamente: argumento dos autores das demandas, argumentos da defesa, argumentos dos Tribunais de 2ª instância e argumentos utilizados pelo Ministro do STF na disposição de sua decisão.

No que tange ao item denominado “decisão”, de forma sucinta está referida a posição tomada pelo Ministro em dar ou negar provimento ao recurso, e logo em seguida o efeito da decisão em relação ao caso concreto. Dessa forma, entende-se possível averiguar qual o entendimento deste Tribunal e, portanto, da jurisprudência brasileira em relação às ações cujo objeto é o pedido de medicamentos ao Estado.

Em cinco dos processos analisados, os quais constam destacados pela cor de sombreamento da linha – respectivamente 03, 06, 09, 19 e 32 – o objeto da ação referia-se exclusivamente ao pedido de realização de internação hospitalar ou procedimentos cirúrgicos, sem qualquer pedido de medicamento. Estas demandas constaram na pesquisa realizada no site porque no corpo da decisão do respectivo Ministro há citação de jurisprudência em que aparece o vocábulo “medicamento” e “políticas públicas”. No entanto, achou-se por bem desconsiderá-los nesta análise devido ao propósito restrito de estudo sobre questões que envolvem pedido de medicamento ao Estado.

Nestes termos, passa-se à análise da tabela para averiguação das informações que foi possível extrair da pesquisa realizada.

Veja-se a tabela:

	PROCESSO número do recurso	MINISTRO RELATOR	TIPO DE DECISÃO	DATA JULGADO	PARTES NO PROCESSO DE CONHECIME NTO Autor x Réu	PARTE QUE INGRESSOU COM RECURSO	ARGUMENTOS UTILIZADOS	DECISÃO
01	RE 607381 AgR/SC	Luiz Fux	acórdão	31/05/2011	Ind. DP x SC	SC	D1, D2, D3	Negado provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina que requeria ingresso da União no pólo passivo. Unânime.
02	RE 570186/ES	Dias Toffoli	monocrática	06/10/2011	Ind. DP x PM Vitória	PM Vitória	D1, D4, D3	Negado seguimento ao recurso do Município, mantendo-o no pólo passivo da demanda
03	AI 651909/RJ	Joaquim Barbosa	monocrática	03/10/2011			D6 internação hospitalar	
04	RE 642536/AP	Luiz Fux	monocrática	13/09/2011	MP/AP x AP	MP/AP	A1, P1, D1, D5	Provido o recurso. Declara possível a intervenção judicial ao Poder Executivo para exigir melhor eficácia de políticas públicas de saúde
05	AI 675275/RJ	Dias Toffoli	monocrática	17/08/2011	MP/RJ x PM Rio de Janeiro	PM Rio de Janeiro	D6, D5, D2	Negado seguimento ao recurso do Município para declarar impossibilidade do Poder Judiciário de interferir na administração pública.
06	RE 648410/DF	Cármem Lúcia	monocrática	15/08/2011			D6 realização de cirurgia	
07	RE 62293/DF	Ricardo Lewandowski	monocrática	02/08/2011	MP/AM x AM	AM	D6, A1, P1, D2, D1	Negado seguimento. Afirma a legitimidade do Ministério Público em requerer e obter o medicamento a autor individual
08	RE 628345/DF	Ricardo Lewandowski	monocrática	02/08/2011	Ind x MT	MT	D2, D1, D7, A1, P1	Nega seguimento ao recurso, mantém o Estado no pólo passivo da demanda e nega a necessidade de esgotamento da via administrativa para obtenção do medicamento
09	AC 2839 MC/RS	Joaquim Barbosa	monocrática	03/06/2011			T1, T2, T3,	Recurso negado ante a falta de documentação necessária
10	RE 641816/PR	Cármem Lúcia	monocrática	31/05/2011	Ind. DP x U, PR, PM Curitiba	Ind. DP	D1, D2	Provido o recurso, legitimidade da União para o pólo passivo e fornecimento dos medicamentos pleiteados

11	AC 2267 AgR/PR	Cármem Lúcia	monocrática	27/04/2011	Ind. DP x U, PR, Curitiba PM	Ind. DP	D1, D2,	Provido o recurso para inclusão da União no pólo passivo e fornecimento dos medicamentos pleiteados
12	RE 587084/PR	Dias Toffoli	monocrática	12/04/2011	Ind x União	Ind. DP	D1, D2	Provido o recurso para incluir União no pólo passivo
13	AI 774167/SC	Dias Toffoli	monocrática	11/04/2011	Ind. DP x U, SC, Palhoça PM	União	D1	Negado provimento ao recurso, mantendo-se a União do pólo passivo
14	RE 586995/MG	Cármem Lúcia	monocrática	21/02/2011	MP/MG x MG	MG	D2, D1, D8, P2	Negado provimento ao recurso, competência solidária entre Estado e Município para fornecimento de medicamentos
15	RE 552168/SC	Ellen Gracie	monocrática	22/10/2010	MP/SC x PM Florianópolis	MP/SC	T4, D5	Provido o recurso, possibilidade de o Poder Judiciário interferir em ações (ou omissões) do Poder Executivo para tornar eficaz políticas públicas
16	RE 513465/SC	Ellen Gracie	monocrática	23/06/2010	MP/SC x PM Florianópolis	MP/SC	T4, D5	Provido o recurso, pode o Poder Judiciário interferir no Poder Executivo para executar ações referentes a políticas públicas
17	AI 711953/DF	Dias Toffoli	monocrática	18/02/2010	MP/DF x DF	DF	D2, D5, D6	Negado provimento ao recurso, não há violação do princípio da separação dos poderes
18	AI 652617 AgR/RS	Ricardo Lewandowski	monocrática	19/11/2009	Ind x RS	RS	P3, D2, D5, D3, D9, D7	Negado provimento ao recurso, não há violação do princípio da separação dos poderes
19	AC 1915/RJ	Cármem Lúcia	monocrática	19/05/2009				Mérito da ação foge aos objetivos desta análise e permanece mencionado devido à figurar entre as decisões do STF pesquisadas.
20	RE 557548/MG	Celso de Mello	monocrática	08/11/2007	Ind x União	União	D3, A2, D1, D8, D10	Negado provimento ao recurso impetrado para suspender o fornecimento de medicamentos
21	RE 568073/RN	Celso de Mello	monocrática	26/10/2007	Ind x RN	RN	A2, D3, D1, D8, D10	Negado provimento ao recurso, é entendimento pacífico o dever de fornecimento de medicamentos pelo Estado
22	AI 647296/SC	Celso de Mello	monocrática	03/10/2007	Ind x União	União	A2, D1, D11, D8, D10, D3	Negado provimento ao agravo entendendo negado o recurso extraordinário

23	AI 583067/RS	Celso de Mello	monocrática	01/10/2007	Ind x PM Porto Alegre	PM Porto Alegre	A2, D1, D6, D2	Negado provimento ao agravo para manter a decisão condenadora do ente público
24	AI 667205/PE	Celso de Mello	monocrática	01/10/2007	Ind x PE	PE	D12, D3, D8, D2, D10	Negado provimento ao recurso para confirmar competência de julgamento, legitimidade do estado no pólo passivo e a não necessidade de prova pré-constituída. Mantém sentença para fornecimento do medicamento.
25	RE 562383/PR	Celso de Mello	monocrática	11/09/2007	Ind x PR	PR	D2, D8, D13, D3, D10	Negado provimento ao recurso para manter decisão de fornecimento de medicamento
26	AI 676926/RJ	Celso de Mello	monocrática	05/09/2007	Ind x União	União	D2, D1, D10, D3, D8	Negado provimento ao recurso para manter o fornecimento do medicamento
27	RE 547808/RS	Cezar Peluso	monocrática	04/09/2007	Ind. DP x PM Porto Alegre	PM Porto Alegre	D1, D14, D2, D3	Negado provimento ao recurso, mantendo a responsabilidade do Município mesmo o demandante não tendo ali sua residência
28	AI676044/PE	Celso de Mello	monocrática	16/08/2007	Ind x PE	PE	D2, D1, D8, D10, D13	Negado provimento ao recurso confirmando legitimidade passiva e necessária manutenção do fornecimento do medicamento
29	AI 634282/PR	Celso de Mello	monocrática	30/04/2007	Ins x PR	PR	D2, D8, D10, D1	Negado provimento ao recurso para manter o fornecimento do medicamento pelo Estado
30	AI 635766/RS	Sepúlveda Pertence	monocrática	26/02/2007	Ind x RS	RS	D9, D15, D2, D3, D10	Negado provimento ao recurso e confirmação da aplicabilidade do bloqueio de valores das contas do estado em vista de garantia de inadimplemento.
31	RE 509569/SC	Celso de Mello	monocrática	01/02/2007	MP/SC x SC	MP/SC	T5, D3, D2, D8, D10, D6	Provido o recurso considerando o Ministério Público legítimo para figurar no pólo ativo da demanda

32	RE 447800 ED/RS	Gilmar Mendes	monocrática	11/12/2006				Ação que pleiteia reembolso de despesas médicas e hospitalares de plano de saúde. Mérito da ação foge aos objetivos desta análise e permanece mencionado devido a figurar entre as decisões do STF pesquisadas.
33	AI 626570/RS	Celso de Mello	monocrática	20/11/2006	Ind x RS	RS	D3, D8, D7, D10	Negado provimento ao recurso para manter o fornecimento de medicamento pelo estado
34	AI 507072/MG	Joaquim Barbosa	monocrática	30/05/2006	Ind x MG	MG	P4, P2, D2, D8, D10	Negado provimento ao recurso, mantém o Estado no pólo passivo, mantém a legitimidade do Poder Judiciário julgar má administração de recursos, mantém o fornecimento do medicamento
35	RE 393175/RS	Celso de Mello	monocrática	01/02/2006	Ind x RS	Ind	P5, D2, D7, D6	Provido o recurso do autor para restabelecendo a sentença proferida em 1ª instância, a qual ordenou o fornecimento do medicamento pelo estado
36	AI 570455/RS	Celso de Mello	monocrática	01/02/2006	Ind x RS, PM Santo Antonio da Patrulha	Ind	T6, D8, D7, D10	Provido o recurso restabelecendo a sentença proferida em 1ª instância, a qual condenava solidariamente o estado e o município ao fornecimento do medicamento
37	AI 564978/RS	Joaquim Barbosa	monocrática	24/11/2005	Ind x RS	RS	P6, D2, D 10	Negado provimento ao recurso, demonstração de liquidez no pedido do MS, manutenção do fornecimento do medicamento
38	AI 547758/RS	Celso de Mello	monocrática	22/06/2005	Ind x RS	RS	D2, D10, D8, D3	Negado provimento ao recurso, manutenção do fornecimento do medicamento
39	AI 452312/RS	Celso de Mello	monocrática	31/05/2004	Ind x PM Porto Alegre	PM Porto Alegre	D2,D8,D3,D7,D10	Negado provimento ao recurso, manutenção do fornecimento do medicamento
40	AI 468961/MG	Celso de Mello	monocrática	30/03/2004	MP/MG x MG	MG	D8,D2,D10,D7	Negado provimento ao recurso, mantém o Estado no pólo passivo, mantém o fornecimento do medicamento

41	AI 457444/RS	Celso de Mello	monocrática	27/02/2004	Ind x RS, PM Porto Alegre	PM Porto Alegre	D2, D10, D16, D3, D10	Negado provimento ao recurso, prefeitura legitimada a figurar no pólo passivo, mantém o fornecimento de medicamento e o custeio do exame pleiteado
42	AI 396973/RS	Celso de Mello	monocrática	27/03/2003	Ind x RS, PM Porto Alegre	PM Porto Alegre	D2, D10, D1, D3	Negado provimento ao recurso, mantém-se estado e município no pólo passivo, mantém o fornecimento do medicamento
43	RE 248304/RS	Celso de Mello	monocrática	19/09/2001	Ind x RS	RS	D2, D3, D10, D1, D16	Não conheceu do recurso do Estado ao mandado de segurança, uma vez que embasado em tema já orientado por jurisprudência do STF. Mantém o fornecimento do medicamento.
44	RE 198265/RS	Celso de Mello	monocrática	19/09/2001	Ind x RS	RS	D2, D10, D3,	Não conheceu do recurso do Estado, provada a liquidez do pedido, descabe o recurso, mantém o fornecimento do medicamento
45	RE 241630/RS	Celso de Mello	monocrática	13/02/2001	Ind x RS	RS	D2, D1, D10, D8	Não conheceu do recurso do Estado, mantém o fornecimento do medicamento
46	RE 273834/RS	Celso de Mello	monocrática	23/08/2000	Ind x RS, PM Porto Alegre	RS, PM Porto Alegre	D8, D1, D17, D16, D7, D10	Não conheceu dos recursos do Estado e do Município, medicamentos para pacientes portadores de HIV, jurisprudência pacificada, mantém o fornecimento dos medicamentos
47	RE 271286/RS	Celso de Mello	monocrática	02/08/2000	Ind x RS, PM Porto Alegre	RS, PM Porto Alegre	D2, D1, D17, D10, D8	Não conheceu dos recursos do Estado e do Município, medicamentos para pacientes portadores de HIV, jurisprudência pacificada, mantém o fornecimento dos medicamentos
48	RE 267612/RS	Celso de Mello	monocrática	02/08/2000	Ind x RS	RS	D2, D10, D8, D 17	Não conheceu o recurso do Estado, mantém fornecimento de medicamento
49	RE 232335/RS	Celso de Mello	monocrática	01/08/2000	Ind x RS	RS	D2, D3, D10, D7	Não conheceu o recurso do Estado, mantém fornecimento de medicamento

Fonte: própria. A ordem dos recursos está respeitando a ordem da fonte em que foram pesquisados, ou seja do site : <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

De todas as decisões preferidas neste período, conforme verificado, o posicionamento do colegiado é unânime no sentido de ou manter o fornecimento do medicamento, ou obrigar o ente estatal, seja Município, Estado ou União, a fornecê-lo.

Nesse sentido, inicia-se a análise ao considerar o recurso da tabela, ou seja, o acórdão nº RE 607381 AgR/SC. Nesse recurso, o Estado de Santa Catarina requeria o ingresso da União no Pólo passivo da demanda para que constasse como solidário no fornecimento do medicamento. Conforme a decisão do Exmo. Ministro, a responsabilidade pela atenção à saúde é de todos os entes federativos e, portanto, sendo aquele estado legítimo para responder pelo ônus da condenação, desnecessário o ingresso da União como ré. Portanto, o recurso foi negado de forma unânime pelos Ministros da turma em que o Ministro Luiz Fux é o Relator. Essa decisão foi fundamentada no artigo 196 da Constituição Federal, no sentido do entendimento de que é dever do Estado a implementação de Políticas Públicas que forneçam ao cidadão meios proteger sua saúde. Portanto, conforme o acórdão, o fornecimento de medicamento pelo Estado é direito fundamental, nos casos em que essencial à manutenção da vida (tabela, argumentos: D1, D2 e D3).

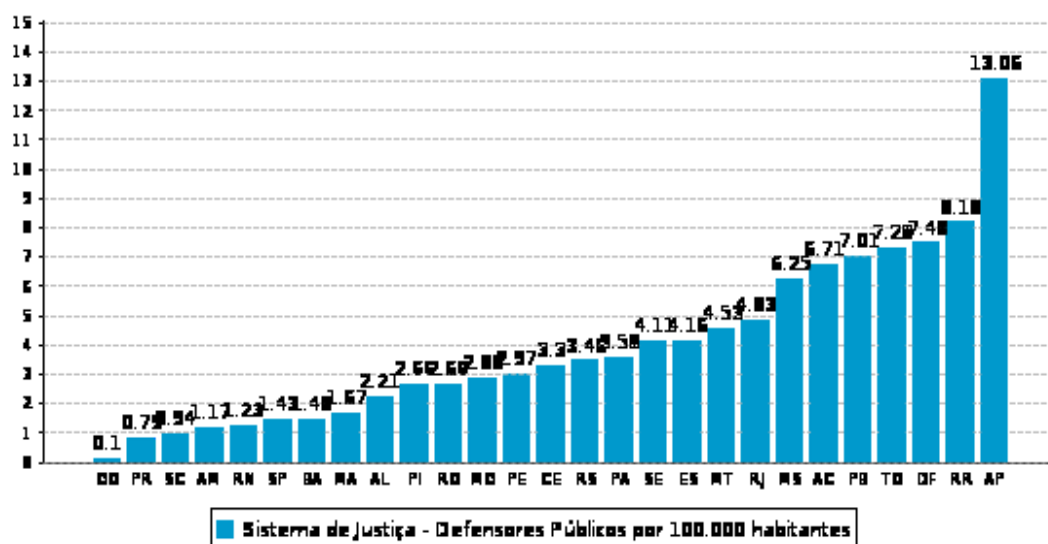
As 48 decisões monocráticas que se seguem fornecem elementos bastante interessantes para análise. Como ponto inicial, tomar-se-á o item que trata das partes no processo. No pólo ativo das demandas, tem-se que 29 delas foram iniciadas por cidadãos individualmente, assistidos por advogados particulares e seis delas foram iniciadas pelas defensorias públicas dos respectivos estados. O Ministério Público deu início a nove dessas demandas.

Examina-se, portanto, que a larga maioria dos processos são iniciados por indivíduos, já acometidos por enfermidades graves – o que se percebe na leitura dos autos e narrativa das enfermidades – com procuradores particulares. Em todos esses casos foi deferido pelo juiz *a quo* e ratificado pelas demandas superiores o benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Isso significa que apenas as custas judiciais do processo não precisam ser pagas pela parte – custos do ingresso da demanda, preparo de recurso, entre outros. no entanto, o custo do advogado particular, por óbvio, persiste. Trata-se de um custo alto à família que, no entanto, se vê obrigada a arcar porque as defensorias públicas dos estados geralmente não são acessíveis imediatamente.

As defensorias públicas são uma realidade recente no Brasil, sua constituição inicia apenas na década de 1950 e permanece pelas décadas seguintes como um privilégio apenas de capitais ou cidades grandes. O processo de acesso à justiça à classes menos favorecidas

financeiramente no Brasil teve pode ser verificado de forma mais abrangente na década de 90 com a criação dos Juizados Especiais Cíveis (anteriormente denominados de Juizados de Pequenas Causas) e cada vez mais concessões do benefício da justiça gratuita nas demandas que correm na justiça comum (Motta, Ruediger, & Riccio, 2006). A realidade, no entanto, é de falta de mecanismos e recursos materiais e humanos que impossibilitam o atendimento a todos os necessitados. Em determinadas regiões a espera por uma consulta com um defensor público pode demorar mais do que 30 dias.

Conforme dados do Projeto Atlas do Acesso à Justiça no Brasil –o qual mapeou o sistema de Acesso à Justiça no Brasil, em suas dimensões extra e jurisdicionais, formando um banco de dados e informações para o acesso e reivindicação de direitos – a quantidade de defensores públicos ainda é muito baixa em relação a quantidade de população. Abaixo segue tabela referida no Relatório de Indicadores do Referido Atlas com dados do ano de 2013. O indicador vertical está considerando o número de Defensores Públicos por 100.000 habitantes.



Fonte: (BRASIL, Governo Federal, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. Atlas de Acesso à Justiça. Indicadores nacionais de acesso à Justiça, 2013)

Nesta pesquisa sobre índices de acesso a justiça, foi verificado que há muita desigualdade de acesso à justiça no Brasil, principalmente fora de grandes centros. Além disso o nível de desenvolvimento humano (IDH) utilizado em comparação com os sistemas de justiça, demonstraram que em lugares de maior IDH, mais o acesso à Justiça é observado – ainda que esse acompanhamento tenha se mostrado modesto (BRASIL, Governo Federal, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. Atlas de Acesso à Justiça. Indicadores nacionais de acesso à Justiça, 2013, pp. 29-30).

Nesse sentido, a prevalência de advogados particulares para situações em que a urgência é parte fundamental do objeto da demanda é explicável e inclusive necessária. Em relação às demandas individuais cuja assistência jurídica foi por meio da Defensoria Pública, tem-se as defensorias dos estados de Santa Catarina com dois processos, Espírito Santo com um processo, Paraná com dois processos e Rio Grande do Sul com um processo.

O Ministério Público ingressou com nove ações de pedidos de medicamentos, respectivamente nos seguintes estados: Amapá, Rio de Janeiro, Amazonas e Distrito Federal com um processo cada, Minas Gerais com dois processos e Santa Catarina com três. Em relação a esta questão importantes considerações merecem ser feitas.

O Ministério Público, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, é uma 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. Por razão de que ações com pedidos individuais por fornecimento de medicamentos pelo Estado não constituírem interesse social – na perspectiva coletiva – e nem mesmo representarem um direito individual indisponível, magistrados de primeira e segunda instancia entenderam não ser este órgão legítimo para figurar no pólo ativo das demandas aqui tratadas. O argumento base dessa compreensão estava em que na defesa do direito de um determinado cidadão a um determinado medicamento não haveria configuração do caráter de homogeneidade necessário à atuação “ad causam” do Ministério Público (tabela: T5).

Nesse sentido, muitas discussões foram tecidas na discussão sobre essa legitimidade de representação. Em resposta a esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar compreensão diversa, argumentando assistir razão à atuação ministerial devido ao necessário amparo fundamental ao direito à vida e à saúde (tabela: D3). Conforme entendimento do Ministro Celso de Mello no RE 509569/SC,

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Continua o Ministro na mesma decisão,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O entendimento defendido requer considerar o direito público subjetivo à saúde como de prerrogativa indisponível a ser assegurada à generalidade das pessoas, conforme preconiza a Constituição Federal no artigo 196 (tabela: D6 e D2). Portanto, conclui sua decisão no sentido de que é dever do Ministério Público tornar efetiva a prestação à saúde, estando apto a representar pessoas e comunidades que necessitem de medidas judiciais para imporem a realização desse direito.

Em decorrência deste entendimento, em todas as demandas em que foi suscitada pela defesa estadual, municipal ou federal a ilegitimidade ativa do Ministério Público, mesmo que o Juiz *a quo* tenha julgado em favor da ilegitimidade, no Supremo Tribunal Federal esse entendimento foi revertido. Pacífica, portanto, a legitimidade deste órgão de propor ações que visem a obtenção de medicamentos para indivíduos que necessitem desse insumo.

Ainda em relação à análise das partes envolvidas nas demandas, nota-se que o estado do Rio Grande do Sul destaca-se em número de recursos no período considerado. De fato, em grande parte da literatura consultada houve referência de que esse é o estado brasileiro em que mais há demandas desse tipo. Um importante fator que contribui para esta estatística é que nesse estado, desde 1993, há uma Lei Estadual, Lei Estadual nº 9.908, de 16 de junho de 1993, a qual dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes. A existência e a publicização dessa legislação específica faz com que ações sejam apresentadas ao judiciário não apenas em relação a este tipo de medicamento, mas a outros também. Trata-se do conhecimento popular sobre a possibilidade – quase certa – de que o judiciário defira o pedido de medicamento, sejam quais forem. Conforme precedente do Supremo Tribunal Federal,

A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (RE 273834 / RS - Rio Grande do Sul, Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Celso de Mello Julgamento: 23/08/2000)

Em relação às partes processuais que ingressaram com os recursos, de início percebe-se que os recorrentes em grande maioria são os entes públicos – procuradorias estaduais ou municipais - condenados em primeira e segunda instância em fornecer o medicamento. Do total de 49 recursos analisados, em 34 deles foram impetrados pelo ente público estadual, municipal ou até mesmo a União. Trata-se de recursos que pretendem estancar o fornecimento do insumo ou incluir outro ente público no pólo passivo da demanda no intuito de dividir custos orçamentários e responsabilidades.

Em todos os casos analisados esse recurso foi negado. Em geral, o Supremo Tribunal Federal entende ser de competência solidária de todos os entes da federação, estado, município e união, o custeio da proteção à saúde. Em casos em que o medicamento estava sendo fornecido por um desses entes e o recurso apenas requeria o ingresso de outro ente no pólo passivo, o provimento foi negado. Entenderam os Ministros que o chamamento ao processo de outro ente federativo constituía medida meramente protelatória que não trazia nenhuma utilidade a processo a não ser atrasá-lo (tabela: D1). Em relação a recursos no qual o ente requer sua exclusão do pólo passivo, o entendimento desse Tribunal tem sido unânime em manter os entes incluídos na inicial, vez que todos são solidários nessa prestação (tabela D1 e P2).

Outra importante questão debatida trata-se da questão sobre a possibilidade ou não da interferência do Poder Judiciário na administração pública. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não apenas o Ministério Público tem plena legitimidade para postular este tipo de ação, como a interferência é possível e necessária (tabela: D5 e T4). Nesses termos, veja-se parte da decisão do AI 675275/RJ, Ministro Dias Tóffoli,

Legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que então propôs, considerando-se, inclusive, a proteção constitucional dispensada pelo legislador à saúde pública, estabelecendo políticas sociais que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, nos termos do art. 196 daquele diploma constitucional. Falta

contra a Constituição caracterizada em caso de descumprimento desses programas, uma vez que, ainda a teor do próprio texto constitucional, existe dotação orçamentária para tais objetivos. Constatação, por parte dos órgãos e entidades encarregados de fiscalizar a prestação dos serviços públicos na área de saúde (...).

É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

Importante considerar que este tema foi extensivamente tratado em momento anterior deste estudo, uma vez que envolve o princípio da separação dos poderes. O entendimento do Tribunal vai além e considera que o não provimento por parte da administração pública de meios materiais que levem a concretização da proteção à saúde é grave lesão aos direitos fundamentais em contraste com a corriqueira argumentação dos entes públicos de que o fornecimento de medicamentos causa grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública (tabela: D4).

Outra importante questão tratada por esse tribunal foi sobre a negativa de exigência de comprovação do esgotamento das vias administrativas (tabela: T3 e P5). Ou seja, por decisões como a do Recurso Extraordinário nº 628345/DF, explicitou-se o entendimento de que para o ingresso com a ação, desnecessário comprovar que tentou buscar o medicamento nas farmácias populares, por exemplo. Fundamenta-se pela obrigação do Estado em criar e manter meios de prover os serviços necessários à proteção da saúde, entre eles o de medicamentos (tabela: D7). As políticas públicas têm o condão de tornar possível a execução de um direito fundamentado e, se o indivíduo que necessita de medicação tivesse encontrado-a de forma mais fácil em uma farmácia popular ou outro estabelecimento público, não precisaria ingressar com demanda judicial.

Em relação a esse entendimento está a afirmação de que a burocracia do Estado não pode constituir-se como óbice à obtenção de tratamento adequado (tabela: D13). Nesses termos, afirma o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência consolidada, que o caráter programático do artigo 196 CF não pode se converter em promessa constitucional (tabela: D10). Por meio de políticas públicas essa intenção deve tornar-se realidade prática. Trata-se da compreensão do acesso a medicamentos como direito à saúde de caráter universal, igualitário, indissociável do direito à vida (tabela D8 e T1). É nesse sentido que esse tribunal refuta o argumento – até mesmo de Tribunais inferiores proferidas em decisões monocráticas

ou acórdãos – sobre o não provimento de ações em que a requerente não comprova cabalmente o risco de morte (tabela: T2 e T6).

Como se pode observar há uma linha lógica na argumentação verificada, a qual pende ao favorecimento da vida, ainda que o custo ao Estado represente quantias significativas. Nas decisões analisadas os Ministros revelam que o orçamento da administração pública deve arcar com o custo como sentença processual, uma vez que deixou de gastar – ou mau gastou – recursos em investimentos na área da saúde. Portanto, afirmam que o Estado deve fornecer o medicamento ainda que seu custo não esteja incluído nas dotações da legislação orçamentária (tabela: P4 e D 17). Conforme o Ministro Celso de Mello, no RE 271286/RS,

É possível a dispensa de licitação quando se trata de caso de emergência. A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes.

Frente a essa linha de pensamento, o argumento utilizado em todas as demandas por parte das defesas dos estados, municípios e da própria União, que se refere a reserva do possível foi negado ante ao direito à vida (tabela: P1). Conforme confirmado pelo tribunal aqui analisado, o argumento da limitação do orçamento da administração pública não é válido em relação ao direito à vida. Este último é direito maior e se sobrepõe ao outro (tabela D6). Portanto, trata-se de argumento insuficiente para justificar a não condenação do Estado.

Ainda tratando da questão orçamentária, em determinadas ações em que a sentença de primeiro grau condena a as administrações tanto de estado, município ou união, ao fornecimento do medicamento requerido, há a determinação para bloqueio de valores das contas do estado, município ou união em caso de descumprimento. Das sentenças em que há esta determinação, o ente estatal necessariamente recorre sob o argumento da inadmissibilidade do bloqueio das contas do Estado (tabela: P3). A esse respeito, entendem os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime nas demandas analisadas, que a pena é legítima e merece ser estabelecida para impedir que prejuízos maiores à vida do requerente ocorram. Nesse sentido, compreendem que descabe recurso de condenação ao bloqueio de valores do ente estatal para casos de descumprimento de determinação judicial (tabela: D15).

De outra forma, em relação à condenação do ente federativo ao pagamento de honorários advocatícios aos advogados dos autores individuais nas situações em que esses

procuradores sejam fundações para pessoas carente, entendem os Ministros ser indevida esta condenação (tabela: D14). Fundamentam que nesses determinados casos, sendo possível a representação por meio da defensoria pública – como é o caso – não há justificativa nesta oneração, uma vez que a administração pública estaria pagando duplamente pois já arca com os custos das defensorias públicas.

Nesse sentido, em relação às sentenças que impõe multa – diária - ao ente federativo para caso de não cumprimento, os Ministros entendem pela inadmissibilidade dessa decisão (tabela: D11).

Em determinados casos, como se pode notar pela análise da tabela, a via processual escolhida pelo representante da parte requerente do medicamento foi o Mandado de Segurança. Essa escolha não raro gerou recurso da parte adversário no sentido de que sobre o objeto demandado se faz ausente a demonstração de liquidez e certeza (tabela: P6). Dessa forma, esta não seria a via correta. A esse respeito, o entendimento está em que há certeza de liquidez no pedido específico de medicamento e é o Mandado de Segurança via legítima para pleiteá-lo. Segue trecho da decisão no AI 564978 / RS, proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa:

Ademais, consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Estado não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à vida, de medicamento que não esteja na lista daqueles oferecidos gratuitamente pelas farmácias públicas, é dever solidário da União, do estado e do município fornecê-lo.

Algumas considerações importantes sobre as demandas analisadas merecem serem feitas. Começando pelas ações em primeira instância, notou-se que em todas elas o pedido principal está acompanhado do requerimento liminar de urgência frente a demonstração do risco da doença à vida da parte requerente. Nesse sentido, o agravo de instrumento por parte da defesa é regra e muitas vezes é esse o primeiro recurso que atinge os Tribunais estaduais. Superada essa etapa, quando da análise de mérito todas as demandas apresentaram deferimento do pedido na sentença de primeiro grau.

Em relação aos recursos das defesas aos Tribunais Estaduais, dos casos verificados, em dois deles o respectivo tribunal reformou a decisão e caçou o fornecimento do objeto requerido. Trata-se dos casos RE 393175/RS e AI 570455/RS, respectivamente 35 e 36 da

tabela. As ementas das decisões, ambas provenientes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, são:

CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. Apelação desprovida. Sentença reformada. (RE 393175/ RS, Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 01/02/2006)

CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. Preliminar rejeitada. 2. Legítima-se o Município de Santo Antônio da Patrulha, passivamente, em demanda em que alguém pleiteia a realização de exame de ressonância magnética, nos termos da Lei nº 80.080/90. Preliminar rejeitada. 3. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado e pelo Município, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 4. Apelações providas (AI 570455/RS - Relator(a): Min. Celso de Mello Julgamento: 01/02/2006)

Os respectivos recursos interpostos pelos autores ao Supremo Tribunal Federal resultaram providos, de forma que as sentenças de primeira instância, cuja decisão havia garantido o fornecimento do medicamento, foram restabelecidas. O importante nesses casos, primeiramente, é que eles destoam dos demais pelo fato de havido essa divergência entre os entendimentos dos magistrados de primeiro e segundo grau no estado do Rio Grande do Sul. Em segundo lugar, importante considerar que, em face do argumento de que o autor não havia demonstrado o risco da falta de medicamento à sua vida, o Ministro manteve seu entendimento sobre a prevalência do direito ao atendimento pleno à saúde.

Em ambas as decisões, o Ministro Celso de Mello afirma que:

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer

prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.

Casos como estes confirmam certa constância do entendimento do tribunal supremo. Outra importante situação de destaque está na constatação de que em muitas dessas demandas o contraditório está como mera formalidade processual, uma vez que pouca ou nenhuma relevância é dada aos argumentos da defesa no ato decisório. Um dos fatores influenciadores desta realidade está inclusive na repetição de argumentação, na maioria das peças processuais de defesa, o que demonstra pouco exercício criador por parte dos procuradores dos Municípios, Estados e da própria União. Os argumentos se repetem, muitas vezes de forma exatamente idêntica. Esses fatos influenciam as decisões em manterem-se sempre da mesma forma.

Nesse sentido, conforme Gadelha,

A experiência demonstra que fatores que influenciam a qualidade do julgamento e da decisão vêm sendo negligenciados, quando não são inteiramente desconsiderados, nas ações judiciais, como a insustentável credibilidade da informação verificada em muitos processos, o conflito de interesses neles jamais especificados e a questionável qualidade da instrução dos processos. (Gadelha, 2011, p. 348)

De fato, em grande parte as especificidades das discussões destas demandas se referem à transferência para a esfera judicial de questões que deveriam ser enfrentadas e discutidas pelos técnicos em saúde, representantes da administração pública e a sociedade gera uma série de conflitos que merecem reflexão. Da análise das inúmeras repetições dos argumentos, nota-se que aos magistrados recai a obrigatoriedade de decidir sobre temas dos quais tecnicamente desconhece, com o agravante da urgência, uma vez que o demandante pode estar correndo risco de morte. Trata-se de um contexto que não fornece opções ao juiz a não ser ater-se aos documentos probatórios dos autos para gerar sua convicção. Qualquer outra forma de consulta pode demorar – e geralmente demora – tempo suficiente para que o autor da ação faleça.

Nesse sentido, como se denota das considerações apresentadas aqui, é aceito, quase que com naturalidade, que o magistrado tome as decisões favoravelmente ao autor, muitas

vezes não devido a sua convicção, nem por convencimento gerado pelas provas, mas por temer a responsabilidade de uma vida perdida. Segundo Gadelha, as conseqüências destas decisões podem ser exemplificadas:

Primeira, um julgamento com baixo grau de certeza, feito a partir de autos processuais, como já dito, nem sempre de qualidade desejável. Segunda, a imposição da incorporação acrítica, por precoce, baseada em resultados interinos e sem a necessária análise de evidências. Terceira, a predominância do interesse individual ou do interesse privado sobre o interesse coletivo, público. Quarto, a desorganização do sistema, pela intempestividade e imprevisibilidade das ações e decisões judiciais e a impossibilidade dada de seu cumprimento dentro das normas do SUS. (Gadelha, 2011, p. 348)

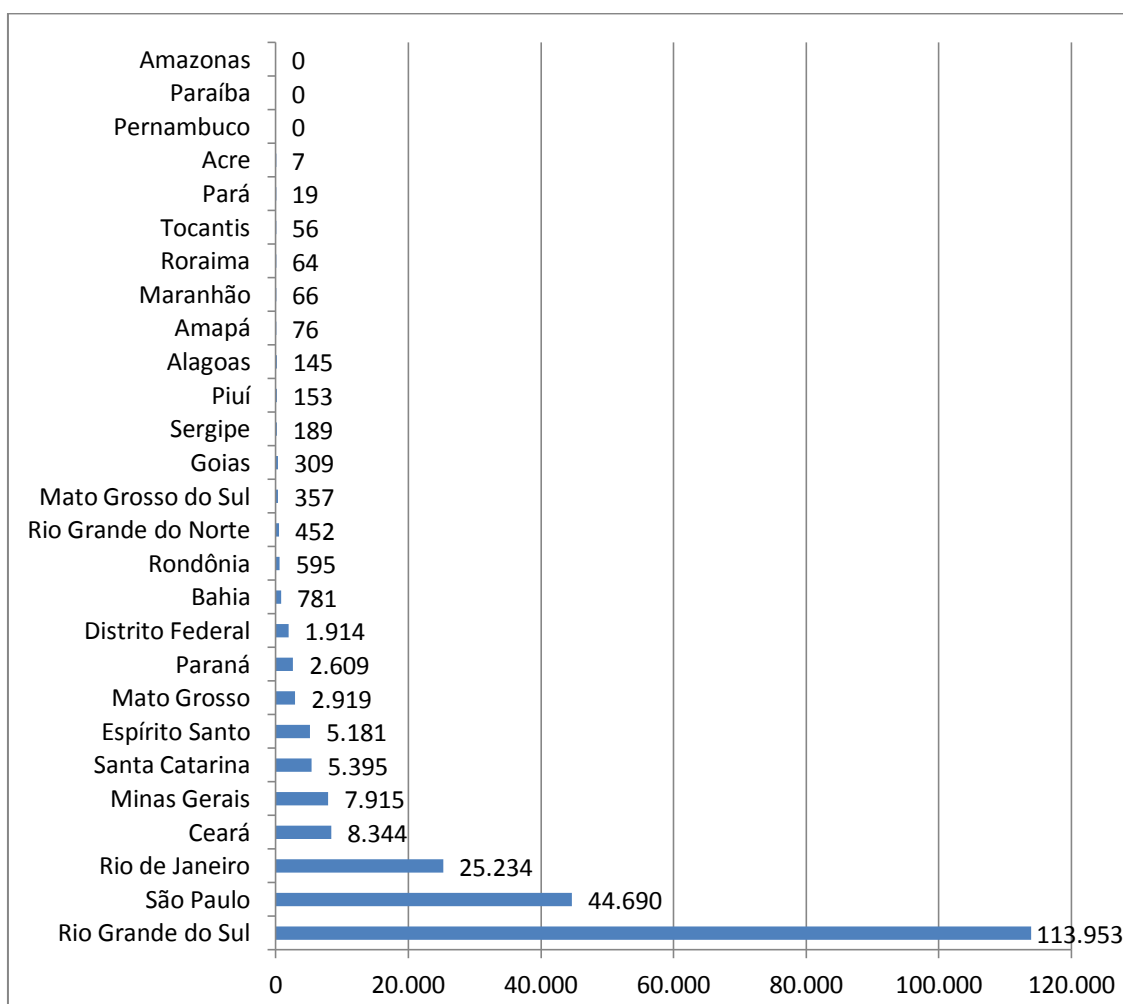
De toda forma, a certeza é que, embora as conclusões aqui apresentadas demonstrem certa uniformidade no entendimento do Supremo Tribunal Federal nestas questões, elas permanecem merecedoras de reflexões sobre a forma com que estão sendo tomadas, sobre a forma com que os cidadãos estão compreendendo-as – ou seja, como efetivação de políticas públicas – e sobre os efeitos a curto e longo prazo aos orçamentos estatais.

Merece salientar como ponto conclusivo também que, a importante Audiência Pública levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009 não gerou alterações nas formas de decisão dos Ministros desse tribunal. Nem mesmo modificações na postura nos procedimentos de instrução das demandas na primeira instância puderam ser verificadas. Dessa forma, nota-se que o documento em que constam as recomendações às partes do processo e aos magistrados, constam como formalidade intocada.

Nos termos aqui estudados, percebe-se a dificuldade do Estado em prover os elementos necessários à proteção do direito à saúde de forma plena e eficaz. Das decisões analisadas, verifica-se que a administração pública falha na disponibilização à população de equipamentos, medicamentos e profissionais que possam efetivar as prestações à saúde. As próprias decisões mencionam reincidentemente sobre a necessidade de que o Estado invista de forma responsável em ações de saúde de forma a proporcionar segurança de um bom atendimento aos cidadãos. Reafirmam, nesse sentido, o acesso universal e igualitário da assistência à saúde, no qual inclui-se a assistência farmacêutica.

6.4 Análise das decisões proferidas pelo judiciário estadual do Rio Grande do Sul no período de 01/01/2000 a 01/01/2013.

Na parte introdutória deste trabalho, foi mencionada a singularidade do estado do Rio Grande do Sul em relação aos demais estados brasileiros no que tange às ações de pedidos de medicamentos. Isto porque trata-se do estado com o maior número deste tipo de ações no país, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2011), dados estes que foram utilizados para a elaboração das tabelas a seguir.



total: 221.323

Tabela 1: fonte própria a partir de dados do CNJ

Os dados trazidos pela tabela apontam um número expressivo de processos relacionados ao estado do Rio Grande do Sul. Conforme se pode analisar, o segundo colocado, estado de São Paulo, possui menos da metade do número de processos que o

primeiro colocado. Para melhor análise, segue abaixo dados populacionais dos estados brasileiros.

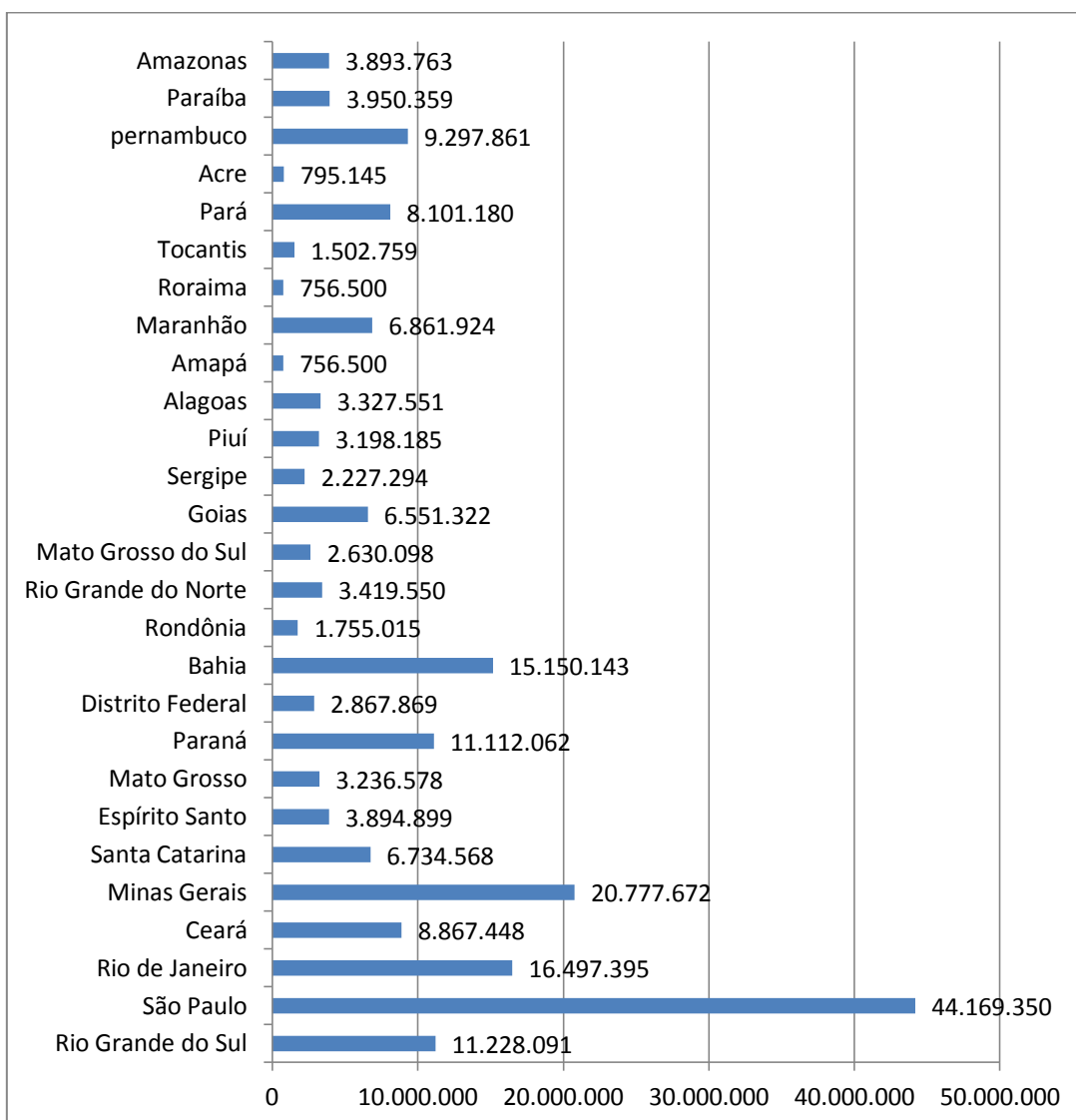


Tabela 2: fonte própria a partir de dados do IBGE (IBGE, 2010)

Como se pode analisar, o estado do Rio Grande do Sul possui quase um quarto da população do estado de São Paulo, ainda assim é líder nas ações de medicamentos tendo mais que o dobro de processos do que aquele estado. Além disso, importante considerar que o estado do Rio Grande do Sul representa apenas 5% da população brasileira e possui cerca de 51% do total de demandas por medicamentos no país. Nesses números está a razão pela qual o estado do Rio Grande do Sul foi escolhido para a presente pesquisa.

De posse destes dados, importante frisar que o número de 113.953 processos referente ao estado do Rio Grande do Sul diz respeito a todos os processos relacionados à saúde em

todos os municípios do estado. Isso quer dizer que estão nestas estatísticas ações de medicamentos, mas também aquelas cujo objeto é a demanda por fraldas, cirurgias, próteses, entre outros. Ademais, esclarece-se que análise realizada para fins desta pesquisa se restringiram ao período acima indicado, qual seja 01/01/2000 a 01/01/2013, e à Comarca de Porto Alegre tão somente, razão pela qual o número de demandas analisadas é reduzido.

Portanto, para que fosse possível delimitar o número de processos nestas condições, foi realizada, inicialmente, uma pesquisa no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual contempla todos os processos em trâmite e arquivados no Estado. No entanto, este site não permite que sejam feitas pesquisas temáticas (medicamentos, por exemplo) de processos em trâmite no 1º grau. Por isso, realizou-se uma busca de todas as demandas de pedido de medicamentos por meio de decisões do Tribunal, ou seja, em nível de 2ª instância, por meio do recurso nominado Agravo de Instrumento, recurso este geralmente interposto em face do deferimento ou indeferimento do pedido liminar realizado pelo autor do processo, uma vez que todas as demandas relacionadas a medicamentos possuem, por característica fundamental, um (ou mais) pedidos liminares¹³⁰. Ou seja, o autor ingressa com uma demanda cujo pedido do medicamento está realizado de forma liminar. O juiz de primeiro grau, ao analisar a documentação que acompanha a petição inicial, irá proferir uma decisão urgente (em cerca de 24 horas) na qual concederá ou não o pedido, ordenando ao réu (Estado do Rio Grande do Sul e por vezes o Município de Porto Alegre) o cumprimento pela autoridade administrativa. Desta decisão, cabe o recurso de Agravo de Instrumento, o qual, em quase a totalidade das demandas, é interposto pela parte prejudicada (ou o Estado que foi compelido a realizar o pagamento, ou a parte autora que teve seu pedido negado). Este recurso, por sua vez, é decidido em sede de segunda instância, ou seja, pelos desembargadores do Tribunal de Justiça. Quando o recurso, portanto, é distribuído no Tribunal de Justiça, a demanda passa a estar passível de ser consultada por meio do site do Tribunal.

A partir dessa constatação, chegou-se ao número de 604 (seiscentos e quatro) processos por meio da pesquisa temática dos recursos de Agravos de Instrumento. Para tanto, utilizou-se os seguintes vocábulos: ‘agravo de instrumento’, ‘direito público não especificado’ e ‘medicamentos’, com a delimitação da Comarca de Porto Alegre, inicialmente sem limite de

¹³⁰ As demandas de medicamentos são processos bastante similares no que diz respeito a sua tramitação. Isto porque o enfermo quando procura o advogado privado ou a defensoria pública está, na grande maioria das vezes, precisando do medicamento com urgência. Por isso, na petição inicial do processo, necessariamente haverá o pedido liminar, ou seja, o pedido urgente e com tramitação especial para que o juiz analise com rapidez de um dia ou menos, e profira sua decisão em caráter antecipatório, ainda que por vezes provisório. Portanto, todas as demandas de medicamentos, ou a imensa maioria delas, necessariamente contêm o pedido liminar de fornecimento do medicamento, pois a urgência é a natureza deste tipo de processo.

datas. O resultado inicial foi de 892 processos, com datas entre 19/11/1998 a 20/12/2013 referentes a datas de julgamento. Deste número, foram eliminadas todas as demandas em que o pedido estava relacionado à saúde, mas que não se tratavam de medicamentos e sim pedidos de próteses, tratamentos, cirurgias e até mesmo fraldas geriátricas. Após esta eliminação, chegou-se ao número de 604 demandas, todas correspondentes à 11ª Vara da Fazenda Pública, cartório especializado em saúde pública.



Figura 1: fonte Tribunal de Justiça RS (<http://www.tjrs.jus.br/site/processos>)

De posse da quantidade de processos que seriam analisados e dos números desses processos, percebeu-se que a viabilidade de análise física de cada uma das demandas restaria impossibilitada pelo grande número de processos arquivados, pois grande parte deles estava nesta situação. Ademais, em relação àqueles que ainda encontravam-se em trâmite, outro obstáculo encontrado foi a impossibilidade de ter acesso aos autos processuais, pois com frequência estavam em carga dos respectivos advogados, do réu e do autor, assim como do Ministério Público. Ante este quadro, optou-se por realizar a coleta dos dados disponíveis no site do Tribunal, assim como a análise das decisões tanto de primeira instância – sentença – quanto de segunda – acórdão.

Realizou-se, portanto, a análise individual de cada uma das 604 demandas para que se pudesse coletar os seguintes dados: 1) nome do juiz designado ao caso que proferiu a decisão liminar¹³¹; 2) deferimento ou indeferimento do pedido liminar; 3) nome do autor da demanda; 3) indicação do réu – se Estado ou Prefeitura; 4) enfermidade alegada pelo autor e atestada pelo médico; 5) número no Conselho Regional de Medicina do Médico que prescreveu o medicamento por meio do atestado médico; 6) nome do médico que assinou o atestado médico; 7) indicação de vinculação do médico com a rede pública (SUS) ou se apenas particular; 8) nome do medicamento constante na prescrição médica; 9) indicação no processo sobre o uso prévio ou não, por parte do autor, de algum medicamento genérico em relação ao que estava sendo requerido; 10) nome do medicamento constante do pedido liminar na petição inicial; 11) registro ou não deste medicamento na ANVISA; 12) nome do medicamento deferido ou indeferido na decisão liminar; 13) nomenclatura do princípio ativo conforme a Denominação Comum Brasileira (DCB), Lei nº 9.787/99; 14) nome do fabricante do medicamento requerido na inicial; 15) nas demandas em que houve determinação judicial de questionamento ao Sistema de Administração de Medicamentos do Estado (Sistema AME), a coluna 15 demonstra a resposta deste órgão; 16) existência ou não do medicamento requerido na inicial nas listas de dispensação do SUS; 17) ocorrência ou não de bloqueio de verbas públicas para compra do medicamento requerido na inicial; 18) custo mensal ou trimestral do tratamento requerido; 19) nome do procurador da parte autora; 20) argumentos da PGE nos agravos de instrumento ou contestações; e 21) ocorrência de óbito durante o trâmite processual.

Conforme mencionado, nos processos mencionados na tabela abaixo todas as decisões disponíveis no sistema *on line* do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<http://www.tjrs.jus.br/site/processos>) foram analisadas, desde a decisão interlocutória de deferimento ou indeferimento dos pedidos liminares até sentença e possíveis acórdãos. De início, portanto, importa salientar a reincidência de argumentações idênticas na grande maioria das demandas, principalmente no que tange às respostas do Estado às petições iniciais e às liminares deferidas. Ao que parece, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, assim como, em menor número de demandas, a Procuradoria Municipal de Porto Alegre, há uma tendência à utilização de argumentos repetitivos, meramente encaixados e que não

¹³¹ Na maioria das demandas é comum que mais de um magistrado acabe proferindo decisões ao longo do trâmite do processo. Isso por conta de situações como férias do magistrado, situação em que o substituto assina a decisão, remoção para outra comarca ou vara, aposentadoria, entre outras. Por isso, optou-se por denominar na coleta de dados o nome do magistrado que proferiu a decisão liminar, para que se pudesse analisar a primeira decisão do processo, tendo também como base sua procedência.

revelam inovação na tentativa de argumentação da defesa. Nesse sentido, os argumentos geralmente utilizados são: 1) pedido para que qualquer eventual condenação do réu ao fornecimento do medicamento seja determinado com base na denominação comum brasileira, Lei nº 9.787/99; 2) pedido de inclusão dos Municípios nas demandas em que a responsabilidade administrativa de fornecimento do medicamento é municipal, ou seja, o medicamento está incluso no rol de saúde básica, conforme organização do SUS; 3) quando há medicamento genérico em relação ao solicitado na petição inicial, há pedido de que a determinação judicial seja pela escolha do genérico ou, em havendo dispensação administrativa do genérico, há pedido de extinção do processo, ante o fornecimento administrativo do pedido, sob alegações de que não há estudo evidenciando a superioridade do medicamento comercial frente ao genérico correspondente; 4) pedido de produção de perícia médica para fins de perquirir a real necessidade e conveniência da parte autora em relação ao pedido feito, uma vez que a prescrição médica parcial não é suficiente para atestar a real necessidade do fornecimento do medicamento específico; 5) argumentação sobre a necessidade de aplicação da teoria da reserva do possível ao caso; 6) quando o medicamento solicitado não integra nenhuma das listas de dispensação administrativa do SUS, utiliza-se a argumentação de que a negativa de fornecimento está baseada na legalidade, uma vez que o Estado não está obrigado a dispensar medicamentos que não integrem as respectivas listas, sob pena de inviabilização orçamentária de todo o sistema de saúde do país; 7) quando o medicamento solicitado se refere a tratamento oncológico, defende-se que a parte autora deve ser encaminhada ao Centro de Alta Complexidade em Oncologia mais próximo de sua residência, por meio do médico que realizou o diagnóstico e, sendo estes centros de responsabilidade da União, argumenta-se pela ilegitimidade passiva tanto em relação ao Estado quanto ao Município; e 8) quando o medicamento solicitado não possui registro na ANVISA, casos em que a situação geralmente é de alto custo do medicamento, a defesa aduz que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento não registrado, tendo em vista que a segurança e eficácia são passíveis de questionamento e que a compra do medicamento pelo órgão público se constitui medida impossível.

Em vista dos argumentos acima referidos, as decisões judiciais de primeiro grau representaram também uma frequência argumentativa semelhante na grande maioria dos processos. Nesse sentido, seguem os mais recorrentes argumentos de convicção dos magistrados respectivamente aos temas abordados acima. Em relação ao pedido do réu de que qualquer eventual condenação seja determinada em coerência com a denominação Comum

Brasileira para medicamentos, o argumento reincidente nas sentenças foi de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua jurisprudência, reconhece a possibilidade de substituição do fornecimento dos medicamentos postulados na inicial pelo nome comercial por outros que possuem o mesmo princípio ativo. Dessa forma, entendem pelo fornecimento do medicamento genérico e não aquele fornecido por determinada empresa. No entanto, quando há menção no atestado médico de que o genérico não se mostra eficaz, a tendência é de seguir a orientação médica, quase que inquestionavelmente.

Sobre o pedido da ré de inclusão dos Municípios no polo passivo das demandas, em geral, as decisões concentram-se em afirmar que a parte autora detém o direito de postular do Estado – entendendo-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios – o fornecimento do medicamento que necessita, conforme previsão constitucional de responsabilidade solidária entre os entes públicos no âmbito da saúde pública. Ainda assim, confirmam que a divisão de competências internas do SUS não afasta o caráter de solidariedade¹³².

Quanto à alegação de que o atestado médico trazido pela autora não comprova cabalmente a necessidade do medicamento, as decisões na grande maioria têm pendido ao entendimento de que o laudo médico evidencia a necessidade do tratamento solicitado. Existe, portanto, a crença de que o laudo médico tem presunção de veracidade, não restando dúvida de que o médico que acompanha a parte autora está em melhor posição para definir a medicação que melhor se enquadra no seu estado e nas suas condições – assim como acerca da possibilidade ou não de substituição do medicamento por outro. Portanto, as decisões giram em torno da afirmação de que não há necessidade na realização de perícia técnica para fins de averiguação da enfermidade da parte autora.

Além dos argumentos acima especificados, as decisões judiciais em sua maioria trazem menção ao artigo 5º da Constituição Federal, o qual no seu *caput* trata dos direitos e

¹³² As decisões em geral citam a seguinte jurisprudência: DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ACESSO À SAÚDE. DIREITO QUE EXIGE PROTEÇÃO SUFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DE ARCAR COM O CUSTO DO MEDICAMENTO. 1. A Constituição Federal prevê a responsabilidade solidária dos entes federativos na prestação dos serviços de saúde, de modo que qualquer deles tem legitimidade para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento. A divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular. Precedentes do STJ. 2. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. 3. Havendo elementos de prova de que a parte não pode arcar com os custos do medicamento, restam configuradas as hipóteses previstas para a aplicação da Lei Estadual nº 9.908/93. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, FORTE NO ART. 557, caput, DO CPC. (Agravado de Instrumento Nº 70041957234, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 01/04/2011).

garantias fundamentais da pessoa. Conforme a construção argumentativa dos magistrados, seu entendimento é de que estas garantias de direito à vida somadas ao artigo 6º do mesmo diploma legal asseguram o direito à saúde. O artigo 196 da Constituição Federal, que trata da ordem social, também é invocado para sustentar esta argumentação, uma vez que prescreve o direito à saúde como dever do Estado, sem mencionar qualquer limitação ou restrição. A Lei 8.080/90, em seu art. 2º, por sua vez, afirma que a saúde é um direito fundamental do cidadão, incumbindo o Estado de prover as condições ao pleno exercício desse direito. Esta legislação, a qual disciplina o Sistema Único de Saúde, serve como base justificadora para incumbir aos entes públicos a prestação de todos os serviços de saúde à população.

Em relação específica ao Estado do Rio Grande do Sul, a argumentação judicial gira em torno de sua Constituição Estadual, a qual, no art. 241, reitera a Constituição Federal ao disciplinar a saúde como direito de todos e dever do Estado, o qual está incumbido de sua promoção, proteção e recuperação. Nesse entendimento, a Lei Estadual 9.908/93, no art. 1º, determina o fornecimento, de forma gratuita, de medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem adquiri-los sem prejuízo a sua própria subsistência e a de sua família, considerando medicamentos excepcionais todos aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente. A partir dessas razões, grande parte das decisões vêm acompanhadas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 557.548/MG, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 155, publicado em 05.12.2007, o qual reconhece o dever do Estado, por todos os seus entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, de assegurar o direito à saúde *lato sensu* considerado, ou seja, de modo indistinto, na forma dos artigos 23, II e 196, ambos da Constituição Federal. Portanto, a compreensão é de que o acesso à saúde é direito fundamental e de que as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido. Em havendo falha administrativa no fornecimento dos meios necessários à efetivação desse direito, a falha está passível de revisão judicial sem que isso implique em ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade.

Tendo tudo isso em vista, interessa analisar com mais cuidado os pedidos, as decisões e os argumentos envolvendo os pedidos de medicamentos não aprovados pela ANVISA. Da análise realizada nas demandas judiciais, temos um número não muito expressivo de processos envolvendo estas questões, no entanto, eles entram em evidência dado o alto custo da medicação solicitada e do transporte até o território nacional.

Em relação a estas ações, não se pode falar em uma regularidade absoluta no sentido das decisões judiciais, isso porque em geral as decisões de primeiro grau, tanto em sede de liminar quanto em nível sentencial, tem sido no sentido de indeferimento do medicamento, tendo como base o alto custo ao Estado e às imprecisas averiguações da real eficácia do medicamento. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de forma quase unânime, tem revertido este tipo de decisão no sentido de dar provimento ao recurso interposto pela parte autora. A argumentação dos desembargadores gira em torno da afirmação de que a ausência dos medicamentos nas listas elaboradas pelo SUS não induz o indeferimento, uma vez que o direito a saúde é amplo, principalmente quando estes insumos são imprescindíveis ao tratamento e à cura de enfermidades. Nesse sentido, fundamenta-se que o fato de o medicamento, receitado pelo médico do necessitado, não ser liberado pela ANVISA – portanto, apenas existindo no mercado internacional – não isenta o Poder Público de cobrir seu custo, uma vez que entendimento contrário a este significaria esvaziamento da garantia constitucional. Reafirma-se, assim, a compreensão de que direito à assistência à saúde não se exaure na lista de medicamentos registrados pela ANVISA. A listagem da ANVISA, conforme decisões de 2ª instância, não tem condão de ser exaustiva, mas sim exemplificativa.

Na decisão do Agravo de Instrumento de nº 70056189269, no qual o autor requeria um medicamento sem aprovação pela ANVISA e, conseqüentemente, sem comercialização em território nacional, o Desembargador Relator José Luiz Reis de Azambuja cita a Desembargadora Sandra Brisolará Medeiros, *in verbis*, na decisão da Apelação Cível nº 70033971623, Segunda Câmara Cível, julgado em 21/07/2010:

Assim, o apelante - Estado do Rio Grande do Sul - é responsável pela concretização do direito à saúde, garantido a todo e qualquer cidadão, estejam ou não os fármacos incluídos em suas respectivas listas, devendo ser ponderado que, diante da dificuldade de sua enumeração exaustiva, mostra-se imperativo o fornecimento daqueles não incluídos na listagem, desde que comprovada a necessidade do seu uso, como no caso em exame, mesmo porque a partição de competência interna dos entes da federação impera administrativamente entre estes, não servindo de argumento para desonerá-los de suas obrigações legais e constitucionais em relação à atenção à saúde da população carente, em nada prejudicando o direito do autor o fato de o medicamento prescrito não estar incluído em rol proveniente daqueles.

Esta decisão é citada em muitas das decisões que afirmam o dever do Estado brasileiro de fornecer inclusive medicamentos sem aprovação. Neste mesmo sentido, o Agravo de

Instrumento nº 70054983937¹³³, da Oitava Câmara Cível, cujo Relator foi Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 15/08/2013, em situações excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade do paciente fazer do medicamento, ante ao risco de morte, cabe ao judiciário relativizar a restrição sobre a venda de medicamentos não aprovados pela ANVISA. Ainda afirma-se na decisão que limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência deste direito ante os demais. Portanto, não há razão para invocação dos princípios da universalidade, da isonomia e da igualdade, uma vez que o Judiciário apenas está a ordenar o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração.

Em relação a estes processos que envolvem medicamentos não aprovados pela ANVISA, notamos que compõem a minoria significativa. Constam vinte processos, nos quais em sete deles houve deferimento de bloqueio de valores dos cofres públicos para arcar com os custos do medicamento. No restante, o pedido de bloqueio das contas públicas pela parte autora foi indeferido. Conforme dados constantes nos processos e presentes na tabela de coleta de dados, o custo mensal dos tratamentos varia entre R\$ 800,00 (oitocentos reais) a 31.000,00 (trinta e um mil reais). Diante do alto custo dos medicamentos requeridos, as defesas tanto estadual quanto eventualmente municipal, argumentam pela escassez de recursos públicos para custear despesas individuais de montantes elevados, alegando que não se mostra razoável a imposição ao Estado do seu, sob pena de evidente comprometimento orçamentário na prestação de serviço à saúde da universalidade dos indivíduos. A disponibilização de medicamentos de alto custo, portanto, importaria em inviabilização da efetivação do direito ao restante da população.

¹³³ Nesse sentido, importante jurisprudência: AGRADO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MUNICÍPIO DE CANOAS. PERÍCIA MÉDICA JUNTO AO DMJ. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA NA ORIGEM. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL, DA UNIVERSALIDADE, DA ISONOMIA E DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Constituindo temática não analisada na decisão atacada, inviável examinar diretamente nesta Instância a pretensão do agravante de realização de perícia médica junto ao DMJ, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. 2. Embora seja descabido o fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA, em situações excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade do paciente fazer uso em face do risco de vida, esta Corte de Justiça tem relativizado tal restrição, como ocorre no presente caso. 3. Ocasionalmente limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. 4. Não há falar em ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da igualdade, posto que o Judiciário apenas está a ordenar o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração. AGRADO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70054983937, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 15/08/2013).

Em relação a estas demandas, a Defensoria do Estado do Rio Grande do Sul, reincidente em argumentar que quando da não existência de registro do medicamento pela ANVISA, não haveria evidências científicas de eficácia do medicamento. Neste sentido, aduziu na maioria de suas defesas não haver justificativa para a dispensação em situações em que não há certeza de que o medicamento é eficaz para fazer frente a determinada enfermidade, conforme os padrões brasileiros de verificação e análise de medicamentos. Além disso, em casos em que apenas há informações unilaterais provenientes do médico particular da autora, sem indicação, contudo, da utilização de tratamentos prévios alternativos, a defesa do estado alega a carência de idoneidade na indicação do tratamento.

Muitas vezes, no entanto, o medicamento está registrado na ANVISA, mas não como indicação de tratamento para a doença específica do autor da demanda. Da mesma forma, muitas vezes o medicamento receitado pelo médico da parte autora está em desacordo com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)¹³⁴. Conforme já especificado nesta pesquisa, os Protocolos Clínicos têm o objetivo de racionalizar a prescrição e o fornecimento dos medicamentos, e estabelecem critérios de diagnóstico para cada doença. Nesse sentido, quando o objeto da demanda refere-se a um medicamento que não condiz com a indicação do protocolo, a defesa estatal argumenta em relação a esta discrepância. Aduz, portanto, quanto à segurança e eficácia do tratamento, salientando o não cumprimento dos pré-requisitos necessários para o fornecimento da medicação, os quais visam analisar a real necessidade e proteger sua saúde. No entanto, embora na maioria dos casos analisados em que ocorre este tipo de situação a sentença de primeiro grau indefira o fornecimento do medicamento pelo ente estatal, as decisões de instâncias superiores em sua grande maioria tendem a decidir pelo deferimento do pedido de entrega de medicamento. Dos vinte medicamentos não aprovados pela ANVISA, em 17 deles o fornecimento foi deferido pelo Tribunal. Ou seja, ainda que sem aprovação e registro no órgão competente, qual seja, ANVISA, as decisões judiciais definitivas obrigam o estado ao fornecimento do medicamento ao autor.

Nesse sentido, a argumentação recorrente de que o exame sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada não exige análise sobre a existência ou inexistência do direito

¹³⁴ Conforme informação do Ministério da Saúde, “os PCDT têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os PCDT, também, objetivam criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Portanto, no âmbito do CEAF, os medicamentos devem ser dispensados para os pacientes que se enquadrarem nos critérios estabelecidos no respectivo Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica.” (BRASIL)

posto, mas exige que a prova deve ser verossímil¹³⁵. Portanto, os documentos juntados ao processo, segundo conta nas decisões, compõem muitas vezes demonstram-se capazes de permitir a configuração de acolhimento da pretensão posta em Juízo. Nesse aspecto, confirmam o entendimento do doutrinador Germano Schwartz (Schwartz, 2001) no que tange ao beneficiamento constante do direito à vida como objetivo maior da sociedade brasileira, compreendendo este direito de forma ampla para que sempre que o bem vida estiver ameaçado, deve o direito agir para estabelecer as condições de exercício desse direito¹³⁶. Ainda com base no artigo 196 da Constituição Federal, as decisões seguem afirmando que é dever do Estado (*lato sensu*) prestar atendimento de saúde, sendo o conceito de saúde amplo (abrangendo atendimento médico, hospitalar e cirúrgico, até o fornecimento de medicamentos ou similares) de modo a incluir todo o indispensável à manutenção ou recuperação da saúde e da vida. Nos casos, portanto, em que há declarações médicas indicativas do estágio da doença do autor e, sendo o medicamento não aprovado pela ANVISA o único indicado e potencialmente útil para o manejo da enfermidade, configura-se a verossimilhança ao alegado, sendo este requisito suficiente para embasar a necessidade de seu fornecimento. Nesse sentido, o entendimento está em que o direito à saúde mantém-se íntegro mesmo que o medicamento prescrito não possua registro na ANVISA.

Em relação a este posicionamento, com frequência as decisões citam os precedentes da Apelação e Reexame Necessário nº 70028459360, da 3ª Câmara Cível/TJRS, Relatora

¹³⁵ Para esclarecimento desta expressão veja-se: “Quando o art. 273 do Código de Processo Civil faz referência à convicção de verossimilhança obviamente não pretende indicar a verossimilhança própria à filosofia ou a convicção de verossimilhança suficiente para o julgamento de procedência quando presentes determinadas situações de direito material – como acima explicado, lesões pré-natais; relações de consumo etc. –, mas sim a convicção de verossimilhança característica às decisões que antecipam a participação em contraditório ou são fundadas em cognição sumária. Trata-se, desse modo, de uma expressa autorização para o juiz decidir com base em convicção de verossimilhança, que evidentemente não se confunde com a convicção excepcionalmente aceita ao final do procedimento em determinadas situações de direito material. Nesse caso, a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança. Diante do art. 273, portanto, o juiz está autorizado a decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante. Decidir com base na verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade.” (Marinoni, Manual do Processo de Conhecimento, 2001, pp. 225-226)

¹³⁶ “Como a vida é o objetivo mor da sociedade brasileira, conforme infere-se do texto constitucional, é correto estabelecer o primeiro requisito, afirmando que sempre que o princípio da preservação da vida e do respeito à dignidade humana estiver ameaçado, o Estado deve agir para estabelecer as mínimas condições existenciais. (...) Decorrente do primeiro, podemos estabelecer o segundo requisito, e que deve ser observado pelos tribunais brasileiros – também sendo analisado no caso concreto – na proteção do direito público subjetivo da saúde: o cidadão e/ou estrangeiro residente no país deve ser pessoa necessitada, e que não possa arcar com os custos da manutenção de sua saúde sem comprometer seu sustento próprio e/ou de sua família.” (Schwartz, 2001, pp. 82-83)

Matilde Chabar Maia, julgado em 09/07/2009¹³⁷ e o Agravo de Instrumento nº 70053883674, da 8ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 23/05/2013¹³⁸.

Outra importante constatação que merece ser analisada diz respeito ao grande número de demandas em que o medicamento solicitado não consta das listas de dispensação do SUS: Componente Básico da Assistência Farmacêutica (RENAME, Portaria MS/GM nº 533/2012) e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (atualizado pela Portaria nº 1554 de 30 de julho de 2013), respectivamente ANEXO 04 e 05. Conforme análise estatística dos processos analisados, Dos 605 processos, em 282 deles havia requerimento de medicamentos que não constavam em nenhuma das listas de dispensação administrativa do SUS. O total de medicamentos fora das listas requeridos foi de aproximadamente 325. Essa constatação não pode ser desconsiderada, uma vez que cerca de 47% das demandas ingressadas tratavam de requerer ao estado prestações fora de qualquer previsão orçamentária. Desse número o deferimento da medicação pleiteada em primeira ou segunda instância foi de 100%.

Nesse mesmo sentido, importante analisar que de 605 demandas, em 323 o pedido administrativo de medicamento aos órgãos estatais de disponibilização foi frustrado, razão pela qual não restou alternativa às pessoas necessitadas senão pedi-los pela via judicial. Essa análise pode levar a constatação de que há falhas importantes na garantia do acesso À população de medicamentos que deveriam ser dispensados sistematicamente pela via

¹³⁷ APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ESCLEROSE SISTÊMICA. DEVER DO ESTADO. - Dever do Estado, de forma ampla, de fornecer medicamento. Aos entes da Federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados (artigos 6º e 196 da Constituição Federal). - Descabe a alegação de que os medicamentos postulados não constam nas listas do Estado, para fins de cumprimento do dever constitucional da tutela da saúde. Até prova em contrário, o medicamento receitado ao paciente por seu médico é o que melhor atende ao tratamento da patologia que lhe acomete. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. - Hipótese em que a falta de registro pela ANVISA não desautoriza o fornecimento da medicação, quando demonstrado estar sendo favorável ao controle da doença. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, MANTIVERAM A SENTENÇA, POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70028459360, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 09/07/2009)

¹³⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL, DA UNIVERSALIDADE, DA ISONOMIA E DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. BLOQUEIO DE VALORES. CABIMENTO. 1. Embora seja descabido o fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA, em situações excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade do paciente fazer uso em face do risco de vida, esta Corte de Justiça tem relativizado tal restrição, como ocorre no presente caso. 2. Ocasionais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, dada a prevalência do direito reclamado. 3. Não há falar em ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da igualdade, posto que o Judiciário apenas está a ordenar o cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração. 4. Bloqueio de valores que visa exclusivamente a possibilitar a efetivação do comando judicial, em razão de descumprimento da ordem. Medida excepcional que se justifica em razão da primazia do direito fundamental à saúde e à vida. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70053883674, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 23/05/2013)

administrativa. Muitas das decisões judiciais que obrigam o estado ao fornecimento da medicação pleiteada baseiam-se na necessária revisão judicial das políticas públicas ineficazes ou insuficientes. Trata-se, do Judiciário compreendendo-se incumbido de realizar tarefas que o executivo, por meio de sua administração, não logra realizar.

Conforme exposto nas decisões analisadas, a compreensão se dá no sentido de que o Poder Judiciário tem o dever de determinar a realização de prestações que visam assegurar o acesso universal e igualitário a serviços de dever do Estado, quando elas não são devidamente cumpridas. Deve o judiciário assegurar que o conteúdo mínimo de proteção ao direito fundamental a saúde. Dessa forma, quando a política pública se demonstra insuficiente ou ineficaz aos seus fins, entende-se possível a sua revisão judicial com a concessão de medicação, exame ou procedimento previsto ou não pela esfera administrativa orçamentária. Estas decisões não privilegiaria um interesse subjetivo, porque o interesse social é de que a política pública seja suficiente e eficaz. Também não haveria ofensa ao princípio da pessoalidade, porque a causa da revisão judicial é a insuficiência da terapêutica adotada pelo protocolo. Da mesma forma, nem mesmo haveria ofensa ao princípio da divisão de Poderes, pois a revisão dos atos administrativos é função judicial típica, bem assim às normas orçamentárias ou ao princípio da reserva do possível, porque a colisão entre princípios não admite raciocínios de tudo ou nada, exigindo antes a compatibilização, de forma a obter a máxima otimização de ambos.

Em relação aos medicamentos constantes nas listas de dispensação administrativa, interessa a análise de que nas decisões estudadas não verificou-se qualquer menção ao administrador público responsável pelo fornecimento administrativo dos medicamentos no sentido de questionamento sobre a falha na prestação do serviço. Constatou-se que a vinculação do administrador público nas decisões estava restrita à designação de intimações pessoais em seu nome e a considerá-lo responsável pessoalmente pelo fornecimento ao autor daquela demanda. A responsabilidade desse agente público¹³⁹ notou-se estar restrita aos casos individuais, não se estendendo a considerações que envolvessem uma possível falha prestacional à coletividade.

Nesse aspecto, o direito a saúde e a efetivação desse direito estão estritamente ligados ao direito administrativo (DALLARI, 1988). Isso porque a efetivação de ações de saúde pública está vinculada a atuações estatais por meio do administrador público. O direito à

¹³⁹ Nos termos da lei 8.429/92, art. 2º, agente público é “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por efeito de eleição nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função”

saúde se caracteriza pelo preenchimento dos princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público (MELLO, 1980). O administrador público, conforme o direito brasileiro, tem poderes e deveres balizados conforme interesses da comunidade. São os gestores da coisa pública, investidos de competência decisória, autoridades com poderes e deveres específicos do cargo ou da função e, conseqüentemente, com responsabilidades próprias de suas atribuições. Estes poderes e deveres estão necessariamente expressos em lei e estão condicionados à moral administrativa e aos interesses da coletividade (MEIRELLES, 2013).

Em relação às ações para efetivação de saúde pública, cada agente está investido da necessária de parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições, uma vez que é o poder público que empresta autoridade ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões aos administrados. Esse poder deve ser utilizado de modo a remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público, de forma que o poder de agir se converte no dever de agir. Quando se fala em responsabilidade administrativa do gestor público de saúde, portanto, o agir conforme a lei é uma imposição, um dever, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Em casos de não agir, a Administração está passível de responder civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes.

Além do dever de agir, o administrador também está vinculado ao dever de eficiência, de forma que todo agente público deve realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. O dever da boa administração já consta do Dec.-lei 200/67, submetendo toda a atividade do Executivo ao controle de resultado e sujeitando a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (MEIRELLES, 2013).

Ainda estão entre os deveres do administrador a probidade disposto na tanto na lei administrativa quanto na Constituição Federal, art. 37, § 4.º, de forma que atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário. A Lei 8.112/90 contém disposições relacionadas à improbidade no trato dos bens que lhes são confiados para gestão. A responsabilização estende-se às esferas administrativa, civil e criminal, conforme o caso e a categoria do agente. Já a Lei 8.429/92, dispõe quanto a sanções aplicáveis aos agentes

públicos que cometem atos de improbidade tais como enriquecimento ilícito (art.9), prejuízo ao Erário (art. 10) e atentado contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Nesse sentido, o agente público – e até mesmo o agente político com cargo no Poder Executivo - quando não cumpre com as funções as quais está legalmente obrigado a cumprir está incorrendo em improbidade administrativa. Nesses casos, sua responsabilização deve abranger desde o processo administrativo disciplinar até os processos judiciais, civis e criminais, respectivamente meios internos e externos de punição. Em vista disso, o agente público responsável pela dispensação de serviços de saúde em determinada localidade deve agir no sentido de que os meios provisionais de efetivação da saúde estejam ao alcance do cidadão. Do contrário, estará incorrendo em improbidade.

Esse raciocínio soa imprescindível quando da análise da constatação de que grande parte dos medicamentos requeridos nas ações judiciais se trata de medicamentos que deveriam estar sendo fornecidos pela via administrativa, ou seja, por meio da provisão da boa administração (ou do bom administrador). A não existência desses medicamentos nos postos de distribuição estaduais ou municipais, e até mesmo nos hospitais mantidos com recursos da união, estados ou municípios, induz necessariamente a constatação de que há falha na administração pública daquele recurso.

Ainda nesse aspecto, importa mencionar a Portaria nº 95/91 do Ministério da saúde, a qual estabelece as responsabilidades de cada nível de governo na garantia de acesso de prestações da saúde à população. Esse documento estabelece as responsabilidades do gestor estadual e municipal em relação a suas incumbências e competências. Da mesma forma, garante que o gestor estadual deve promover a atenção à saúde de forma solidária aos municípios. Há, portanto, legislação amparando a responsabilização, mesmo assim, em se tratando de responsabilidade administrativa, nenhuma das decisões analisadas foi explícita em mencionar o tema.

Nesse contexto, finaliza-se a análise das decisões acima especificadas, ainda que claramente se possa afirmar que outras verificações e questionamentos podem ser tecidos quando da leitura atenta das tabelas apresentadas. No entanto, para o objetivo a que se destinou esta etapa da pesquisa, considera-se de grande valia os resultados acima averiguados.

CONCLUSÃO

O estudo exposto tem por base a análise do fenômeno das ações judiciais que visam a obtenção de medicamentos por meio de custeio do Estado. Partiu-se, portanto, da exposição do fenômeno da chamada judicialização da saúde e seu impacto devido à intensa gama de processos que tem sido ingressado no Judiciário, no intuito de que esse Poder lograsse fornecer alguma resposta à demanda social. Por meio de uma breve análise da história recente da redemocratização brasileira, possibilitou-se a percepção de que, até pouco tempo atrás, o Poder Judiciário não se representava enquanto instituição aberta e acessível para grande parte da população. O retorno do modelo democrático com eleições direitas e a promulgação da Constituição de 1988, nesse sentido, foram um dos motores propulsores da alteração – ainda que gradual – da realidade apresentada.

O novo texto constitucional, por meio do amplo rol de garantias fundamentais afirmadas, inovou em instaurar novos paradigmas ao ordenamento jurídico e à sociedade brasileira. Nesse processo, a década de 90 representou um período de readaptação democrática e descoberta de novos direitos. Nessa perspectiva, além da garantia ao voto direto a membros do Legislativo e do Executivo nas três instâncias de governo – federal, estadual e municipal – como símbolo democrático, uma abertura a outros canais de participação popular para definição de políticas governamentais e investimentos, como os conselhos, por exemplo, foram previstos. A Constituição de 1988 promoveu os direitos sociais como um dos temas centrais de suas garantias, afirmando a qualidade de social do Estado brasileiro. O direito à saúde, nesse contexto, se apresenta como elementar à condição de igualdade social.

Nesse cenário, o direito fundamental à saúde representa a discussão central dos processos judiciais causadores do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. As demandas que exigem do Poder Judiciário uma resposta à falta de efetivação das garantias constitucionais relacionadas à saúde – não efetivadas pelo Executivo – representam um meio encontrado pelo cidadão para questionar o Estado sobre a qualidade de sua administração e, para expor sua reivindicação em relação a prestação de meios básicos de efetivação de um direito fundamental. O âmago da questão constitui-se a omissão ou má gestão Estado, representado por seus administradores públicos, na execução de seu dever em prestar assistência no que tange ao direito à saúde. Como visto da análise realizada, muitas das demandas judiciais que engrossam o fenômeno apresentado são geradas devido a políticas

públicas de saúde mal administradas somada à falta de meios claros e objetivos de participação popular em decisões que afetam diretamente a população.

A fim de estruturar a defesa dessa argumentação, iniciou-se este estudo pela análise do direito social à saúde como conquista formal, por meio de garantia constitucional, e material, por meio de movimentos sociais e de políticas estatais, resultado de gradual afirmação ao longo do século XX. A exposição e defesa do direito à saúde de titularidade individual e transindividual constituiu-se posicionamento decisivo para a compreensão da amplitude desse direito como garantia fundamental e para a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Vencida esta etapa, passou-se ao estudo dos diferentes tipos de Estado como fase essencial para a adequação do Estado brasileiro como Estado Democrático e Social, uma vez que a concepção de Estado definida pela sociedade é fator determinante em relação às condições com as quais os direitos fundamentais serão tratados. Além disso, a independência dos Poderes, especialmente a do Poder Judiciário, nesse contexto, no Estado de Direito brasileiro e a capacidade universal de qualquer cidadão de figurar como pólo ativo em demandas contra o Estado constituem-se elementos determinantes ao conceito de democracia trabalho para tecer esta análise. De posse de conceitos importantes em relação à teoria do Estado, foi possível estruturar, portanto, a noção de judicialização da política no Estado Democrático brasileiro.

Nesse contexto, considerou-se imprescindível um exame detalhado em relação ao controle judicial de atos da administração pública enquanto prática importante na averiguação do manejo de recursos públicos. O questionamento sobre a possibilidade de que atos administrativos proferidos pelo Executivo – e até mesmo pelo Legislativo – possam ser verificados – julgados – pelo Judiciário representou-se de fundamental importância para a compreensão de que no Estado brasileiro o Judiciário constitui ferramenta de controle administrativo, tanto prévio como posterior. O estudo da teoria da divisão de Poderes relacionado às Políticas Públicas proporcionou embasamento para esta análise. Dessa forma, no que diz respeito às políticas públicas de saúde, tendo em vista representarem a efetivação de um direito fundamental social diretamente condicionante do direito à vida, pode-se concluir que o controle exercido pelo Poder Judiciário apresenta-se, ante a conjuntura política atual, necessário e significativo. O princípio da subsidiariedade, nesse contexto, reforçou as conclusões obtidas, pois reforça a valorização da consciência do cidadão como agente de execução de seus direitos. Esse princípio sustenta-se na noção de promoção de igualdade

material ainda que por meio da movimentação do Poder Judiciário. Para a análise das demandas em que o autor requer a efetivação do direito à saúde por parte do Estado, a compreensão de que o fundamento do Estado deve estar na busca do desenvolvimento do cidadão – autonomia – e de as políticas públicas devem estar estruturadas nesse sentido se mostra inteiramente pertinente.

Nesse contexto, o controle judicial interessa fundamentalmente ao cidadão que o percebe como meio de alcançar o gestor público e questioná-lo sobre o porquê da inefetividade dos meios para que o direito à saúde possa ser exercido. Como já fundamentado, o direito social à saúde é garantia que exige prestações positivas do Estado, ou seja, ações no sentido de materializar condições de exercício, como o fornecimento adequado de medicamentos contidos nas listas de dispensação administrativa do SUS, por exemplo. Em grande parte dos casos de busca judicial para efetivação do direito à saúde, o processo judicial tem representado um espaço democrático para discussões que deveriam ter ocorrido previamente à elaboração da política pública, mas que não ocorrem por absoluta falha do gestor na prestação administrativa – falha essa não analisada por nenhuma das decisões judiciais analisadas.

O fenômeno da judicialização, nesse âmbito, constitui-se reflexo de falhas administrativas no processo de prestação de serviço das políticas públicas, assim como falta de meios confiáveis de diálogo entre o cidadão e o gestor da política pública. O processo judicial, sem dúvida, tem sido percebido como um espaço de discussão, ou seja, de participação, no qual o cidadão busca debate formas de tornar efetivo seus direitos constitucionais. Há, nas demandas judiciais, algum espaço – ainda que pequeno – para que o indivíduo seja ouvido, por este meio o cidadão passa a perceber-se como sujeito ativo de políticas públicas, as quais somente serão efetivadas se exercida sua participação. A proposta desenvolvida neste estudo buscou mostrar a necessidade de que sejam desenvolvidas formas eficazes de participação democrática à população tanto na elaboração quanto na materialização das políticas públicas. O grande número de ações judiciais por medicamentos representa o nível de insatisfação do cidadão em relação aos serviços de políticas públicas existentes e à forma com que eles têm sido implementados. Importante, nesse aspecto, considerar que, das análises de decisões realizadas, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado favorável às reivindicações dos cidadãos, uma vez que pacificamente entende como legítimo o controle Judiciário no controle da implementação de políticas públicas de saúde,

assim como tem afirmado que o valor à vida deve ser prioridade de qualquer governo sendo, portanto, essencial o provimento de políticas públicas de qualidade.

Nesse aspecto, a investigação dos aspectos teóricos da saúde como política pública permitiu a averiguação do conteúdo fundamental do direito à saúde, conceito base para estruturação das análises subsequentes em relação aos meios de implementação da saúde. O conceito de política pública foi trabalhado no intuito de compreender o nível do comprometimento do Estado e do gestor público perante o cidadão. Nesse âmbito, contrastou-se a ineficiência da gestão pública no que tange à disponibilização de medicamentos à população. Ainda que uma significativa parte dos medicamentos requeridos nas ações judiciais seja de medicamentos não fornecidos administrativamente pelo Estado (compreendendo-se município, estados e união), a grande maioria de requerimentos representam medicamentos que deveriam estar sendo fornecidos de forma regular pela administração pública. Ao deparar-se com tais falhas na eficiência das políticas públicas de saúde pôde-se analisar, no capítulo quarto, instrumentos processuais que visam fazer frente ao controle dessas políticas. Ainda dessa análise, importante a reflexão em relação ao impacto que esses instrumentos exercem (ou não) na população atingida. Isso porque o fenômeno da judicialização da saúde pode ser compreendido como a utilização de instrumentos judiciais para a efetivação de compromettimentos administrativos deficientemente executados.

Nesse debate, o histórico da constituição do SUS, de forma participativa, por meio de conselhos e mobilização de diversos setores da sociedade civil e política, demonstra os aspectos sociais necessários a uma eficaz política de saúde. A Política Nacional de Medicamentos, posteriormente organizada e institucionalizada, reforça o aspecto social e os princípios nos quais o Estado brasileiro, por meio da soberania popular, optou em estruturar-se. Trata-se da universalidade do direito à saúde como direito de todos e dever do Estado.

Nesse aspecto, a averiguação das decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos processos pesquisados demonstra haver uma evidente tendência em afirmar a responsabilidade do Estado para com o cidadão. Nas incumbências decorrentes desta responsabilização pode ser incluída a implementação de políticas públicas eficientes, comprovando o princípio constitucional de que o ser humano deve figurar em primeiro lugar. Nesse sentido, a necessidade da judicialização da questão política sobre medicamentos é tema que deve ser apreciado pelo judiciário por constituir-se na maioria dos casos uma forma de violação de um direito. Outra relevante constatação refere-se à unânime refutação por parte dos tribunais superiores em relação ao argumento da reserva do possível – comumente

arguido pela parte ré –, confirmando a singularidade especial que os direitos de personalidade compreendem à cada cidadão em sua dignidade, de forma a considerar o cidadão como fim do Estado e não como meio.

É importante considerar, no entanto, que a judicialização não pode ser aceita como um meio ordinário de (re)definição de políticas públicas. Isso porque a invocação do Judiciário pressupõe um conflito, um não-entendimento conflituoso. Nesse sentido, constitui-se quase incompreensível a existência de demandas requerendo judicialmente do Estado prestações (medicamentos) que deveriam ser fornecidos administrativamente de forma ordinária. Se o processo pressupõe um litígio, as demandas genuinamente cabíveis seriam aquelas que tratam de medicamentos não fornecidos pelo aparato estatal.

Em relação a meios de participação da sociedade na elaboração de políticas públicas, importante a atenção que se deu tanto aos conselhos no que se refere à formação e afirmação do SUS em âmbito nacional e à Audiência Pública organizada pelo Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009. Ambos procedimentos trazem na sua essência a intenção de proporcionar maior democratização às decisões que precisam ser tomadas na configuração de uma política pública ou na resolução de demandas judiciais em grande número. A organização social representada pelos conselhos foi de grande importância à formação do SUS e, por meio das intensas participações nas plenárias de saúde, contribuíram para que o sistema mantivesse características de descentralização e universalidade. No entanto, fica clara a falta de incentivo ao melhor preparo dos conselheiros e à própria manutenção dos conselhos enquanto força local – principalmente dos municípios - por recursos maior autonomia. Nos diversos depoimentos de conselheiros contidos nas obras analisadas, percebe-se haver uma tendência a submeter os conselhos aos gestores municipais ou estaduais. Trata-se, possivelmente, de um processo de burocratização no qual o corporativismo, a partidarização e a falta de representatividade popular indicam a importância da adoção de novas iniciativas. Nesse sentido, as Audiências Públicas de 2009 representaram naquele momento um avanço na análise da problemática, contudo a repercussão não perdurou nas agendas processuais, uma vez que, tanto nas decisões judiciais quanto nos trâmites processuais, não se verificou de forma intensa a utilização das recomendações realizadas. É verdade, no entanto, que tanto os conselhos de saúde em nível local quando a própria Audiência Pública ocorrida em Brasília, não contaram com a participação expressiva das pessoas que de fato são usuárias do SUS e provam das suas benesses e escassez.

Nesse contexto de formação e formalização do SUS, a Política Nacional de Medicamentos, Portaria do Ministério da Saúde de 1998, foi pensada com base no grande número de pessoas que se encontravam excluídos de qualquer atendimento relacionado ao alcance aos medicamentos. Para fazer frente a essa realidade, a Política Nacional de Medicamentos nasceu com objetivo de promover o acesso à população àqueles medicamentos considerados essenciais. Embora as listas de medicamentos publicadas pelo Ministério da Saúde representassem uma garantia de que aqueles determinados medicamentos ali contidos seriam de provisão obrigatória, nenhuma diretriz nessa área expos a intenção de ser exaustivo. Dessa forma, possibilitou-se uma interpretação abrangente de que havendo necessidade por risco de morte, o poder público teria a obrigação de fornecimento com base no direito à vida. Por outro lado, o que se pode constatar da análise das decisões apresentadas no capítulo 6 foi que nem mesmo os medicamentos essenciais estão sendo fornecidos de forma administrativa sem interrupções, ou seja, de forma adequada à demanda.

O aspecto social da Política Nacional de Medicamentos representou a tentativa de inclusão da população – principalmente a mais carente, mas proporcionando acesso universal – aos meios de saúde pública reverenciado por organizações internacionais como a Organização Mundial da Saúde. A partir dessa perspectiva, uma análise possível de ser tecida está em que as demandas judiciais pelo fornecimento de medicamentos além de representarem uma reivindicação por um serviço público insuficientemente prestado, constituem-se uma forma de inclusão social. Nesse aspecto, a tendência do judiciário em relação ao fornecimento quase irrestrito do medicamento requerido vem ao encontro dessa reivindicação.

Outra análise que merece atenção, refere-se à ANVISA. Ficou claro que todo medicamento com pretensão de comercialização no país, de origem importada ou nacional, necessariamente deve ser submetido ao procedimento de registro estabelecido por esta autarquia. Sua competência inclui a coordenação e a supervisão das atividades de inspeção e de controle de riscos, assim como o estabelecimento de normas e padrões para circulação de produtos dentro do país. Nesses termos, o requerimento judicial de medicamentos não registrados devidamente na ANVISA se apresenta como uma grande controvérsia a ser superada pelo judiciário, pelo executivo e legislativo. Uma, porque em quase a totalidade dos casos esses medicamentos são de alto custo, uma vez que além do custo propriamente do medicamento há gastos com traslado e tributos aduaneiros. Duas, porque não sendo comercializado no país, por certo não está incluído nas listas de fornecimento administrativo e isto faz com que qualquer fornecimento seja realizado por meio de ações judiciais, gerando o

custo da movimentação de toda máquina judiciária e também administrativa – relacionada ao setor da administração responsável pelo cumprimento da ordem judicial. Em terceiro plano, há que se analisar com cautela o ingresso de substâncias não registradas, as quais não foram submetidas a nenhuma análise de risco. Por fim, está o direito à vida e aos meios e tratamentos existentes que possam fazer frente a uma enfermidade, principalmente àquelas geradoras de risco de morte.

A estas considerações, complementa-se a análise do posicionamento do judiciário frente às demandas por medicamentos. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, conforme visto das tabelas apresentadas, no período verificado, as decisões foram unânimes em ordenar o fornecimento imediato do medicamento ou a manutenção do fornecimento já deferido. Nas 48 decisões estudadas houve sucesso no pedido inicial do autor. Constatações dessa monta confirmam um posicionamento já estabelecido ou pouco contestado. Essa última constatação merece atenção em uma realidade em que as argumentações das partes réis constituíam-se quase na totalidade de meras cópias umas das outras. Há, portanto, um *status quo* que parece não possuir meios (ou intenção) de ser alterado. A não constatação de pretensões inovadoras nas argumentações e questionamentos, induz, entre outras, à conclusão de que não há significativos esforços empenhados para uma mudança nessa realidade. Nesse sentido, desigualdade de condições de acesso à justiça e as dificuldades para grande parte da população ter acesso ao ingresso de ações dessa temática, faz com que possivelmente seja ainda mais vantajoso o fornecimento via judicial – aos “poucos”¹⁴⁰ cidadãos que os requerem – dos medicamentos incluídos nas listas de fornecimento administrativo ou não, ao invés de providenciar a prestação ordinária dessas insumos.

Outra análise que merece atenção se trata do necessário bloqueio de valores das contas estatais para cumprimento das decisões judiciais. Nesse aspecto, o destaque está no descumprimento às decisões judiciais por parte do Estado, ou seja, na liberalidade que a administração pública concede a si mesma para não cumprir com as determinações judiciais – quando na verdade deveria demonstrar respeito e rigor no cumprimento da lei. Esse aspecto, presente na grande maioria das demandas analisadas, revela o descaso do Estado com suas próprias instituições e normas. Nas demandas analisadas, a determinação de bloqueio de contas públicas ante o descumprimento da decisão mostrou-se ser prática corriqueira e aceita de forma quase inquestionada. Nesse aspecto, o Estado mostra-se incapaz de impor suas

¹⁴⁰ Nesta caso a palavra “poucos” refere-se à comparação com a atual população brasileira que é de aproximadamente 205.385.000 habitantes, conforme informações do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) (IBGE, 2015).

próprias decisões e esta falta de eficácia das decisões judiciais, ou seja, a ausência de capacidade de atingir, no mundo empírico, a determinação imposta, é fator de desprestígio da justiça. O bloqueio das contas públicas, nesse contato, constitui-se uma tentativa de remediar uma prática abusiva do Estado para com ele mesmo. Trata-se de desobediência que afeta as condições de democracia e indica – mais uma vez – a existência de problemas nas relações interinstitucionais do próprio Estado.

Em relação às decisões judiciais proferidas pelo judiciário estadual do Rio Grande do Sul, no capítulo anterior dedicou-se a uma extensa análise sobre as principais características das demandas e considerações críticas quanto a elas. Partindo-se do pressuposto de que, quando o número de um determinado tipo de demanda aumenta consideravelmente – no caso, exponencialmente – em um determinado – e curto – espaço de tempo, há mudanças no comportamento social, iniciou-se este trabalho com objetivo de buscar a compreensão de quais mudanças seriam estas. O que se verificou foi certa confiança no Judiciário para resolver um problema de ordem administrativa, principalmente em relação a medicamentos de fornecimento ordinário que não constam no pronto atendimento do ente estatal tal como deveriam. A fundamentação no direito à saúde com base no direito fundamental à vida e no dever do estado de propiciar os meios de efetivação desse direito, levou ao convencimento desse mesmo Judiciário de que, seja qual for a enfermidade ou o medicamento necessário para fazer frente a ela, o Estado é responsável pelo fornecimento do insumo.

Sem a pretensão de indicar conclusões absolutas e finalizadas, mas com intenção de indicar um norte ao fenômeno estudado, entende-se que o Estado brasileiro quando de sua opção constituinte pela contemplação de um Estado Social manifestou a vontade de propiciar a seus cidadãos – independentemente de sua condição financeira – acesso a meios de viver de forma digna. A promoção de instrumento que atendam o indivíduo em relação à sua saúde está, por suposto, incluído na fundamentação da dignidade. De outra forma, diante da complexidade do fornecimento pleno de meios para efetivação da saúde pública em um país com largo território, o Estado deve confiar seus recursos a administradores capazes de colocar em prática as diretrizes advindas dos respectivos poderes executivos municipais, estaduais e federais. Qualquer desvio nessa lógica é passível de gerar efeitos ruins em nível social. Um desses efeitos está no fenômeno da judicialização da saúde. Embora a análise das demandas judiciais realizada induza a considerações conclusivas mais complexas que meramente falhas administrativas, essa questão merece ser apontada. A recepção complacente do judiciário a esses processos também representa uma questão para debate.

De fato, a grande avalanche de demandas judiciais requerendo medicamentos do estado revela um fenômeno social com repercussão jurídica que não esgota sua possibilidade de análise em um estudo apenas. A complexidade do tema exige a permanência da pesquisa com objetivo de aprofundar cada vez mais o conhecimento na matéria e de buscar soluções que tragam benefício à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Accioli, W. (1981). *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- Aguiar, M. d. (2005). *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodivm.
- Alexy, R. (2011). *Teoria dos direitos fundamentais* (2 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Almeida, G. A. (2008). *Direito material coletivo brasileiro: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Almeida, G. A. (2003). *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios regras interpretativas e problemática da interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva.
- Almeida, G. A. (2007). *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Almeida, G. A., & Cianci, M. (2011). *Direito processual do controle da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva.
- Amaral, G. (2001). *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Amaral, G. (2011). Saúde Direito de Todos, Saúde direito de Cada um: reflexões para a transição de práxis judiciária. In: M. A. Nobre, & R. A. Silva, *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde* (pp. 81-115). Belo Horizonte: Fórum.
- Angell, M. (2007). *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito* (2 ed.). Porto Alegre: Record.
- Arantes, R. B. (vol.14, n.39 de fev de 1999). Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, pp. 83-102.
- Araújo, G. S. (out-nov de 2009). Habermas e a democracia como antídoto à irracionalidade. *Boletim CEDES/IUPERJ*. Disponível em http://maldeiaexploratoria.files.wordpress.com/2009/07/habermas20e20a20democraci_a_gisele1.pdf. Acesso em 25/07/2012.
- Araújo, G. S. (2011). Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão. Teorias críticas da judicialização da política* (pp. 23-49). Rio de Janeiro: Elsevier.

- Araújo, L. A. (1994). *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.
- Araújo, L. A. (2000). *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva.
- Arendt, H. (2005). *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Arouca, S. (out de 2002). O eterno guru da Reforma Sanitária. *RADIS: Comunicação em Saúde*, pp. 18-22.
- Assis, A. d. (n.50 de 1990). Eficácia das normas constitucionais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS*, pp. 13-50.
- Austin, J. L. (1990). *Quando dizer é fazer*. (D. M. Filho, Trad.) Porto Alegre: Artes Médicas.
- Baptista da Silva, O. A. (2004). *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense.
- Barcelos, A. P. (2008). *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Barreto, V. d. (2006). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS.
- Barros, J. A. (2004). *Políticas Farmacêuticas: A Serviço dos Interesses da Saúde?* Brasília: UNESCO.
- Barroso, L. R. (2007). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, pp. v.58, 130-173.
- Barroso, L. R. (2003). *O direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Bedin, G. A. (2002). Estado, Direito e Justiça: em busca de um conceito de Estado de direito. *Revista Direito em Debate*, pp. 16/17, 178-179.
- Benjamin, A. H. (1994). Proteção do consumidor e patentes, o caso dos medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, pp. n. 10, abr/jun, 21-26.
- Biehl, J., Petryna, A., Gertner, A., Amon, J., & Picon, P. D. (2009). Judicialização do direito à saúde no Brasil. In: T. M. Keinert, S. H. Paula, & J. R. Bonfim, *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde* (pp. 157-160). São Paulo: Instituto de Saúde.
- Bobbio, N. (2009). *O futuro da democracia* (11 ed.). São Paulo: Paz e Terra.
- Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.
- Bonfim, J. R. (2009). Demandas judiciais por fármacos no Sistema Único de Saúde: direitos dos pacientes e provas científicas para se realizar o acesso. In: T. M. Keinert, S. H.

- Paula, & J. R. Bonfim, *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde* (pp. 139-162). São Paulo: Instituto de Saúde.
- BRASIL. (2012). *Advocacia Geral da União. Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais*. Acesso em 05 de jan de 2013, disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>
- BRASIL. (2012). *ANVISA - Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 28 de maio de 2008*. Disponível em portal.anvisa.gov.br: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/374a81004b7031c8956c97af8fded4db/Resolu%C3%A7%C3%A3o+RDC+n%C2%BA28++de+28-05-2012.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 12 de jan de 2013.
- BRASIL. (2013). *ANVISA. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos*. Disponível em [Anvisa.gov.br: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/posuso/regulacaodemercado!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwN_Dz8DA09_c19vrwAXA4MAM_2CbEdFAGk6puA!/?1dmy&uril=wcm%3Apath%3A/anvisa+portal/anvisa/pos++comercializacao++pos++uso/regul](http://portal.anvisa.gov.br: Anvisa.gov.br: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/posuso/regulacaodemercado!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwN_Dz8DA09_c19vrwAXA4MAM_2CbEdFAGk6puA!/?1dmy&uril=wcm%3Apath%3A/anvisa+portal/anvisa/pos++comercializacao++pos++uso/regul). Acesso em 12 de fev de 2013
- BRASIL. (2012). *ANVISA. Resolução Colegiada RDC nº 28*. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/374a81004b7031c8956c97af8fded4db/Resolu%C3%A7%C3%A3o+RDC+n%C2%BA28++de+28-05-2012.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 29 de out de 2012.
- BRASIL. (1992). *Cadernos da Nona: descentralizando e democratizando o conhecimento*. In: G. d. Organizadora, *Ministério da Saúde*. Brasília: UnB.
- BRASIL. (2011). *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em *Remédios fornecidos pelo SUS aumentam demandas judiciais de saúde*: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/15096-remedios-fornecidos-pelo-sus-aumentam-demandas-judiciais-de-saude>. Acesso em 12 de jul de 2012.
- BRASIL. (2013). *Governo Federal, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. Atlas de Acesso à Justiça. Indicadores nacionais de acesso à Justiça*. Brasília, DF.
- BRASIL. (1990). *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. In: P. Executivo, *Brasília: Diário Oficial da União*. Brasília DF, 20 set.

- BRASIL. (1973). Lei nº 5.991/73. Dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, e dá outras providências. Brasília: Diário oficial da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. (2010). *Ministério da Saúde - Portal da Saúde*. Disponível em Portal da saúde: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=30298&janela=1>. Acesso em 28 de set de 2010
- BRASIL. (1997). Ministério da Saúde. Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde. *NOB-SUS 96*, 34.
- BRASIL. (2006). Ministério da Saúde. Plenárias Nacionais de Conselhos de Saúde: resgate histórico do controle social no SUS. *Conselho Nacional de Saúde* (2).
- BRASIL. (2005). Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Oncológica. Portaria N° 2.439* .
- BRASIL. (1999). Ministério da Saúde. *Política Nacional de DST/aids: princípios e diretrizes*.
- BRASIL. (2001). Ministério da Saúde. *Política Nacional de Medicamentos*. Disponível em http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/03_negri.pdf. Acesso em 11 de out de 2012.
- BRASIL. (1999). Ministério da Saúde. Portaria nº 176. *Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília* .
- BRASIL. (2013) Ministério da Saúde. *Programa de Saúde da Família*. Disponível em Portal da Saúde: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=149. Acesso em 04 de abril de 2013.
- BRASIL. (2013). Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME*. Brasília - DF: Editora do Ministério da Saúde.
- BRASIL. (2010). Ministério da Saúde. *Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename*. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>. Acesso em 15 de jan de 2013.
- BRASIL. (2003). Ministério da Saúde. *Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde.

- BRASIL. (2007). Ministério da Saúde. *Secretaria-Executiva. Direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Brasil: legislação federal compilada - 1973 a 2006*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde.
- BRASIL. (2013). Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395. Acesso em 08 de 02 de 2013
- BRASIL. (1993). Portaria MS nº 545, de 20 de maio de 1993. In: M. d. Saúde., *Diário Oficial da União, n 96, Seção I* (pp. 6961-6965). Brasília: Poder Executivo.
- BRASIL. (1998). Procuradoria Geral da República - *Portaria n.º 3.916/98*. Disponível em Procuradoria Geral da República 4ª Região: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=legislacao>. Acesso em 08 de mar de 2012.
- BRASIL. (2011). IPEA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça. Instituto de Pesquisa Economica Aplicada* (4 ed.). Brasília: Ipea.
- BRASIL. (09 de maio de 2009). STF - *Audiência Pública sobre Saúde. Defensor Público Leonardo Lorea Mattar*. Disponível em [stf.jus.br](http://www.stf.jus.br): em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar__Defensor__Publico_Geral_da_Uniao.pdf>. Acesso em 12 de nov de 2011
- BRASIL. (12 de mai de 2009). STF. Disponível em Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> e. Acesso em 22 de agosto de 2012
- BRASIL. (29 de abr de 2009). STF. *Audiência Pública de Saúde. Discurso encerramento Ministro Gilmar Mendes*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em 01 de maio de 2012
- BRASIL. (05 de mar de 2009). STF. *Despacho de convocação de Audiência Pública*. Disponível em [stf.jus](http://www.stf.jus.br): http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em 13 de mai de 2012
- BRASIL. (s.d.). STF. *RE 566471/RN. Relator Marco Aurélio. Julgado em 15.11.2007. DJ em 07.12.2007, p. 016*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&>

classe=RERG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

Acesso em 21 de maio de 2011

BRASIL. (2009). STF. *Audiência Pública sobre Saúde*. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em 28 de jun de 2012

BRASIL. (2009). STF. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudencia.

BRASIL. (2004). Ministério da Saúde. *SUS de A a Z*. Disponível em Ministério da Saúde: http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=317&letra=C. Acesso em 03 de 12 de 2012

BRASIL. Ministério da Saúde. <http://portalsaude.saude.gov.br>. Disponível em Portal da Saúde: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/840-sctie-raiz/daf-raiz/cgceaf-raiz/cgceaf/13-cgceaf/11653>. Acesso em 13 de maio de 2012

BRASIL. (2010). *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em Notícias CNJ: <http://www.cnj.jus.br/albuns/96-noticias/9559-instalado-forum-nacional-da-saude>

BRASIL. (2000). STF. RE 271.286 AgR-RS, Ministro Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal 12 de set de 2000). Acesso em 01 de mar de 2011.

BRASIL. (2004). STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". Acórdão 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello (STF 29 de abril de 2004).

BRASIL. (2011). STF. RE 642536 / AP, Recurso Extraordinário (STF 13 de set de 2011).

BRASIL. (2007). STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 566471/RN, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864> 24 de out de 2007).

BRASIL. (2010). STF. Suspensão de Segurança n. 4229/GO, Relator: Ministro Cezar Peluso (Diário da Justiça Eletrônico 03 de ago de 2010).

BRASIL. (2007). STF. Suspensão de Tutela Antecipada 91. Requerente: Estado do Alagoas. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Alagoas., Diário da Justiça, ed. 43, seção I, p. 23 (05 de mar de 2007).

BRASIL. (2009). STF. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico n. 182, p. 38 (STF 28 de set de 2009).

- BRASIL. (2008). STF. Suspensão de Tutela Antecipada n. 223/PE, Relatora: Ministra Ellen Gracie (DJe n. 049/2008, p. 36, publicado em 18 mar. 2008 12 de mar de 2008).
- BRASIL. (2010). STF. Suspensão de Tutela Antecipada nº 390/PB., Ministro Cesar Peluso (Diário da Justiça Eletrônico 02 de ago de 2010).
- BRAZIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. *Poder Judiciário*. Disponível em TJRS: <http://www1.tjrs.jus.br/>. Acesso em 01 de dez de 2013
- BRAZIL, (2011). CNJ. *O Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde*. Disponível em CNJ notícias: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 20 de maio de 2012
- Bucci, M. P. (2002). *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva.
- Bueno, C. S. (2010). *A nova lei do mandado de segurança : comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009* (2. ed. rev., atual. e amp ed.). São Paulo: Saraiva.
- Bueno, J. A. (1978). *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal.
- Bueno, J. A. (1857). *Direito público brasileiro e analyse da constituição do império*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve.
- Canotilho, J. J. (2004). Constituição e déficit procedimental. In: J. J. Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra.
- Canotilho, J. J. (1999). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7 ed.). Coimbra: Almedina.
- Canotilho, J. J. (2006). *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Cappelletti, M. (1993). *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Sampaio Fabris.
- Cardoso, F. H. (1996). Quatro discursos de FHC. *Cadernos do PSDB*, Brasília, v.1, n.1, abr.
- Cardoso, G. V. (2010). O direito comparado na jurisdição constitucional. *Revista de Direito da GV*, pp. vol.6 n 2., dez, 469-492.
- Carvalho Filho, J. C. (2008). Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas. In: C. Fortini, J. C. Esteves, & M. T. Dias, *Políticas públicas: possibilidades e limites* (pp. 107-125). Belo Horizonte: Fórum.
- Carvalho, A. I. (1995). *Conselhos de Saúde no Brasil: participação cidadã e controle social*. Rio de Janeiro: Fase/Ibam.

- Carvalho, G. (2001). A inconstitucional administração pós-constitucional do SUS através de normas operacionais. *Ciência e Saúde Coletiva* , 345-444.
- Carvalho, L. J. (2008). Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social* , pp. n. 29, jan-mar, 119-127.
- Carvalho, R. N., & Cavalcanti, P. B. (2013). O debate recente sobre as políticas públicas: o caso da intersetorialidade numa perspectiva compreensiva. *Revista de Políticas Públicas* , 17, pp. n. 1, jan-jun, 161-170.
- Cavalcanti, T. N. (2008). O princípio da subsidiariedade e a dignidade da pessoa: bases para um novo federalismo. *Diálogos Possíveis* , pp. jan-jun, 211-228.
- CF, B. (1988). *Constituição Federal. Presidência da República*. Disponível em Planalto.gov.br: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Chevallier, J. (2009). *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum. Acesso em 12 de 05 de 2013
- Cittadino, G. (1999). *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CNJ. (25 de abril de 2011). *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em 20 de maio de 2012
- Comparato, F. K. (2003). O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos e culturais. In: E. R. Grau, & S. S. Cunha, *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva* (pp. 247-276). São Paulo: Malheiros.
- Cretella, J. J. (1997). *Controle jurisdicional do ato administrativo* (3 ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Cunha, S. S. (2008). *Fundamentos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Dal-Bosco, M. G. (2008). *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá.
- Dallari, D. A. (2012). *Elementos de Teoria Geral do Estado* (31 ed.). São Paulo: Saraiva.
- Dallari, S. G. (2003). Direito Sanitário. In: M. d. BRASIL, *Direito Sanitário e Saúde Pública* (pp. 39-64). Brasília: Ministério da Saúde.
- Dallari, S. G. (1988). Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública* , 22, 327-34.
- Dam, K. W. (2006). *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institution Press.

- Damasceno, J. B. (2011). A crença no poder jurisdicional do Estado: judicialização das relações sociais, inclusive das relações políticas e politização do judiciário. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão* (pp. 94-132). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Dantas, N. S., & Silva, R. R. (2006). *Medicamentos excepcionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público.
- D'arcy, E., & Moynihan, R. (jul de 2009). Can the relationship between doctors and drug companies ever be a healthy one? *Plos Medicine* , pp. 1-4.
- Dias, G. L., & Aguirre, B. M. (vol.16, n. 14 de jan-apr de 1992). Crise político-econômica: as raízes do impasse. *Estudos Avançados* , pp. 79-94.
- Dimoulis, D., & Martins, L. (2009). Artigo 5º, "caput". In: P. Bonavides, J. Miranda, & W. d. Agra, *Comentários à Constituição Federal de 1988* (pp. 69-75). Rio de Janeiro: Forense.
- Dimoulis, D., & Martins, L. (2009). Definição e características dos direitos fundamentais. In: G. S. Leite, & I. W. Sarlet, *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho* (pp. 117-136). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Diniz, H. P. (1984). *A monarquia presidencial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- Doyal, L., & Gough, I. (1991). *A theory of human need*. London : MacMillan.
- Draibe, S. M. (1989). O "Welfare State" no Brasil: características e perspectivas. In: ANPOCS, *Ciências Sociais hoje*. São Paulo: Vértice e Anpocs.
- Dutra, D. J. (2005). *Razão e consenso em Habermas : a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: Ed. da UFSC.
- Dworkin, R. (2005). *Uma questão de princípio* (2ª ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- Emenda Regimental nº 29 - Regimento Interno STF (Supremo Tribunal Federal 18 de fev de 2009).
- Estado do Rio Grande do Sul. (2013). Componentes da Assistência Farmacêutica. In: S. d. Saúde.
- Faleiros, V. d., Silva, J. d., Vasconcellos, L. C., & Silveira, R. M. (2006). *A construção do SUS: Histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo*. Brasília: Ministério da Saúde.
- Ferejohn, J. (n. 65 de ago de 2002). Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems* , pp. 41-68.
- Ferejohn, J. (2003). Judicializing politics, politicizing law. *Hoover Digest* , 1 (winter issue).

- Ferraz, A. A., & Vasconcellos, A. H. (2010). *O Conceito de "relevância pública" na constituição federal*. Disponível em BDJur, Brasília, DF: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30603>. Acesso em 18 de fev de 2013.
- Ferraz, O. L. (20 de dez de 2007). *Folha de São Paulo*. Acesso em 23 de set de 2012, disponível em Folha de São Paulo: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/staff/academic/ferraz/press/artigofolhasus.pdf>
- Ferreira, V. F., & Santos, W. d. (2011). *O Direito e os Medicamentos*. Rio de Janeiro: FAPERJ.
- Figueiredo, M. (2008). O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil - uma visão geral. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, pp. vol. 1, 1-55.
- Filho, E. S. (2002). Amicus Curiae - A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *CEJ*, pp. n. 19, out-dez, 85-89.
- Filho, M. G. (1996). Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, pp. n. 203, jan-mar, 1-10.
- FMI, (. M. (2012). *Principal Global Indicators*. Acesso em 11 de nov de 2013, disponível em <http://www.principalglobalindicators.org/default.aspx>
- Freitas, J. (2001). O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, pp. n. 11, jul-set, 13-26.
- Gadamer, H.-G. (2007). *O Problema da Consciência Histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- Gadelha, M. I. (2011). Escolhas Públicas e Protocolos Clínicos - O orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. In: M. A. Nobre, & R. A. Silva, *CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde* (pp. 345-352). Belo Horizonte: Fórum.
- Garcia-Pelayo, M. (1993). *Derecho constitucional comparado*. Buenos Aires: Alianza.
- Goncalves, M. F. (2001). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Gouveia, C. E. (maio de 2009). *STF - Audiência Pública de Saúde. Ampliação do Acesso a Medicamentos*. Disponível em STF: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/AMPLIACAO_DO_ACESSO_A_MEDICAMENTOS.pdf. Acesso em 12 de nov de 2010
- Grau, E. (1997). *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros.
- Grau, E. R. (2003). *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros.

- Grinover, A. P. (2012). O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. In: A. d. Assis, *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Habermas, J. (1997). *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Habermas, J. (1988). La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In: J. Habermas, *Ensayos políticos* (pp. 113-134). Barcelona: Ediciones Península.
- Habermas, J. (1986). Law as Medium and Law as Institution. In: G. Teubner, *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: New York - Walter de Gruyter.
- Habermas, J. (1990). *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Habermas, J. (1983). Técnica e ciência enquanto ideologia. In: Benjamin, Horkheimer, Adorno, & Habermas, *Textos escolhidos (Os pensadores)* (pp. 313-343). São Paulo: Abril Cultural.
- Habermas, J. (1999). *Teoria de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus Humanidades.
- Heller, A. (1998). *Teoria de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península.
- Henriques, F. V. (2008). Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: C. P. Neto, & D. Sarmiento, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Hunt, P., & Khosla, R. (2008). Acesso a medicamentos como um direito humano. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, pp. jun, 101-121.
- IBGE, C. 2. (2010). <http://www.ibge.gov.br>. Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: <http://www.ibge.gov.br/home/>
- IBGE, C. 2. (2015). <http://www.ibge.gov.br>. Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/> Acesso em 12 dezembro 2015.
- Junior, C. S. (2002). *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto.
- Jurisprudência. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 748 – RS (Supremo Tribunal Federal 01 de ago de 1994).
- Jurisprudência. Medida Cautelar nº. 9.576 – RS. (Superior Tribunal de Justiça 15 de fev de 2005).

- Keinert, T. M. (2009). Direitos fundamentais, direito à saúde e papel do Executivo, Legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo. In: T. M. Keinert, S. H. Paula, & J. R. Bonfim, *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde* (pp. 87-107). São Paulo: Instituto de Saúde.
- Kelsen, H. (1992). *Teoria geral do direito e do estado* (2 ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- Kinzo, M. D. (n4, v. 5 de out-dez de 2001). A Democratização Brasileira: um balanço do processo político desde a transição. *São Paulo em Perspectiva* , 5 (4), pp. 3-12.
- Leal, L. d. (2008). *Tutela específica em face do estado: aspectos constitucionais, administrativos e processuais*. Belo Horizonte: Fórum.
- Leal, R. G. (2009). *Condições e possibilidades eficáciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Leal, R. P. (2005). Processo e hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Pucmg* .
- Lenza, P. (2009). *Direito Constitucional esquematizado* (13 ed.). São Paulo: Saraiva.
- Levcovitz, E., Lima, L. D., & Machado, C. V. (2001). Política de saúde nos anos 90: relações intergovernamentais e o papel das Normas Operacionais Básicas. *Ciência e Saúde* , 6 (2), 269-291.
- Little, A. (1998). *Post-industrial socialism*. London: Routledge.
- Locke, J. (2005). *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*. São Paulo: Martins Fontes.
- Machado, F. R., & Dain, S. (2012). A Audiência Pública da Saúde: questões para judicialização e para gestão de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública* , pp. vol. 46, n. 4, jul-ago, 1017-36.
- Maciel, O. S. (2004). *Princípio de subsidiariedade e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- Maders, A. M. (2010). O Direito À saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista do Direito UNISC* , pp. jan-jun, 19-37.
- Magalhães, J. L. (2000). *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- Mannheim, K. (1976). *Ideologia e Utopia* (trad. da ed. inglesa de 1960 ed.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Marinoni, L. G. (2001). *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT.
- Marinoni, L. G. (2003). O direito à efetividade da tutela jurisdicional nacional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil* , pp. vol. 28, 298-338.

- Martins, C. E., Palma e Silva, L. A., & Stanisci, S. A. (1999). *Discutindo a Assistência Social no Brasil: Mínimos Sociais. Questões, conceitos e opções estratégicas*. São Paulo: Fundap.
- Marx, K. (1977). *Linhas fundamentais de la crítica de la economía política (Grundrisse)*. Barcelona: Grijalbo.
- Medeiros, M. (dez de 1999). Princípios de justiça na alocação de recursos de saúde. *IPEA. Texto para discussão, 687*, 1-13.
- Meirelles, H. L. (2013). *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros.
- Mello, C. A. (2006). *Curso de Direito Administrativo* (20 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Mello, C. (1980). Elementos de direito administrativo. *Revista dos Tribunais*, 5.
- Mendes, G. F. (1999). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (2ª ed.). São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.
- Mendes, G. F. (2004). *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no brasil*. São Paulo: Saraiva.
- Mendes, G. (1997). Os limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, pp. out-dez, n. 21.
- Moccia, M. H. (2005). O direito a saúde e a responsabilidade do Estado. *Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica*, 127.
- Montesquieu, C. d. (2005). *O espírito das leis*. (C. Murachco, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- Moraes, A. d. (2005). *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas.
- Moraes, G. d. (2004). *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética.
- Mota, M. (2011). Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão* (pp. 03-22). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Motta, L. E. (2011). Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão* (pp. 50-75). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Motta, L. E., & Mota, M. (2011). *O Estado Democrático de Direito em Questão: Teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier.

- Motta, L. E., Ruediger, M. A., & Riccio, V. (vol.4, n.2 de jun de 2006). O acesso à justiça como objeto de política pública: o caso da defensoria pública do Rio de Janeiro. *Cadernos. EBAPE.BR [online]* , pp. 01-13.
- Neto, E. R. (1988). Reunião da Abrasco em Cachoeira, Bahia. *Saúde em Debate* , 33-38.
- Nobre, M. A. (2011). Da denominada "judicialização da saúde": pontos e contrapontos. In: M. A. Nobre, & R. A. Silva, *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde* (pp. 353-366). Belo Horizonte: Fótum.
- Novais, J. R. (2006). *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito*. Coimbra: Almedina.
- Offe, C. (1972). *Advanced capitalism and the Welfare State*. (v. n.-4. Sage publications, Ed.) Disponível em Politics and Society: www.pas.sagepub.com/content/2/4/479.extract. Acesso em 04 de fev de 2013.
- Oliveira, M. H. (2005). Fármacos e medicamentos. Seminários Temáticos para a 3ª Conferencia Nacional da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Revista parcerias e Estratégias* , pp. n.20, jun, 1634-1636.
- Parsons, T. (1980). Estruturas com Primazia Integrativa. In: C. Souto, & J. Falcão, *Sociologia e Direito: leituras básicas de Sociologia Jurídica* (pp. 199-201). São Paulo: Pioneira.
- Paula, P. A., Alves, T. N., Vieira, R. d., & Souza, A. I. (2009). Política de medicamentos: da universalidade de direitos aos limites da operacionalidade. *Physis* , pp. n. 4, vol. 19, 1111-1125.
- Penna, S. V. (2011). *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum.
- Pereira, P. A. (1996). *A assistência Social na perspectiva dos direitos. Crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil*. Brasília: Thesaurus.
- Pereira, P. A. (2011). *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais* (6 ed.). São Paulo: Cortez.
- Pereira, R. V. (2008). *Direito constitucional democrático : controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Piana, M. C. (2009). As políticas sociais no contexto brasileiro: natureza e desenvolvimento. In: M. C. Piana, *A construção do perfil do assistente social no cenário educacional* (pp. 21-56). São Paulo: Cultura Academica.
- Pietro, M. S. (2013). *Direito Administrativo* (26 ed.). São Paulo: Atlas.

- Piovesan, F. (1996). *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Piovesan, F., & Carvalho, P. L. (2008). Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. *Revista Forense*, pp. ano 104, v. 398, jul./ago, 63-90.
- Piovesan, F., & Vieira, R. S. (2007). Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. *Araucária - Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, pp. año 8, n 15, 59-74.
- Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal dez de 2013).
- Rosanvallon, P. (1998). *A nova questão social : repensando o estado providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela.
- Rosavallon, P. (2006). *La contre-democracie. la politique à l'age de la défiance*. Paris: Seuil.
- Rousseau, J.-J. (2002). *Do Contrato Social*. Disponível em E-livros grátis: www.ebooksbrasil.com. Acesso em 02 de maio de 2012
- RS. (2013). *Governo do Estado do Rio Grande do*. Disponível em <http://www.rs.gov.br/noticias/1/113788/Vice-governador-vai-auxiliar-na-retomada-da-producao-de-medicamentos-do-Laboratorio-Farmaceutico-do-RS/1/4//>. Acesso em 11 de dez de 2013
- Rumel, D., Chinchilla, I. N., & Neves, E. R. (2006). Aspectos legislativos da regulação de medicamentos. *Revista de Direito Sanitário*, pp. n. 1/2/3, v.7, 183-194.
- Salomão Filho, C., Basso, M., & Polido, F. P. (2005). Propriedade intelectual e preços diferenciados de medicamentos essenciais: políticas de saúde para países em desenvolvimento. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, pp. ano 3, n. 11, jul/set, 63-97.
- Santos, B. d. (2011). *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez.
- Santos, F. F. (2010). *Direitos fundamentais e democracia: o debate de Habermas e Alexy*. Curitiba: Juruá.
- Santos, L. (2006). *Conhecendo seus direitos na saúde pública*. Campinas: Conselho Nacional de Secretários de Saúde.
- Sarlet, I. W. (2008). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (10 ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

- Sarlet, I. W. (2011). A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: M. A. Nobre, & R. A. Silva, *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde* (pp. 117-148). Belo Horizonte: Fórum.
- Sarlet, I. W. (2004). *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2009). Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: T. M. Keinert, S. H. Paula, & J. R. Bonfim, *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde* (pp. 26-62). São Paulo: Instituto de saúde.
- Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: I. W. Sarlet, & L. B. Timm, *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. (pp. 13-49). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarmento, D. (2008). *Direitos fundamentais e relações privadas* (2 ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Scaff, F. F. (2008). Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: I. W. Sarlet, & L. B. Timm, *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível* (pp. 149-172). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Schapiro, M. G., & Trubek, D. M. (2012). Redescobrimo o Direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: M. G. Schapiro, & D. M. Trubek, *Direito e Desenvolvimento. Um diálogo entre os Brics*. Saraiva.
- Schwartz, G. (2001). *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Schwartz, G. (2004). *O tartamento jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sen, A. (2001). *Desigualdade reexaminada*. São Paulo: Record.
- Silva, F. A., & Abreu, L. E. (2002). Saúde: capacidade de luta: a experiência do Conselho Nacional de Saúde. In: IPEA, *Textos para Discussão* (p. 933). Brasília: Publicação Ipea.
- Silva, J. A. (2004). *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (6 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Silva, J. A. (2001). *Curso de direito constitucional positivo* (19 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Silva, O. V. (2007). O contempt of Court (desacato à ordem judicial) no Brasil. *Revista Jurídica da Unifil*, pp. nº 4, ano IV, 91- 111.

- Soares, L. T. (2000). Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina. *Coleções Questões da Nossa Época*, 78.
- Sólon, A. M. (2009). Ética, cidadania e direito à saúde. In: T. M. Keinert, S. H. Paula, & J. R. Bonfim, *Ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde* (pp. 21-25). São Paulo: Instituto de saúde.
- Souza, C. (2006). Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, pp. nº 16, jun/dez, 20-45.
- Souza, C. S. (2002). *Consenso e tipos de estado no ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto.
- Streck, L. L., & Moraes, J. L. (2000). *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sundfeld, C. A., & Câmara, J. A. (2008). O sistema de regulação de preços de medicamentos. *Revista de Direito Público da Economica - RDPE*, pp. ano 6, n. 22, abr/jun, 31-44.
- Sutil, J. C. (2000). Reforma Judiciária na América Latina: boas notícias para os não privilegiados. In: P. S. Pinheiro, & e. al., *Democracia, violência e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina* (pp. 284-297). São Paulo: Paz na Terra.
- Tate, N., & Vallinder, T. (1997). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press.
- Temporão, J. G. (set de 2009). *Portal da Saúde*. Disponível em Ministério da Saúde: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_ministro.pdf. Acesso em 21 de jun de 2010
- Tojal, S. B. (2003). A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o direito sanitário. In: M. d. BRASIL, *Direito Sanitário e Saúde Pública* (pp. 21-39). Brasília: Ministério da Saúde.
- Torres, R. L. (2009). *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Treves, R. (2004). *Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas*. (M. Branchini, Trad.) Barueri: Manole.
- Trubek, D. M., & Santos, Á. (2006). Introduction: the third moment in law and development theory and the emergence os a new critical practice. In: D. M. Trubek, & Á. Santos, *The New Law and Economic Development. A critical appraisal*. New York: Cambridge Press.
- UNITED NATIONS, C. o. (25 apr - 12 may de 2000). *Treaty Body Database*. Disponível em United Nations Human Rights:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument). Acesso em 01 de mai de 2013.

- Vianna, L. W. (1999). *A judicialização da política e as relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan.
- Vianna, L. W. (2008). O terceiro podr na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conversão. In: R. G. Oliveira, M. Ridenti, & G. M. Brandão, *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: ANPOCS/HUCITEC.
- Wang, D. W. (2008). Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, pp. vol. 4 n. 2, jul/dez, 539-568.
- Weichert, M. A. (2004). *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Wolkmer, A. C. (1990). *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- ZERO-HORA. (<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/11/com-113-mil-processos-rs-e-campeao-nacional-em-acoes-judiciais-na-saude-4336052.html> de 11 de 2013). Com 113 mil processos, RS é campeão nacional em ações judiciais na saúde. Porto Alegre, RS.
- Zisman, C. R. (2005). *Estudos de direito constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB Thomson.

ANEXOS

Anexo 1

Quadro IV-1 – Plenárias Nacionais de Conselhos de Saúde, segundo a data e o local de realização

Evento	Data	Local
I Congresso Nacional dos Conselhos de Saúde	24 e 25 de abril de 1995	Salvador – BA
I Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	19 de novembro de 1996	Brasília – DF
II Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	16 de abril de 1997	Brasília – DF
III Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	19 e 20 de agosto de 1997	Brasília – DF
IV Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	2 e 3 de dezembro de 1997	Brasília – DF
V Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	25 e 26 de março de 1998	Brasília – DF
II Encontro Nacional de Conselheiros de Saúde ¹	2 a 4 de junho de 1998	Brasília – DF
VI Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	19 e 20 de novembro de 1998	Brasília – DF
VII Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	18 e 19 de maio de 1999	Brasília – DF
VIII Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	9 e 10 de dezembro de 1999	Brasília – DF
IX Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	6 e 7 de junho de 2000	Brasília – DF
X Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	18 a 20 de novembro de 2001	Brasília – DF
XI Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	1 a 3 de dezembro de 2002	Brasília – DF
Plenária Extraordinária de Conselhos de Saúde	12 e 13 de maio de 2004	Brasília – DF
XII Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	24 a 26 de novembro de 2004	Brasília – DF
XIII Plenária Nacional de Conselhos de Saúde	5 a 7 de dezembro de 2005	Brasília – DF

Fonte: Brasil, 2006.

Fonte: (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 211)

Anexo 2

Tabela IV-1 – Temas centrais de debates das Plenárias Nacionais de Conselhos de Saúde, por frequência e percentual de aparecimento por número de eventos (15*).

Tema Central	Frequência	% Relativa ao Número de Eventos
Implementação do SUS: funcionamento, acesso, condições, publicização, municipalização, gestão	12	80%
Orçamento, Financiamento, PEC n° 169/93 e Emenda Constitucional n° 29/00	12	80%
Funcionamento, estrutura e organização das Plenárias dos Conselhos	9	60%
Formação de Conselheiros, articulação e comunicação entre Conselhos	8	53,3%
Controle Social, papel, competência e organização dos Conselhos	7	46,6%
Recursos humanos, gestão, plano de carreira	4	26,6%
Modelo de gestão, organização da atenção à saúde	4	26,6%
NOB e Resolução n° 33/92	3	20%

Fonte: Relatórios dos encontros citados no Quadro IV-1 (Brasil, 2006).

* Dos 16 eventos, somente 15 foram analisados (Relatório da XIII Plenária Nacional de Conselhos de Saúde, não concluído até a data desta publicação).

Fonte: (Faleiros, Silva, Vasconcellos, & Silveira, 2006, p. 218)

Anexo 3. Tabela das decisões proferidas pelo judiciário estadual do Rio Grande do Sul no período de 01/01/2000 a 01/01/2013.

Anexo 4. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) 2013.

Anexo 5. Portaria nº 1554 de 30 de julho de 2013.

Anexo 6. Despacho de convocação de Audiência Pública de 5 de março de 2009