

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO TRÊS RIOS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MONOGRAFIA

O Poder Judiciário e as Demandas Sociais:

A Judicialização da Saúde no Brasil

Nattane da Silva Oliveira

2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O PODER JUDICIÁRIO E AS DEMANDAS SOCIAIS: A
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

NATTANE DA SILVA OLIVEIRA

Sob a Orientação do Professor
Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado sob a forma de monografia
para obtenção do grau de **Bacharel em
Direito**, no Curso de Graduação em
Direito

Três Rios, RJ
Dezembro de 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATTANE DA SILVA OLIVEIRA

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**,
no Curso de Graduação em Direito.

MONOGRAFIA APROVADA EM: / / .

Antonio Pereira Gaio Júnior. Ph. D. UFRRJ
(Orientador)

Fernanda Gomes Ladeira Machado. Ms.UFRRJ

Thaís Miranda de Oliveira. Ms.UFRRJ

*Não basta que todos sejam iguais perante a lei.
É preciso que a lei seja igual perante todos.*
Salvador Allende

Get up, stand up! Stand up for your rights!
Bob Marley

Agradeço ao meu Senhor e meu Deus pelo
dom da vida.
Aos meus pais, Maria Nazareth e Luiz Carlos
pelo amor incondicional e o grande exemplo
de perseverança e honestidade.
Ao meu marido Antonio Carlos, pelo
companheirismo ao longo desta jornada.
Aos docentes e técnicos administrativos da
UFRRJ-ITR, por todos os momentos
dedicados à minha formação.
Ao meu orientador, Prof. Gaio, por me orientar
em toda a graduação e, principalmente, nesta
pesquisa.
Aos colegas do NAPASS por me
proporcionarem a vivência prática
indispensável à análise do tema.
Às amigas Jéssica, Luama e Sabrina por
caminharem junto comigo nesses cinco anos
de graduação.
Aos colegas da II Turma de Direito da
UFRRJ-ITR por enfrentarmos juntos os
momentos mais difíceis.

RESUMO

OLIVEIRA, Nattane da Silva. **O Poder Judiciário e as Demandas Sociais: A Judicialização da Saúde no Brasil**. 2014. 51 p. Monografia (Graduação em Direito). Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Letras, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

Esta pesquisa busca compreender o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil identificando suas principais causas, bem como seus impactos no que tange a realização de políticas públicas de saúde e a melhoria de qualidade de vida da população. Inicialmente, analisa a inserção dos direitos sociais no núcleo de direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, bem como a força normativa de tais direitos na conformação da ordem social, sob o primado da dignidade da pessoa humana, proporcionando o desenvolvimento do país. Em seguida, demonstra o dever do Estado de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais sociais e sua natureza de direitos públicos subjetivos que garantem aos seus titulares a possibilidade de exigir judicialmente a sua realização. Por conseguinte, analisa o conceito de políticas públicas e as principais políticas públicas de saúde no Brasil. Por fim, trata da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, expondo as distinções entre o fenômeno da judicialização e a postura ativista que juízes e tribunais – principalmente, o Supremo Tribunal Federal - vem assumindo na decisão dos litígios que envolvem direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Poder Judiciário. Judicialização.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Nattane da Silva. **The Judiciary and Social Demands: The Judicialization of Health in Brazil.** 2014. 51 p. Monograph (Degree in Law). Instituto Três Rios, Departamento de Direito, Humanas e Letras, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

This search seeks to understand the judicialization of health phenomenon in Brazil identifying its root causes, and their impact in terms that public health policies and the improvement of the population's quality of life. Initially, analyzes the inclusion of social rights at the core of fundamental rights by the Constitution of 1988 and the normative force of such rights in shaping the social order, under the rule of human dignity, providing the country's development. It also demonstrates the State's duty to respect, protect and promote the fundamental social rights and their nature of subjective public rights that entitles its owner to court to demand their fulfillment. Consequently, analyzes the concept of public policy and the main public health policies in Brazil. Finally, comes the role of the judiciary in ensuring the right to health, exposing the distinctions between the phenomenon of the judicialization and activist stance from judges and courts - especially the Supreme Court - has taken the decision of disputes involving the right to health.

Keywords: Right to health. Judiciary. Judicialization.

LISTA DE ABREVIACÕES E SÍMBOLOS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Audiência Pública
CAPs	Caixas de Aposentadoria e Pensões
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CEBES	Centro Brasileiro de Estudos de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
FTN	Formulário Terapêutico Nacional
IAPs	Institutos de Aposentadorias e Pensões
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
OMS	Organização Mundial de Saúde
PCDT	Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica
PNM	Política Nacional de Medicamentos
REME	Movimento de Renovação Médica
REMUME	Relação Municipal de Medicamentos
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	- 1 -
CAPÍTULO I.....	- 2 -
1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 FRENTE ÀS DEMANDAS SOCIAIS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	- 2 -
1.1. Introdução	- 2 -
1.2. Breve Histórico Constitucional Brasileiro e Gerações de Direitos Fundamentais.....	- 2 -
1.3. A Normatividade da Constituição de 1988 na Positivção dos Direitos Fundamentais e Suas Implicações para o Desenvolvimento	- 6 -
CAPÍTULO II.....	- 10 -
2. O INADIMPLEMENTO ESTATAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE... -	10 -
2.1. Breves Noções Introdutórias	- 10 -
2.2. Os Direitos Sociais e Sua Exigibilidade.....	- 11 -
2.3. O Direito à Saúde no Brasil: Constituição Federal e Políticas Públicas	- 15 -
2.3.1. Panorama sócio- histórico	- 15 -
2.3.2. O direito à saúde na Constituição de 1988	- 19 -
2.3.4. A Lei Orgânica da Saúde.....	- 24 -
2.3.5. O Decreto Federal nº 7.508 de 2011 e a Assistência Farmacêutica no SUS.....	- 28 -
CAPÍTULO III	- 34 -
3. O DESAFIO DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO	- 34 -
3.1. Considerações Iniciais.....	- 34 -
3.2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial: Distinções	- 36 -
3.3. Reserva do Possível versus Mínimo Existencial: Doutrina e Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	- 42 -

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da atuação do Poder Judiciário frente às demandas sociais de efetivação de direitos fundamentais, especificamente, da judicialização do direito à saúde.

A Constituição de 1988 atribuiu contornos inéditos quanto à positivação de direitos fundamentais, somando ao extenso rol de direitos e garantias individuais, os direitos sociais e, dentre eles, o direito à saúde (art. 6º, CF), conferindo-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF). Ademais, prevê no Título VIII - Da Ordem Social – particularmente, uma Seção que trata do direito à saúde (art. 196 a 200, CF), impondo que seja garantido mediante políticas sociais e econômicas. No entanto, ante a dificuldade enfrentada pelos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo) na elaboração e execução das políticas públicas de saúde, é crescente o número de demandas perante o Poder Judiciário que visam à realização de ações e serviços de saúde. Sendo assim, a relação entre a natureza de tais litígios e a resposta emitida pelo Judiciário em suas decisões tem diversas implicações na realidade social merecedoras de devida análise.

Destarte, no primeiro capítulo, enfrentar-se-á alguns aspectos históricos do constitucionalismo brasileiro, sob o ponto de vista da inserção dos direitos fundamentais de diferentes dimensões no bojo das constituições, culminando na Constituição vigente. Analisar-se-á a força normativa da Constituição de 1988 no que atine às disposições sobre direitos fundamentais sociais, bem como, a imposição ao Estado do dever de promover a sua efetividade. Além disso, será analisado o papel do processo, sob o prisma constitucional enquanto instrumento para a satisfação dos anseios sociais, relacionado com a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento.

Já no segundo capítulo será realizada, num primeiro momento, a análise de alguns conceitos que definem a expressão “políticas públicas”, assim como, a possibilidade de controle judicial de tais políticas para, em seguida, explorar os deveres que permeiam a atuação do Estado em sede de direitos fundamentais sociais e a exigibilidade desses direitos pela via judicial, compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados e defensores públicos entre outros operadores do direito, a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo. Encerrando o capítulo, o direito à saúde e, especificamente o Sistema Único de Saúde, serão apresentados de acordo com sua previsão constitucional, com a Lei Orgânica da Saúde e demais normas que o regulamentam.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, será discutida a fundo a problemática da efetividade do direito à saúde no Brasil, por meio de uma análise do fenômeno da judicialização e da postura do Poder Judiciário ao decidir tais litígios. Enfrentar-se-ão questões como o ativismo judicial e a recente discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites constitucionais à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, expondo-se as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível.

Já em linhas conclusivas deste último capítulo, serão abordadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais a Corte traça os contornos da tutela judicial do direito à Saúde, com destaque para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 e a realização da Audiência Pública nº 4, como meios de buscar soluções ao problema da judicialização excessiva com a oitiva dos diversos atores sociais envolvidos.

Para encerrar ganhará destaque a atuação do Conselho Nacional de Justiça que tem possibilitado um diálogo mais próximo entre o Poder Judiciário e os gestores públicos objetivando a efetivação do direito à saúde.

CAPÍTULO I

1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 FRENTE ÀS DEMANDAS SOCIAIS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ou “*Constituição Cidadã*”, como oportunamente aclamada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte é, sem dúvidas, um marco do constitucionalismo brasileiro no que tange a abrangência das disposições de cunho protetivo de direitos humanos sob o primado do Estado Democrático de Direito.

Promulgada após o término de um regime ditatorial que perdurou por mais de vinte anos e suprimiu drasticamente direitos e liberdades dos cidadãos, a Constituição de 1988 inaugurou um período de ampliação de direitos e garantias de índole individual, coletiva, social e difusa, prevendo uma série de mecanismos para promoção e proteção de tais direitos que exigem, cada vez mais, um posicionamento estatal, seja ele positivo (prestação fática e normativa e efetivação de determinados direitos cuja responsabilidade é do Estado) e/ou negativo¹ (proibição de intervenção estatal tendente a cercear tais direitos), como no caso do direito à saúde, objeto do presente estudo.

Nesse sentido, como será demonstrado adiante, o texto constitucional vigente abarca uma série de normas cujo conteúdo ultrapassa de maneira considerável a mera organização do Estado e da vida jurídica, vinculada à ideia de Estado Liberal. A positivação de direitos aos quais foi atribuída aplicabilidade imediata - os direitos e garantias fundamentais - exige do Estado uma atitude pró-ativa capaz promover sua efetividade e a consequente melhoria da qualidade de vida e desenvolvimento do país.

1.2. Breve Histórico Constitucional Brasileiro e Gerações de Direitos Fundamentais

Primeiramente, cabe ressaltar a relevância de uma breve retrospectiva constitucional brasileira para fins de contextualização, pois desse modo, torna-se tangível compreender os valores predominantes em cada fase e que motivaram a positivação no texto constitucional das diferentes “gerações”² de direitos fundamentais e as garantias a eles inerentes.

Antes, porém, de adentrar as fases do constitucionalismo brasileiro, é imperioso expor, em síntese apertada, a mencionada Teoria das Gerações dos Direitos e o conteúdo de cada geração, pois é possível notar, no caso brasileiro, a influência de sua inserção gradual na caracterização de cada período constitucional.

A Teoria das Gerações de Direitos foi formulada por Karel Vasak, um jurista tcheco, naturalizado francês, que com base no lema “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*” elaborou uma metáfora para demonstrar a evolução histórica dos direitos fundamentais³.

De acordo com George Marmelstein:

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 672.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 562.

³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 37.

Ao formular sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁴. (grifos do autor)

E continua concluindo:

Os direitos fundamentais de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade. [...]os direitos de terceira geração, fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista. Esses novos direitos visam à proteção de todo gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos⁵.

Bobbio, sob uma perspectiva distinta, acerca das temáticas que envolvem os direitos do homem, relaciona três processos de multiplicação de tais direitos:

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade - das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. - para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) - em outras palavras, da "pessoa" -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto[...]; e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada [...].

Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico - do homem enquanto homem - para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais

⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013. p. 37.

⁵ MARMELSTEIN, George, op.cit., p. 48.

revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção⁶. (grifos do autor)

Ressalta-se, porém, que parte da doutrina elenca outras gerações além das mencionadas pelos autores supra, dentre eles, Paulo Bonavides⁷. Conforme alude Marmelstein, já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações⁸.

Por outro lado, cumpre mencionar que há uma crítica da doutrina hodierna quanto ao uso do termo “geração” para definir a evolução histórica dos direitos fundamentais, pois o vocábulo empresta a idéia de substituição de uma geração por outra e que uma só poderia ser reconhecida quando a anterior estivesse consolidada⁹. Nesses termos, a doutrina recente propõe a substituição pelo termo *dimensões*¹⁰, seguindo o raciocínio de acumulação e não de sucessão. De acordo com Marmelstein, “o ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões [...]”¹¹, sendo esta perspectiva a ser adotada na presente pesquisa.

Dado o exposto, sob a perspectiva de Paulo Bonavides ao distinguir três fases históricas do constitucionalismo brasileiro, tem-se que:

A primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século¹².

Com relação ao primeiro período da história constitucional do Brasil, que se estende da Proclamação da Independência em 1822 até a Proclamação da República em 1889, salienta Bonavides que, os documentos constitucionais mais importantes seriam o Projeto Antonio Carlos, elaborado, discutido e parcialmente votado nas sessões da constituinte de 1824, a Carta outorgada em 1824, o Ato Adicional de 1834 e a Lei de Interpretação de 1840 e, em síntese, conclui:

Em resumo, a monarquia constitucional do Império no Brasil foi um equilíbrio relativamente estável, pois durou 65 anos, entre o princípio representativo, gerador de um parlamentarismo *sui generis*, introduzido nos mecanismos institucionais, e o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de quem era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulava, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e o Moderador. O último concentrava mais faculdades de mando e competência do que o primeiro. A Monarquia foi, não obstante, um largo passo para a estréia formal definitiva de estado liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata, aspecto que nunca se deve perder de vista no exame das instituições imperiais¹³. (grifos do autor)

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2005. p. 570.

⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 51.

⁹ MARMELSTEIN, George, op. cit., p.53.

¹⁰ MARMELSTEIN, George, op. cit., p.54.

¹¹ MARMELSTEIN, George, op. cit., p.54.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2005. p. 361.

¹³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 364.

Observa-se, nesse momento influenciado pelos ideais oriundos da Revolução Francesa, um empenho acentuado das Cartas Constitucionais em dispor basicamente sobre organização do Estado e dos Poderes, com a predominância em seu texto de direitos de cunho individual, ou de “primeira dimensão”.

No que tange a segunda fase, percebe-se a mudança do eixo dos valores e princípios de organização formal do poder. “Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano”¹⁴, tendo como principal característica a plenitude formal das instituições liberais e como “princípios-chaves o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder”¹⁵.

O ponto-chave deste período, que se estendeu por cerca de 40 anos, de 1891 a 1930, aproximadamente, é a prevalência do ideal individualista de liberdade típico do liberalismo baseado na experiência americana, onde a declaração de direitos positivada no texto constitucional se concentrava em direitos individuais e à liberdade em suas diferentes extensões, e ainda, o Estado retraído era condicionado a uma atuação coadjuvante.

Com as crises da República Velha no início da década de 1930, e a posterior promulgação da Constituição de 1934, substituída alguns anos depois pela Carta outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 1937, tem início a terceira fase do constitucionalismo brasileiro, perpassando os momentos de regime ditatorial e manifestando-se, hodiernamente, pela Constituição democrática de 1988. Elucida Paulo Bonavides, que foi “uma época marcada de crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições”¹⁶, período fortemente influenciado pelo direito alemão. Nas palavras do autor:

(...) nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no país. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar (...)¹⁷.

Segue afirmando que:

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho¹⁸.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2005. p. 364.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 365.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 366.

¹⁷ Id. Ibid., p. 366.

¹⁸ Id. Ibid., p. 368.

Como se depreende a partir da análise dos três períodos acima, o constitucionalismo brasileiro passou por uma série de transformações que partiram de um modelo de Constituição mais formal com normas predominantemente programáticas, atravessando uma fase de positivação de direitos fundamentais cujo foco era a garantia das liberdades inerentes ao homem enquanto indivíduo e a igualdade formal, culminando na Constituição vigente, onde se verifica um rol extenso de direitos fundamentais positivados, com a plena inserção dos direitos sociais, econômicos e culturais, que enfrentam o desafio de garantir a igualdade material e de impor sua efetividade.

1.3. A Normatividade da Constituição de 1988 na Positivação dos Direitos Fundamentais e Suas Implicações para o Desenvolvimento

Superados os aspectos supra, cumpre destacar o significado especial conferido pela Constituição brasileira de 1988 aos direitos fundamentais. Capitaneados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto valor indiscutível, como observado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo G. Gonet Branco, “a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial”¹⁹, afirmando a seguir, que “o constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, §4º)”²⁰.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais destinam-se a proteger a esfera de liberdade individual em face de interferências abusivas do Estado, bem como garantir institutos jurídicos indispensáveis ao exercício de tais direitos. Esta primeira dimensão dos direitos fundamentais representa, “em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”²¹.

Por outro lado, a Constituição inequivocamente confere garantias a alguns institutos, e alguns deles “podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição”²². Sob esse prisma, a atuação do legislador assume caráter indispensável tendo em vista a necessidade de positivação de normas capazes de dar sentido concreto a alguns direitos.

Nesse ínterim, o texto constitucional se revela conquistador de efetividade e normatividade demonstrando que, além de seu caráter político, é dotado de uma força que imprime eficácia às normas constitucionais, traduzidas na expressão de um dever ser e não apenas de um ser. A Constituição, portanto, não é um mero reflexo das condições fáticas de sua vigência, pois com sua pretensão de eficácia é capaz de imprimir ordem e conformação à realidade política e social, visto que, dela emana uma força, uma vontade, que impulsiona a modificação da realidade.

Konrad Hesse em importante exposição acerca da Força Normativa da Constituição e sua influência sobre a realidade fática, afirma que:

A Constituição Jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 671.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 671.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 673.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 674.

mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)²³. (grifos do autor)

Considerada a referida força normativa, “os direitos constitucionais como um todo e, os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica”²⁴.

A compreensão da referida força torna evidente que a mera garantia dos direitos fundamentais relacionada à defesa dos indivíduos e da coletividade em face das arbitrariedades estatais não é suficiente para o pleno exercício das liberdades. Os direitos fundamentais apresentam, além dos significados já expostos, uma perspectiva que exige uma atuação positiva do Estado no sentido de:

[...] colocar a disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado) mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos²⁵.

Sendo assim, emergem posições doutrinárias que discutem tal obrigatoriedade imposta ao Estado de criar condições fáticas para o pleno exercício dos direitos fundamentais – principalmente os direitos fundamentais sociais, que por sua própria natureza já demandam tal atuação – bem como a possibilidade conferida aos titulares de ditos direitos exigirem tais prestações, juridicizando-os. Destacam-se também, neste ponto, os chamados direitos à organização da estrutura estatal (órgãos, agentes, setores) e ao procedimento, como o contraditório, a ampla defesa, o direito de acesso à justiça que, dentre outros, constituem “garantias processuais-constitucionais”²⁶, haja vista que devem assegurar a fruição de direitos por seus respectivos titulares através de procedimentos e medidas hábeis para tanto.

Assim, “trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado nesse sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo”²⁷.

Nesse diapasão, o instrumento processo, sob o prisma constitucional, emerge enquanto garantia de efetivação de direitos fundamentais, assumindo sua dimensão social. Enquanto instrumento através do qual a jurisdição opera, constitui-se em veículo de satisfação concreta dos anseios sociais, meio de melhoria de qualidade de vida dos cidadãos e desenvolvimento do próprio Estado. Antonio Pereira Gaio Júnior observa que:

Como instrumento para efetivação de bens e valores bem como a realização das liberdades e direitos supracitados, se estará a compreender que o

²³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991. p. 24.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Revista Jurídica UNIJUS., Uberaba, v. 11, n. 15, p. 89-114, Nov. 2008. p. 90.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p. 675.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. , op. cit., p. 677.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 678.

processo leva consigo toda a carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal para a tentativa de realização do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço²⁸.

Lição importante é ministrada pelo prêmio Nobel de Economia Amartya Sen em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade” onde apresenta uma abordagem específica do desenvolvimento relacionando-o a um processo de expansão das liberdades. Observa que:

O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas)²⁹.

Ratificando a racionalidade *supra*, Sen relaciona as condições sociais proporcionadas ou não pelo Estado com as liberdades desfrutadas pelas pessoas:

Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdades, a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos de assistência social, [...] ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais³⁰.

O desenvolvimento relaciona-se, portanto, com a melhoria da qualidade de vida das pessoas e do aumento das liberdades de que desfrutam, com as oportunidades que lhes são concedidas pela sociedade e, de maneira determinante, pelo Estado para que sejam agentes de seu próprio destino. Assim, ressaltam-se neste ponto, as observações de Gaio Júnior sobre o conceito de desenvolvimento:

Despiciendo é dizer que o conceito de desenvolvimento, hodiernamente, se relaciona não somente com a tradicional ótica de crescimento econômico, mas sobretudo, na perspectiva de um avanço significativo no quadro das políticas sócias voltadas à edificação da cultura de melhoria das condições daquela sociedade destinatária de tais políticas³¹.

²⁸ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Dimensão Social do Processo, direito e desenvolvimento**. Revista da Faculdade de Direito de Valença. Juiz de Fora: Editar, 2012, p. 172.

²⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.16.

³⁰ SEN, Amartya Kumar, op. cit., p. 17.

³¹ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 2.

A Carta Magna de 1988 elenca dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, garantir desenvolvimento nacional (art. 3º, II) e, de acordo com o entendimento supra e a normatividade emanada da própria Constituição, os direitos fundamentais, especificamente, os direitos sociais, econômicos e culturais, tem significado ímpar, pois lhes foi conferido pela Constituição o imperativo de impor ao Estado não só o dever de proteção, mas também a proibição de uma proteção insuficiente garantindo aos seus titulares, inclusive, “a possibilidade de formular uma pretensão de adoção de uma dada conduta (‘dever jurídico relacional’), passível de judicialização. Tais direitos vinculam-se “materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta [...] fazendo assim do Estado um artífice e agente de suma importância [...]”³², para sua efetivação, melhoria da qualidade de vida das pessoas e o desenvolvimento do país.

Importa salientar que, quando se fala em efetivação de direitos fundamentais ou sobre dar-lhes efetividade, é relevante a delimitação do significado destes termos.

Por conseguinte, de acordo com Barroso, doutrinariamente, os atos jurídicos são analisados sob três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, no entanto, há um quarto plano, que por um longo tempo fora negligenciado, o da efetividade ou eficácia social da norma³³, que em suma:

[...] significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social³⁴.

Assim, os direitos fundamentais sociais irradiam seus efeitos sobre toda a ordem jurídica conformando sua interpretação e impondo ao Estado um dever de promover e proteger não somente a sua eficácia, mas, sobretudo, sua efetividade. Entende-se, portanto, que o exercício efetivo dos direitos fundamentais é *conditio sine qua non* ao desenvolvimento do país.

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2005. p. 567.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2009. p. 220.

³⁴ Id. Ibid. p. 220.

CAPÍTULO II

2. O INADIMPLEMENTO ESTATAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

2.1. Breves Noções Introdutórias

Os direitos fundamentais sociais impõem ao Estado, simultaneamente, a condição de protetor e provedor, reconhecendo-se que tem o dever de propiciar todos os meios possíveis para sua concretização, observado o mandamento constitucional de intangibilidade de tais direitos.

Como afirmam Mendes e Branco:

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual- constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão³⁵. (grifos do autor)

Ultrapassadas as discussões acerca do conteúdo programático dos direitos sociais, a Constituição de 1988 atribuiu-lhes a aplicabilidade imediata inerente a todos os direitos fundamentais e a sua observância é obrigatória para os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), uma vez que estes direitos são considerados como as liberdades públicas que permitem “condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”³⁶.

No entanto, por opção do Constituinte, a realização concreta de tais direitos, em sua maioria, é realizada de acordo com escolhas políticas. Nesse contexto, fica a cargo do legislador infraconstitucional, do administrador público (Executivo) e do controle jurisdicional, estabelecer os parâmetros de distribuição e organização de bens e serviços públicos, de modo condizente com o bem comum e sempre buscando a maximização da abrangência dos direitos sociais, tendo em vista as competências e atribuições constitucionalmente estabelecidas. Nesse contexto, são elaboradas as Políticas Públicas e para melhor compreensão do assunto proposto, mostra-se relevante apresentar alguns de seus conceitos.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 675-676.

³⁶ BATISTA, Karla da Silva Costa. Direitos Sociais. In: **Dicionário de Políticas Públicas**. Org. Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Antonio Eduardo de Noronha Amabile. Universidade do Estado de Minas Gerais- Campus Belo Horizonte, Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves. Barbacena: Eduemg, 2012. p. 138.

O Dicionário de Políticas Públicas elaborado pela Universidade do Estado de Minas Gerais as define como:

[...] decisões que envolvem questões de ordem pública com abrangência ampla e que visam à satisfação do interesse de uma coletividade. Podem também ser compreendidas como estratégias de atuação pública, estruturadas por meio de um processo decisório composto de variáveis complexas que impactam na realidade. São de responsabilidade da autoridade formal legalmente constituída para promovê-las, mas tal encargo vem sendo cada vez mais compartilhado com a sociedade civil por meio do desenvolvimento de variados mecanismos de participação no processo decisório³⁷.

De outra banda, Oswaldo Canela Júnior dimensiona a expressão “política estatal”, reconhecida como políticas públicas, da seguinte forma:

Política estatal, a nosso juízo, é o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins. Ajusta-se ao conceito de standart, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos administrativos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado³⁸.

Maria Paula Dallari Bucci, por outro lado, formula um entendimento jurídico acerca do conceito de políticas públicas, quando afirma que:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados³⁹.

Compreende-se a partir da análise dos conceitos mencionados acima que, além dos Poderes que possuem atribuições eminentemente políticas (Executivo e Legislativo), o Poder Judiciário participa ativamente do controle das políticas públicas, buscando por sua efetividade com esteio no art. 5º, XXXV da Carta Maior (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*). Conforme se verá adiante, no caso do direito à saúde e das políticas públicas operadas nesse sentido, a participação do Judiciário tem se destacado nos últimos anos.

2.2. Os Direitos Sociais e Sua Exigibilidade

Como observado anteriormente, os direitos sociais enquanto direitos fundamentais e, portanto, normas constitucionais de aplicabilidade imediata, assumem uma força normativa oriunda da própria ordem constitucional. Nesse sentido, George Marmelstein menciona que a

³⁷ AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. Políticas Públicas. In: **Dicionário de Políticas Públicas**. Org. Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Antonio Eduardo de Noronha Amabile. Universidade do Estado de Minas Gerais- Campus Belo Horizonte, Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves. Barbacena: Eduemg, 2012. p. 390.

³⁸ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

doutrina constitucional atribui aos direitos fundamentais uma dimensão subjetiva e outra objetiva⁴⁰, e assim afirma:

De um lado, os direitos fundamentais, na sua **dimensão subjetiva**, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, na sua **dimensão objetiva**, esses direitos funcionariam como um ‘sistema de valores’ capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre⁴¹. (grifos do autor)

Sob ponto de vista semelhante, afirmam Mendes e Branco, que:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático⁴².

Sendo assim, todo o ordenamento jurídico passa a ser interpretado e aplicado sob o prisma dos direitos fundamentais que “estão no ápice da escala axiológica e jurídica do ordenamento e, por isso, merecem uma proteção jurídica especial”⁴³ que “se desdobra em uma série de tarefas, atividades e deveres a serem observados pelos poderes públicos, podendo ser sintetizadas na máxima ‘dever de respeito, proteção e promoção’ ”⁴⁴.

Primeiramente, acerca do *dever de respeito*, Marmelstein afirma que:

Em virtude do dever de respeito, o Estado tem a obrigação de agir em conformidade com o direito fundamental, não podendo violá-lo, nem adotar medidas que possam ameaçar um bem jurídico protegido pela norma constitucional. Esse dever gera, portanto, um comando de abstenção no sentido semelhante à noção de *status* negativo acima analisado. Logo em qualquer situação onde houver uma lesão indevida a direitos fundamentais, restará configurada a inobservância do dever de respeito, obrigando a reparação do dano, na máxima extensão possível.⁴⁵ (grifo do autor)

Nesse diapasão, como elucidam Mendes e Branco acerca dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, tem-se que:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. [...] Essa ideia, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal

⁴⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013. p. 287.

⁴¹ Id. Ibid., p. 288.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 671.

⁴³ MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 289.

⁴⁴ MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 289.

⁴⁵ MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 290.

a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal⁴⁶.

Quanto ao *dever de proteção*, este se caracteriza pela postura do Estado de guardião dos direitos fundamentais, não mais inimigo⁴⁷. Sendo assim, além de abster-se de praticar atos atentatórios aos direitos fundamentais, o Estado tem o dever de protegê-los de quaisquer ameaças de lesão, ainda que de terceiros. Mendes e Branco afirmam nesse ponto que:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria assim, para utilizar expressão de Canaris, não apenas a proibição do excesso (*Übermassverbote*) mas também a proibição de proteção insuficiente (*Üntermassverbote*). E tal princípio tem aplicação especial no âmbito dos direitos sociais⁴⁸. (grifos do autor)

Já o *dever de promoção*, “obriga que o Estado adote medidas concretas capazes de possibilitar a fruição dos direitos fundamentais para aquelas pessoas em situação de desvantagem econômica, desenvolvendo políticas públicas e ações eficazes [...]”⁴⁹. Sendo assim, “deve fornecer os serviços básicos para a proteção do chamado mínimo vital”⁵⁰ visto que, há, nesse sentido “uma obrigação estatal de garantir que todos os seres humanos tenham acesso às necessidades básicas para a manutenção da vida”⁵¹.

Segundo o entendimento de Mendes e Branco, que encaram o dever de promoção sob o ponto de vista dos direitos dele oriundos - *direitos a prestações materiais* - observa-se que:

Os direitos de prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades. Têm que ver, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade. São direitos dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui⁵².

Considerando os deveres acima expostos, nasce para os titulares dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, um direito público subjetivo de exigir, caso ocorra omissão ou prestação insuficiente, a sua realização forçada perante o Poder Judiciário, caracterizando a *dimensão subjetiva* outrora mencionada⁵³. No entanto, não se pode olvidar que a efetivação desses direitos demanda uma análise das condições econômico-financeiras

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 673.

⁴⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013. p. 291.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 679.

⁴⁹ MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 291.

⁵⁰ Id. Ibid., p. 291.

⁵¹ Id. Ibid., p. 292.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 183.

⁵³ MARMELSTEIN, George, op.cit., p. 294.

do Estado que, mesmo obrigado a prestá-los inexoravelmente, está sujeito às limitações do orçamento público.

No que tange a *dimensão objetiva*, ressalta-se que esta “resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional”⁵⁴. Essa dimensão “nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam”⁵⁵. Surge para o jurista, então, a obrigação de realizar a interpretação e aplicação do direito conforme os direitos fundamentais.

Diante da *dimensão objetiva*, verifica-se que, a princípio, os direitos fundamentais possuem uma *eficácia vertical*, onde funcionam como meios de proteção dos indivíduos em face do arbítrio estatal, “simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo”⁵⁶.

Entretanto, doutrina e jurisprudência têm reconhecido atualmente, que os valores inerentes aos direitos fundamentais “projetam-se também nas relações particulares”⁵⁷. A chamada *eficácia horizontal* desses direitos consiste na sua aplicação como “uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, melhor dizendo, em um ‘sistema de valores’ a orientar toda a ação pública e privada”⁵⁸. Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais também se irradia no âmbito das relações dos indivíduos entre si, o que envolve a ponderação de interesses conflitantes, em muitos casos, com a autonomia privada e outros princípios que permeiam o âmbito particular.

Cumprido salientar, que a referida eficácia horizontal também se aplica aos direitos sociais e não há como negar que os direitos econômicos, sociais e culturais também vinculam, em certas ocasiões, os particulares, mas isso não exclui o dever do Poder Público de implementá-los⁵⁹.

Portanto, torna-se evidente, que os direitos sociais são, em sua maioria, direitos fundamentais que exigem uma atitude mais acentuada do Estado como provedor, visto que, sua efetivação é extremamente dependente de escolhas políticas acerca da alocação dos recursos disponíveis e que se encontram sob sua administração. Ou seja, a fim de alcançar a extensão constitucionalmente estimada para os direitos sociais o Estado deve proporcionar meios materiais, jurídicos e econômico-sociais, dentre outros, que possibilitem sua plena fruição por seus titulares. No entanto, caso o Estado, por meio de sua atuação administrativa e legislativa seja insuficiente no cumprimento de seus deveres, “poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por força de um processo judicial”⁶⁰.

É de relevância ímpar, o raciocínio de Barroso acerca da exigibilidade dos direitos subjetivos constitucionais, quando afirma:

[...] as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 189.

⁵⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013. p. 328.

⁵⁶ MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 333.

⁵⁷ Id. Ibid., p. 333.

⁵⁸ MARMELSTEIN, George, op. cit., p. 334.

⁵⁹ Id. Ibid., p. 342.

⁶⁰ Id. Ibid., p. 294.

entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, em dispositivo assim redigido: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’⁶¹.

Constituindo uma exigência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 8º, a proteção judicial dos direitos fundamentais é um dos instrumentos mais significativos de efetivação desses direitos.

Conforme acentua J. J. Gomes Canotilho:

Partindo da verificação de que os poderes políticos competentes para a dinamização de políticas públicas de solidariedade e de socialidade permanecem indiferentes ou actuam em manifesta desconformidade com os princípios de justiça, constitucionalmente plasmados, a magistratura judicial assume a sua *accountability* e a sua *responsiveness* para com os pobres ousando proferir sentenças de inequívoca conformação político-social. (grifos do autor)⁶²

Observa-se então, no processo de efetivação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, uma atitude cada vez mais ativa do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, onde o mesmo emite decisões de cunho eminentemente político. Cabe, porém, antes de adentrar o estudo acerca da judicialização do direito à saúde, traçar um panorama de sua institucionalização no Brasil, bem como as políticas públicas a ele relacionadas.

2.3. O Direito à Saúde no Brasil: Constituição Federal e Políticas Públicas

2.3.1. Panorama sócio- histórico

Notadamente, o direito à saúde enquanto direito fundamental social assume suas peculiaridades que serão detalhadamente abordadas a seguir.

Cumprido estabelecer, *a priori*, um panorama sócio-histórico da saúde pública no Brasil e das políticas públicas implementadas, desde os períodos de menor intervenção estatal, até os dias atuais sob a égide da Constituição de 1988.

No Brasil, as primeiras leis de cunho social datam do século XIX, no entanto, por seu caráter esparso e limitado não obtiveram impacto considerável. Consequentemente, considera-se que, apenas no século XX com o processo de industrialização e o movimento operário, surgiram as primeiras políticas públicas de proteção social.

Maria Inês Souza Bravo informa que:

A assistência à saúde dos trabalhadores, com a industrialização nos países centrais, foi sendo assumida pelo Estado, aliado ao nascimento da **medicina social** na Alemanha, França e Inglaterra. A conquista de alguns direitos sociais pelas classes trabalhadoras foi mediada pela interferência estatal, no seu papel de manutenção da ordem social capitalista e de mediação das relações entre as classes sociais. No século XX, esta interferência será

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2009. p. 222.

⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito dos Pobres no Activismo Judiciário. *In: Direitos Fundamentais Sociais* Org. J. J. Gomes Canotilho; Marcus Oriane Gonçalves Correia; Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

aprofundada, com a elaboração de políticas para o setor e o surgimento de diversas propostas.

No Brasil, a intervenção estatal só vai ocorrer no Século XX, mais efetivamente na década de 30. No século XVIII, a assistência médica era pautada na filantropia e na prática liberal. No século XIX, em decorrência das transformações econômicas e políticas, algumas iniciativas surgiram no campo da saúde pública, como a vigilância do exercício profissional e a realização de campanhas limitadas. Nos últimos anos do século, a questão saúde já aparece como reivindicação no nascente movimento operário. No início do século XX, surgem algumas iniciativas de organização do setor saúde, que serão aprofundadas a partir de 30⁶³. (grifos do autor)

Observa-se nos anos finais do século XIX, a realização, no Brasil, de “apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre portos e ruas”⁶⁴. “No âmbito das políticas sociais, pela Constituição de 1891, cabia aos estados a responsabilidade pelas ações de saúde, de saneamento e de educação”⁶⁵.

Nos anos iniciais do século XX predominava, conforme afirma Barroso, “o modelo ‘campanhista’, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial”⁶⁶. Momento marcado, também, pelas campanhas de vacinação contra varíola, febre amarela e peste bubônica, objetivando o controle de tais epidemias. Assim, de acordo com o CONASS:

No início do século XX, a cidade do Rio de Janeiro apresentava um quadro sanitário caótico, caracterizado pela presença de diversas doenças graves que acometiam a população, como a varíola, a malária, a febre amarela e, posteriormente, a peste. Esse quadro acabou gerando sérias consequências, tanto para a saúde coletiva quanto para outros setores, como o do comércio exterior, visto que os navios estrangeiros não mais queriam atracar no porto do Rio de Janeiro em razão da situação sanitária existente na cidade⁶⁷.

Nos anos 20, com a Reforma Carlos Chagas em 1923, a União desenvolveu uma estratégia de expansão do atendimento à saúde por todo o país, como meio de fortalecimento do poder central e para o CONASS:

Um ativo movimento de Reforma Sanitária emergiu no Brasil durante a Primeira República, sob a liderança da nova geração de médicos higienistas, que alcançou importantes resultados. Entre as conquistas, destaca-se a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), em 1920. Durante a Primeira República, foram estabelecidas as bases para a criação de um Sistema Nacional de Saúde, caracterizado pela concentração e pela verticalização das ações no governo central⁶⁸.

⁶³ BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil**. Disponível em:

<http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf>. Acesso em: 10/08/2014. p. 2.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 97.

⁶⁵ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde. *In*: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS**. Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011. p. 11.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, 2008. p. 97.

⁶⁷ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁸ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, *op. cit.*, p. 12-13.

Nesse período, também foram expostas questões referentes à saúde dos trabalhadores, com a adoção de medidas como a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, as CAPs, pela Lei Elói Chaves ainda em 1923 e, sobre isso:

A Lei que regulamentou a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) tem sido indicada como o momento inicial da responsabilização do Estado pela regulação da concessão de benefícios e serviços, especialmente da assistência médica. Tratava-se de organizações de direito privado, criadas para grupos específicos de servidores e organizadas segundo princípios de seguro social, ou seja, um modelo em que os benefícios dependiam das contribuições dos segurados⁶⁹.

Com a ascensão de Getúlio Vargas na década de 1930, ocorreram inúmeras transformações na conjuntura político-econômica do país, com o enfrentamento das questões sociais até então discutidas e a estruturação básica do sistema público de saúde, tendo em vista que, “as mudanças institucionais que ocorreram, a partir de 1930, moldaram a política pública brasileira, estabelecendo um arcabouço jurídico e material que conformaria o sistema de proteção social até um período recente”⁷⁰.

Dentre as medidas tomadas, destacam-se a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp) e dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – os IAPs. Estes últimos consistiram em um novo modelo previdenciário substitutivo das CAPs, sendo organizados por categoria profissional e administrados pelo Estado, sendo que, alguns possuíam até hospitais próprios.

Não obstante o referido avanço, tais serviços estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência⁷¹. A previdência, de outra banda, preocupou-se mais efetivamente com a acumulação de reservas financeiras do que com a ampla prestação de serviços⁷².

De acordo com o CONASS, observa-se que:

Com a promulgação de uma nova Constituição em 1946, o país inicia um período de 19 anos de experiência democrática. A saúde pública, ainda que herdeira dos aparatos estatais construídos nos 15 anos do primeiro governo Vargas, teve sua estrutura centralizada com múltiplos programas e serviços verticalizados para implementar campanhas e ações sanitárias, assim como sua burocracia foi confrontada com novos contextos e contornos políticos e sociais que caracterizaram o Brasil até 1964⁷³.

Por outro lado, conforme observa Bravo:

A Política Nacional de Saúde, que se esboçava desde 1930, foi consolidada no período de 1945-1950. O Serviço Especial de Saúde Pública (SESP) foi criado durante a 2ª Guerra Mundial, em convênio com órgãos do governo

⁶⁹ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde. *In*: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS**. Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011. p. 13.

⁷⁰ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, *op. cit.*, 2011. p. 13.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 97.

⁷² BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil**. Disponível em:

<http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf>. Acesso em: 10/08/2014. p. 5.

⁷³ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. , *op. cit.*, 2011. p. 15.

americano e sob o patrocínio da Fundação Rockefeller. No final dos anos 40, com o Plano Salte de 1948, que envolvia as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia: a Saúde foi posta como uma de suas finalidades principais. O plano apresentava previsões de investimentos de 1949 a 53, mas não foi implementado. A situação da Saúde da população, no período de 1945 a 1964 (com algumas variações identificadas principalmente nos anos de 50, 56 e 63, em que os gastos com saúde pública foram mais favoráveis, havendo melhoria das condições sanitárias), não conseguiu eliminar o quadro de doenças infecciosas e parasitárias e as elevadas taxas de morbidade e mortalidade infantil, como também a mortalidade geral. A estrutura de atendimento hospitalar de natureza privada, com fins lucrativos, já estava montada a partir dos anos 50 e apontava na direção da formação das empresas médicas⁷⁴.

O referido modelo de política pública só fazia fragilizar o próprio sistema enquanto fortalecia o setor privado, contribuindo para o sucateamento da máquina pública e uma assistência precária aos usuários.

Outro marco institucional relevante deste período foi a criação do Ministério da Saúde em 1953.

Considerada o último evento relacionado às políticas públicas de saúde durante o período democrático instituído pela Constituição de 1946, foi realizada em dezembro de 1963, a 3ª Conferência Nacional de Saúde que teve como principais pontos a rediscussão da distribuição de responsabilidades entre os entes federativos, uma avaliação crítica da realidade sanitária do país e uma clara proposição de municipalização dos serviços de saúde, objetivo inserido no temário da Conferência e explicitado nos discursos do presidente da República, João Goulart, e do ministro da Saúde, Wilson Fadul⁷⁵.

Anos mais tarde, sob o Regime Militar que perdurou por mais de vinte anos (1964 a 1985), marcado pela intervenção estatal ostensiva, ocorreu uma mudança considerável na área de saúde e previdência, com a unificação dos IAPs que culminou na criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966. Trata-se de um dos períodos da história política brasileira de maior efervescência, onde o assistencialismo, a burocratização e modernização do aparelhamento estatal foram meios utilizados pelo Estado para obter maior controle social.

Houve a criação de inúmeros órgãos, numa tentativa de consolidar o sistema de saúde brasileiro, no entanto, o mesmo atravessava uma crise, pois a essa altura já era insuficiente, mal distribuído, descoordenado, inadequado, ineficiente e ineficaz. Assim, com o intuito de modificar esta realidade foi organizado um movimento social, composto por diversos setores da sociedade civil, como pesquisadores, estudantes e profissionais da saúde cuja proposta era de resolução de tais problemas e de democratização da saúde no país⁷⁶. O referido movimento foi denominado de Reforma Sanitária Brasileira.

Como afirma Bravo:

As principais propostas debatidas por esses sujeitos coletivos foram a universalização do acesso; a concepção de saúde como direito social e dever do Estado; a reestruturação do setor através da estratégia do Sistema

⁷⁴ BRAVO, Maria Inês Souza **Política de Saúde no Brasil**. Disponível em:

<http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf>. Acesso em: 10/08/2014. p. 5.

⁷⁵ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde. In: SANTOS, René (Coord.) **Coleção para entender o SUS**. 2011. p. 16.

⁷⁶ BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil**. Disponível em:

<http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf>. Acesso em: 10/08/2014. p. 7.

Unificado de Saúde visando um profundo reordenamento setorial com um novo olhar sobre a saúde individual e coletiva; a descentralização do processo decisório para as esferas estadual e municipal, o financiamento efetivo e a democratização do poder local através de novos mecanismos de gestão – os Conselhos de Saúde⁷⁷.

No ano de 1976 foram criados o CEBES – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde e o Movimento de Renovação Médica (REME). O CEBES elaborou a primeira proposta do SUS, que foi apresentada no I Simpósio de Política Nacional de Saúde da Câmara dos Deputados em 1979.⁷⁸ Posteriormente, em 1985 instituiu-se a cogestão entre o Ministério de Saúde e o Ministério da Assistência e Previdência Social e dentre seus desdobramentos está a criação das Ações Integradas de Saúde, dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde – SUDS que seguiam os princípios da Organização Panamericana de Saúde.

Dentre os principais acontecimentos que marcaram a discussão sobre a Saúde no Brasil na década de 1980 está a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília no Distrito Federal, em 1986 e, segundo Bravo:

A 8ª Conferência, numa articulação bem diversa das anteriores, contou com a participação de cerca de quatro mil e quinhentas pessoas, dentre as quais mil delegados. Representou, inegavelmente, um marco, pois introduziu no cenário da discussão da saúde a sociedade. Os debates saíram dos seus fóruns específicos (Associação Brasileira de Pós Graduação em Saúde Coletiva, Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, Medicina Preventiva, Saúde Pública) e assumiram outra dimensão com a participação das entidades representativas da população: moradores, sindicatos, partidos políticos, associações de profissionais e parlamento. A questão da Saúde ultrapassou a análise setorial, referindo-se à sociedade como um todo, propondo-se não somente o Sistema Único, mas a Reforma Sanitária⁷⁹.

Sendo assim, durante o período de aprofundamento das discussões sobre o financiamento e a operacionalização para a constituição do Sistema Único de Saúde, em julho de 1987, foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (Suds), cujos princípios básicos também eram: a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária⁸⁰.

Nesse sentido, posteriormente, as discussões engendradas durante a Assembléia Nacional Constituinte culminaram na proposta de criação do Sistema Único de Saúde pela Constituição de 1988, quando houve um rompimento com o modelo de gestão anterior.

2.3.2. O direito à saúde na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde⁸¹. Observa-se logo no início do texto constitucional (Título II, Capítulo II) a consagração do direito à saúde como um direito fundamental social (art. 6º,

⁷⁷ BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf>. Acesso em: 10/08/2014. p. 9.

⁷⁸ Id. Ibid., p. 8.

⁷⁹ Id. Ibid. p. 9.

⁸⁰ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde. In: SANTOS, René (Coord.) **Coleção para entender o SUS**. 2011. p. 23.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 685.

caput), sem distinção quanto à sua aplicabilidade que é imediata, tendo em vista que o disposto no art. 5º, §1º, da CF é aplicável a todos os direitos fundamentais.

In verbis:

Art. 5, § 1º, CF: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁸².

O direito de proteção à saúde está especificamente previsto na Constituição Federal, no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo II- Da Seguridade Social, Título II – Da saúde, nos artigos 196 a 200. O art. 196 estabelece o seguinte:

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 recuperação⁸³.

Primeiramente, é direito de todos, pois está definitivamente extinta a ideia anterior do direito à saúde relacionado estritamente com a classe trabalhadora. A redação do art. 196 da CRFB/88, nesse ponto, deixa claro o caráter universal assumido pela saúde na ordem constitucional vigente, constituindo um direito público subjetivo⁸⁴. Cumpre salientar, entretanto, que a saúde não é um direito absoluto que independe de políticas públicas para a sua promoção, proteção e recuperação. É, na verdade, um direito público subjetivo às políticas públicas⁸⁵.

A saúde é, também, um dever do Estado⁸⁶. Um dever que consiste em elaborar políticas públicas que realmente efetivem o mandamento constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde. É um dever que se estende a todos os entes federativos⁸⁷.

De acordo com o art. 196 supramencionado, o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. São as políticas públicas que irão propiciar a concretização do direito à saúde por meio de escolhas alocativas que propiciem a distribuição de recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos⁸⁸. Tais políticas devem visar à redução do risco de doença e de outros agravos indicando sua dimensão preventiva, visto que, esta foi considerada prioritária pelo art. 198, II da Constituição⁸⁹.

Sobre a dimensão preventiva do direito à saúde, cumpre salientar a própria definição de saúde atribuída pela Organização Mundial de Saúde – OMS – como, “o completo estado de bem estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade”⁹⁰.

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. p. 686.

⁸⁵ Id. *Ibid.*, p. 686.

⁸⁶ Id. *Ibid.*, p. 686.

⁸⁷ Id. *Ibid.*, p. 686.

⁸⁸ Id. *Ibid.*, p. 687.

⁸⁹ Id. *Ibid.*, p. 687.

⁹⁰ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. **O conceito de saúde**. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016>. Acesso em: 10/11/2014.

As políticas públicas devem proporcionar, de outra banda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e de acordo com Mendes e Branco, “o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes federativos”⁹¹ e sob esse aspecto, “as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento”⁹².

Em seu art.197, a Constituição Federal estabeleceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, ressaltando a possibilidade de sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado⁹³.

A Constituição de 1988 define o SUS, em seu art.198, *caput*, da seguinte forma:

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

- I. Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III. Participação da comunidade⁹⁴.

Conforme se depreende do texto constitucional, houve a intenção do constituinte em demonstrar “que a concepção do SUS estava baseada na formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, especialmente no que se refere à saúde coletiva”⁹⁵.

O referido art. 198, em seus parágrafos 1º à 3º, incluídos pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, dispõe sobre o financiamento do SUS, conforme segue:

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. p. 687.

⁹² Id. Ibid., p. 687.

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁹⁵ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. In: SANTOS, René (Coord.) **Coleção para entender o SUS**. 2011. p. 25.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União⁹⁶.

Nesse sentido, conforme explicam Mendes e Branco:

Um dos pontos basilares do SUS é sua descentralização, por entender-se que, com essa, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, seriam preservados. Nesse aspecto, a importância da municipalização do financiamento e uma consequente diminuição centralizadora tornam-se relevantes⁹⁷.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 55, dispõe que “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta e cinco, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”⁹⁸. Ocorre que, com a inclusão dos parágrafos transcritos acima ao art. 198 da CF, pela EC nº 29/2000 houve um direcionamento um pouco mais preciso acerca do financiamento das ações e serviços de saúde.

Houve também, alteração na redação do art. 77 do ADCT com a EC nº 29/2000, e conforme dispõe o parágrafo quarto deste artigo, até que seja promovida a regulamentação no âmbito infraconstitucional, serão aplicáveis os critérios nele estabelecidos. *In verbis*:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 689.

⁹⁸ BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo⁹⁹.

O art. 198 da CF dispõe, por fim, em seus parágrafos quarto (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006), quinto (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010 e regulamentado pela Lei nº 11.350 de 5 de outubro de 2006) e sexto (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006), sobre as profissões de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, que recentemente tiveram seu piso salarial profissional e o seu plano de carreira regulamentados pela Lei nº 12.994 de 17 de junho de 2014¹⁰⁰.

De outra banda, estabelece o art. 199 da Constituição Federal que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”¹⁰¹. Neste ponto, o que nos interessa em demasia é o fato de que o parágrafo primeiro deste artigo proporciona abertura às instituições privadas para que participem de forma complementar do sistema único de saúde, “segundo as diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”¹⁰². Insta salientar, que a referida participação está prevista na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90) e difere dos serviços prestados pelo ente privado fora do SUS, o que ficará claro quando do estudo dos dispositivos desta Lei.

Para Mendes e Branco:

A possibilidade de atuação de entidade privada é uma boa solução a um sistema de saúde pautado pela descentralização e a escassez de recursos, em que a consequência imediata é a necessidade da busca por alternativas para sanar deficiências orçamentárias. Nesse aspecto, merece destaque a relação do Poder Público com organismos do terceiro setor, como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e as Organizações Sociais – OS, e a possibilidade de estas atuarem no âmbito da rede pública de saúde¹⁰³.

No que tange as atribuições do SUS, consoante o disposto no art. 200 da Constituição Federal, compete-lhe além de outras atribuições:

⁹⁹ BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 695.

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho¹⁰⁴.

Conforme se observa, “além de determinar a instituição de um sistema único e integrado de saúde, o constituinte definiu de forma ampla, as suas atribuições. No plano infraconstitucional, o modelo está disciplinado pelas Leis Federais n. 8.080/90 e 8.142/90”¹⁰⁵.

2.3.4. A Lei Orgânica da Saúde

A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 23, inciso II que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Além disso, consoante disposto no art. 24, inciso XII da Carta Magna, a competência para legislar em matéria de proteção e defesa da saúde, é concorrente para a União, os Estados e o Distrito Federal, cabendo aos Municípios, nos termos do art. 30, incisos I e II, legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Logo, cabe à União legislar sobre normas gerais (art. 24, § 1º), aos Estados legislar de forma suplementar à legislação federal (art. 24, § 2º e 3º) e aos Municípios dispor sobre assuntos de interesse local e, no que couber, suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, I e II).

De acordo com Barroso, “no que tange o aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde) [...]. Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde”¹⁰⁶. Considerando a competência comum estabelecida pela Constituição, para Barroso:

[...] impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit., p. 689.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 99.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 99.

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, a chamada Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado (art. 1º da Lei 8.080/90).

Já em seu art. 2º, *caput*, a Lei 8.080/90 expressa a congruência com a lógica constitucional, reafirmando que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”¹⁰⁸. O referido artigo em seu parágrafo segundo, também chama à responsabilidade pelo direito à saúde as pessoas, a família, as empresas e a sociedade.

A Lei Orgânica da Saúde, “estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento”¹⁰⁹. Assim, o art. 4º, *caput*, define o SUS como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgão e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”¹¹⁰.

Os objetivos do Sistema Único de Saúde são:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas¹¹¹.

O art. 6º da Lei do SUS elenca uma série de atribuições do sistema, dentre as quais se destacam, para nós, a execução de ações de vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico e a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde.

As diretrizes para o desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde e dos serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS estão previstas no art. 198, da Constituição Federal (art. 7º, *caput*, Lei 8.080/90). Tais ações e serviços obedecem aos seguintes princípios:

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 99.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

¹¹¹ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de 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;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;
- e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos ¹¹².

Dentre tais princípios - todos de relevância inquestionável - cumpre ressaltar alguns que se apresentam como pilares na estrutura e lógica do SUS: a universalidade, que garante a todos o acesso aos serviços e ações de saúde disponíveis; a integralidade que proporciona o atendimento global, desde a prevenção de doenças até sua recuperação, compreendendo tratamento ambulatorial, hospitalar e farmacêutico, exames e procedimentos, etc, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; a igualdade que permite um sistema livre de privilégios ou preconceitos de qualquer espécie e; a descentralização dos serviços para os municípios, regionalização e hierarquização da rede que possibilita a execução das políticas públicas de saúde atendendo às necessidades locais específicas.

Da análise dos dispositivos mencionados até aqui, é possível visualizar a complexidade e a abrangência da estrutura do Sistema Único de Saúde, que é reconhecidamente, bem sucedido, em termos de inclusão e prestação de serviços públicos, se comparado aos sistemas de saúde de outros países, apesar de guardar algumas dificuldades estruturais que ainda prejudicam a plena efetivação do direito à saúde.

A Lei 8.080/90 também procurou traçar o que cabe a cada ente federativo em matéria de saúde e, segundo Barroso:

¹¹² BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos Serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III)¹¹³.

Sobre a participação da iniciativa privada no SUS, estabelece o art. 24 da Lei n. 8.080/90 que, quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada¹¹⁴. Exige-se, ainda, a formalização da participação complementar por meio de contrato ou convênio e a observância das normas de direito público, das normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS (art. 24, parágrafo único e art. 25, § 2º da Lei n. 8.080/90)¹¹⁵.

Isto significa que, a partir do momento em que firmam contrato ou convênio com o SUS, as instituições particulares passam a desempenhar o papel de prestadoras de serviço público essencial, no que tange os serviços contratados, devendo guardar as normas e princípios de direito público, bem como, atuar segundo as normas e princípios inerentes ao Sistema Único de Saúde observando, v.g., a universalidade, a equidade e a integralidade no atendimento às necessidades dos usuários.

Outro ponto relevante a ser destacado, é a recente inclusão na Lei do SUS, pela Lei do nº. 12.401 de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, do Capítulo VIII, que trata da Assistência Terapêutica e da Incorporação de Tecnologia em Saúde, visto que trata dos parâmetros a serem utilizados pelo gestor na prestação da assistência terapêutica integral aos usuários.

Os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas são a principal fonte para o estabelecimento da assistência terapêutica. No entanto, estes não são parâmetros estáticos para a prescrição médica, pois com a inclusão dos arts. 19-M à 19-U, é possível garantir cada vez mais a possibilidade de incorporação de novas técnicas terapêuticas, com eficácia comprovada e devidamente registradas, acompanhando os avanços da medicina e proporcionando, inclusive, a participação da comunidade por meio de consulta pública¹¹⁶.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 99-100.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

¹¹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Alguns meses após o início da vigência da Lei Orgânica da Saúde entrou em vigor a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que 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. Esta Lei instituiu as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde em cada esfera de governo¹¹⁷.

É importante mencionar a referida Lei, pois representa um meio de participação da sociedade no processo de formulação de políticas públicas de saúde e de avaliação da efetividade das políticas em execução. Além disso, a Lei 8.142/90 trata da alocação dos recursos do Fundo Nacional de Saúde, do repasse regular e automático para os Municípios, os Estados e o Distrito Federal, desde que, atendam aos requisitos estabelecidos na Lei¹¹⁸.

2.3.5. O Decreto Federal nº 7.508 de 2011 e a Assistência Farmacêutica no SUS

Analisando as políticas públicas de saúde instituídas com o escopo de estruturar e organizar o Sistema Único de Saúde é indispensável mencionar o Decreto Federal nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 e dispõe sobre a organização do SUS, planejamento da saúde, assistência à saúde e a articulação interfederativa¹¹⁹.

O referido Decreto Federal elenca algumas definições essenciais à compreensão da estrutura e desenvolvimento das ações e serviços de saúde no âmbito do SUS. Assim, nos termos do art. 2º, considera-se:

I - Região de Saúde - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde;

II - Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde - acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde;

III - Portas de Entrada - serviços de atendimento inicial à saúde do usuário no SUS;

Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

¹¹⁷ BRASIL. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1990. Seção 1 - 31/12/1990, Página 25694 (Publicação Original).

¹¹⁸ BRASIL. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1990. Seção 1 - 31/12/1990, Página 25694 (Publicação Original).

¹¹⁹ BRASIL. **Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Seção 1 - 29/6/2011, Página 1 (Publicação Original).

IV - Comissões Intergestores - instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS;
V - Mapa da Saúde - descrição geográfica da distribuição de recursos humanos e de ações e serviços de saúde ofertados pelo SUS e pela iniciativa privada, considerando-se a capacidade instalada existente, os investimentos e o desempenho aferido a partir dos indicadores de saúde do sistema;
VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde;
VII - Serviços Especiais de Acesso Aberto - serviços de saúde específicos para o atendimento da pessoa que, em razão de agravo ou de situação laboral, necessita de atendimento especial; e
VIII - 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 SUS¹²⁰.

Insta salientar, que ditos conceitos definem os caminhos necessários ao estabelecimento da rede regionalizada e hierarquizada das ações e serviços de saúde. Por exemplo, por meio do conceito de “Portas de Entrada” é possível identificar os meios pelos quais o usuário é inserido no SUS e passa a ter acesso às ações e serviços de saúde (art. 9º); os conceitos de Região de Saúde e de Redes de Atenção à Saúde permitem identificar as pactuações existentes os entes federativos, tanto para as transferências de recursos (art.6º), quanto para que seja assegurada ao usuário a continuidade do cuidado em saúde, em todas as modalidades (art.12).

O art. 13 do Dec. nº 7.508/11 estabelece algumas atribuições das quais estão incumbidos os entes federativos, para assegurar ao usuário o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde no SUS, quais sejam:

I - garantir a transparência, a integralidade e a equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde;
II - orientar e ordenar os fluxos das ações e dos serviços de saúde;
III - monitorar o acesso às ações e aos serviços de saúde; e
IV - ofertar regionalmente as ações e os serviços de saúde¹²¹.

Quanto à Assistência à Saúde, estabelece o art. 20 do Decreto que a integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores. Nesse sentido, as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde estão compreendidos na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES (art. 21) que será elaborada pelo

¹²⁰ BRASIL. **Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Seção 1 - 29/6/2011, Página 1 (Publicação Original).

¹²¹ BRASIL. **Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Seção 1 - 29/6/2011, Página 1 (Publicação Original).

Ministério da Saúde (art.22), podendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotar relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em consonância com a RENASES, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo seu financiamento (art. 24).

No que tange a Assistência Farmacêutica, especificamente, tem-se que, de acordo com o art. 28 do Decreto 7.508 de 2011, o acesso universal e igualitário pressupõe:

- I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
 - II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
 - III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
 - IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.
- § 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.
- § 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado¹²².

A Relação Nacional de Medicamentos – RENAME será consolidada e atualizada pelo Ministério da Saúde a cada dois anos e compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS (art. 25) e será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional – FTN que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos medicamentos (art. 25, parágrafo único). Ressalta-se que os Estados, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos (art. 27)¹²³.

A Competência de cada ente federativo para a distribuição de medicamentos não foi delimitada pela Constituição Federal de 1988, nem por Lei ou pelo Decreto 7.508/11. Para estabelecer critérios de repartição de competências, ainda são aplicadas algumas Portarias e Resoluções de órgãos executivos, como o Ministério da Saúde, anteriores à vigência do referido Decreto, a começar pela Portaria GM/MS nº 3.916/98¹²⁴ que dispõe sobre a Política Nacional de Medicamentos, e de acordo com o CONASS:

A equidade no acesso aos medicamentos no SUS tem sido discutida a partir da premissa de que o direito à assistência integral farmacêutica implica a partilha entre os entes federativos das responsabilidades legais do Estado, de propiciar o acesso igualitário e universal aos medicamentos e procedimentos terapêuticos para a assistência integral à saúde dos cidadãos. A necessidade de apontar aos gestores um rumo para a área resultou na formação de um grupo de profissionais que atuavam na mesma, o qual discutiu os principais aspectos relacionados aos medicamentos no país. Foi estabelecida, como resultado dessas discussões, a Política Nacional de Medicamentos (PNM), publicada pela Portaria GM/MS n. 3916, em 1998 (BRASIL, 2002a). Essa

¹²² BRASIL. **Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Seção 1 - 29/6/2011, Página 1 (Publicação Original).

¹²³ BRASIL. **Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Seção 1 - 29/6/2011, Página 1 (Publicação Original).

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Portaria GM/MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. DOFC, Brasília, DF, 10 de novembro de 1998. Seção 1, Página 18, Col. 2.

Política estabelece diretrizes e prioridades que resultaram em importantes avanços na regulamentação sanitária, no gerenciamento de medicamentos e na organização e gestão da Assistência Farmacêutica no SUS¹²⁵.

A PNM ressalta o caráter sistêmico e multidisciplinar da Assistência Farmacêutica tendo como objetivos prioritários a garantia da necessária segurança, da eficácia e da qualidade dos medicamentos, a promoção de seu uso racional e o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais¹²⁶. Além disso, a PNM estabelece algumas diretrizes para que os objetivos propostos sejam alcançados, e de acordo com a Portaria GM/MS n. 3.916, são eles¹²⁷:

- Adoção da Relação de Medicamentos Essenciais;
- Regulamentação sanitária de medicamentos;
- Reorientação da Assistência Farmacêutica;
- Promoção do uso racional de medicamentos;
- Desenvolvimento científico e tecnológico;
- Promoção da produção de medicamentos;
- Garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos;
- Desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

De acordo com o CONASS, “muitas dessas ações foram e estão sendo desenvolvidas na área de Assistência Farmacêutica, com a finalidade de atingir esses e outros objetivos que foram se impondo ao longo dos anos”¹²⁸, além disso, houve grande avanço com relação às responsabilidades estabelecidas pela PNM para cada uma das esferas de governo.

No ano de 2003, com a realização da I Conferência Nacional de Medicamentos, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou a Resolução CNS n. 338 que estabelece a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF). No art. 1º desta Resolução são estabelecidos alguns princípios bases, visto que, o inciso III trata de definir a Assistência Farmacêutica:

III - a Assistência Farmacêutica trata de um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população¹²⁹.

¹²⁵ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A Assistência Farmacêutica no SUS. In: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS**. Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011. p. 11.

¹²⁶ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A Assistência Farmacêutica no SUS. In: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS**. Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011. p. 12.

¹²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Portaria GM/MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. DOFC, Brasília, DF, 10 de novembro de 1998. Seção 1, Página 18, Col. 2.

¹²⁸ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. op. cit., 2011. p. 12.

¹²⁹ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. **Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 de maio de 2004. Seção 1, Página 53.

Além das normas supracitadas, ressalta-se a importância da Portaria GM/MS n. 399, de 22 de fevereiro de 2006 que estabeleceu os Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão e, de acordo com o CONASS:

Mais recentemente, os Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão foram instituídos por meio da Portaria GM/MS n. 399, de 22 de fevereiro de 2006. No Pacto de Gestão, definiu-se que o financiamento referente à Assistência Farmacêutica é de responsabilidade dos três gestores do SUS, devendo agregar a aquisição de medicamentos e insumos e a organização das ações de Assistência Farmacêutica necessárias, de acordo com a organização dos serviços de saúde¹³⁰.

Por fim, a Portaria GM/MS n. 204, de 29 de janeiro de 2007, atualizada pela Portaria GM/MS n. 837/2009, estabelece que os recursos federais serão repassados em blocos de financiamento, sendo o Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica organizado em três componentes: Componente Básico, Componente Estratégico e Componente Especializado. Conforme define o CONASS:

Componente Básico da Assistência Farmacêutica: destina-se à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da Atenção Primária em saúde e àqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, inseridos na rede de cuidados deste nível de atenção.

Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica: financiamento para o custeio dos medicamentos destinados ao tratamento de patologias que, por sua natureza, possuem abordagem terapêutica estabelecida, entre elas a tuberculose; hanseníase; malária; leishmaniose; doença de Chagas; e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; antirretrovirais dos Programas de DST/Aids; hemoderivados; e dos imunobiológicos. Com a publicação da Portaria GM/MS n. 3237/ 2007 (BRASIL, 2007e), relacionada à regulamentação do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, a partir de janeiro de 2008, passam a integrar este componente os medicamentos para os programas de combate ao tabagismo e de alimentação e nutrição. Este componente é financiado pelo Ministério da Saúde, que adquire e distribui os insumos a ele relacionados.

Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: este componente aprimora e substitui o Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional, e tem como principal característica a busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, de agravos cujas abordagens terapêuticas estão estabelecidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), publicados pelo Ministério da Saúde. Estes PCDT estabelecem quais são os medicamentos disponibilizados para o tratamento das patologias contempladas e a instância gestora responsável pelo seu financiamento¹³¹ (grifos nossos).

Apesar de não ser um dos objetivos deste trabalho tratar, especificamente, do financiamento no âmbito do SUS, torna-se relevante a compreensão de que, não obstante a responsabilidade comum das três esferas de gestão do SUS no financiamento da Assistência Farmacêutica, há uma repartição de competências entre os entes federativos no que tange a

¹³⁰ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A Assistência Farmacêutica no SUS. In: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS**. 2011. p. 14.

¹³¹ CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A Assistência Farmacêutica no SUS. In: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS**. 2011. p. 21-22.

aquisição e distribuição de medicamentos à população com vistas a possibilitar estruturação lógica do processo de distribuição garantindo a realização dos principais objetivos da PNM que consistem, no uso racional de medicamentos e na garantia da necessária segurança, da eficácia e da qualidade dos medicamentos.

Diante disso, e do contexto normativo apresentado, considerando o número crescente de demandas relacionadas com direito à saúde levadas ao Poder Judiciário, percebe-se que, a afirmação de que os Poder Executivo e o Poder Legislativo encontram-se inertes ou omissos com relação à efetivação desse direito fundamental, é demasiadamente perigosa.

A intenção aqui não é afirmar que tais políticas públicas são perfeitamente executadas pelos gestores públicos e, muito menos, que atendem integralmente às necessidades dos usuários. O que se pretende ao apresentar as políticas nesse sentido é ressaltar que devem ser analisadas com parcimônia pelo julgador diante do caso concreto, pois resultam de opções políticas de alocação dos recursos financeiros disponíveis das quais, via de regra, o Poder Judiciário não participa.

CAPÍTULO III

3. O DESAFIO DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO

3.1. Considerações Iniciais

Como já dito alhures, o direito à saúde, reconhecido pela Constituição de 1988 como um direito social e, portanto, detentor do *status* de direito fundamental, é direito subjetivo com aplicabilidade imediata exigindo que o Estado envide esforços no sentido de garantir que seja respeitado, protegido e promovido, gerando para seus titulares a pretensão de exigir judicialmente sua efetivação pelo poder público.

Sendo assim, a Carta Magna estabeleceu que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas, visto que, tais políticas públicas são decorrentes de opções políticas dos poderes públicos considerando as necessidades da população e os recursos disponíveis para sua realização prática.

A menção feita anteriormente às principais normas constitucionais e infraconstitucionais, que dispõem sobre o direito à saúde possibilita a compreensão, de maneira geral, da preocupação dos responsáveis por sua concretização em garantir, no âmbito do SUS, a qualidade dos serviços prestados e o acesso igualitário e universal aos seus usuários.

No entanto, o Brasil é um país de extensão continental que guarda desigualdades regionais marcantes e os desafios são inúmeros para que serviços básicos, como água tratada e luz elétrica, cheguem a toda a população. Com a saúde não é diferente. O Sistema Único de Saúde, não obstante o esforço do legislador ordinário em regulamentá-lo e dos gestores públicos em executar as respectivas políticas com eficiência, ainda tem obstáculos a vencer se pretende alcançar integralmente a todos aqueles que dele necessitam.

Consoante o entendimento de George Marmelstein sobre os direitos fundamentais e, para nós, especificamente plausível no que tange o direito à saúde, tem-se que:

São, por isso mesmo, direitos de tal magnitude para a ordem constitucional que sua efetividade não pode depender de decisões políticas dos representantes das maiorias (Legislativo e Executivo), o que justifica maior interferência judicial na busca da concretização máxima dessas normas, mesmo na ausência de uma regulamentação infraconstitucional¹³².

Nesse contexto, considerando que, em muitos casos, os serviços e ações de saúde não atendem efetivamente à maioria da população – seja por dificuldades financeiras, estruturais, legislativas ou administrativas – o Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, deve fiscalizar o cumprimento dos comandos emanados da Constituição Federal. Assim, sendo certo que não cabe ao Poder Judiciário a função de formular políticas públicas, cabe ao mesmo verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário¹³³.

Hodiernamente, verifica-se que um número crescente de pessoas recorre ao Poder Judiciário para que este imponha aos demais Poderes a implementação de ações e serviços relacionados com direito à saúde. Medicamentos e insumos, cirurgias, procedimentos,

¹³² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 311.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 706.

tratamentos, transferências de hospitais, dentre outros. Ora, existe política pública que regulamente a prestação do serviço, mas o SUS tem problemas em sua concretização. Ora determinada demanda carece de regulamentação normativa e o usuário não tem acesso ao serviço de que necessita. Ora o SUS não tem o serviço que o usuário almeja e este se recusa a aceitar aquele equivalente padronizado nas listas oficiais do poder público. Contudo, seja por uma ou por outra razão, o Poder Judiciário é o grande alvo para o qual são direcionados os apelos da população no que se refere à efetivação do direito à saúde.

Quanto às decisões judiciais que determinam o cumprimento de política pública já existente, a exemplo do que afirmam Mendes e Branco:

Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário¹³⁴.

Ocorre que, o Estado-juiz quando está diante de um caso concreto onde se busca a efetivação do direito à saúde, ao proferir uma decisão judicial determinando a realização de serviço não previsto em política pública, ou para o qual a rede pública já possui outro equivalente padronizado, provoca um impacto direto no orçamento disponível para as políticas já programadas, bem como, na sua execução para os outros usuários e deve ser resultado de um juízo de ponderação em que se considerem os porquês das escolhas realizadas pelo poder público e a real necessidade da medida pretendida.

Mendes e Branco consideram que:

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo-se situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política¹³⁵.

De outra banda, afirma Marmelstein que:

Uma das mais intensas discussões dentro do direito constitucional é saber se os direitos fundamentais que emitem comandos prestacionais (deveres de implementação) podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem uma prévia intervenção legislativa. Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura ativa em favor desses direitos) e os princípios da separação de poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas por representantes eleitos do povo e não pelos juízes)¹³⁶.

Continua Marmelstein, apontando o paradoxo percebido por Alexy resultante do conflito entre os referidos princípios:

[...] se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, se eles correm o risco de ser transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 707.

¹³⁵ Id. Ibid., p. 676.

¹³⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 311.

judicial, surge a ameaça de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário¹³⁷.

Este processo, indicado pelo aumento vultoso do número de demandas judiciais onde se pleiteia direito à saúde depende, para sua plena compreensão, do estudo de suas características e distinções com relação a outros fenômenos e de suas consequências.

3.2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial: Distinções

A Constituição Federal de 1988, enquanto instituidora do Estado Democrático de Direito no Brasil, confiou ao Judiciário, em seu art. 5º, inciso XXXV, o poder-dever de solucionar todas as questões que envolvam lesão ou ameaça de lesão do direito, bem como, estabeleceu instrumentos processuais hábeis a compensar a inércia dos demais poderes¹³⁸. Assim, “conferiu autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado”¹³⁹.

Corroborando tal entendimento, afirmam Mendes e Branco que:

O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos [...].

O modelo presente, no entanto, consagra o livre acesso ao Judiciário. Os princípios da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV) têm influência decisiva no processo organizatório da Justiça, especialmente no que concerne às garantias da magistratura e à estruturação independente de órgãos.

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes¹⁴⁰.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a separação dos poderes estabelecida pelo art. 2º da Constituição Federal, segundo o qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹⁴¹ é, na verdade, uma expressão da particularização de atividades no exercício do poder do Estado, que é uno¹⁴².

Afirmam Gaio Júnior e Machado que:

A separação dos Poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade-fim. É da

¹³⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 311.

¹³⁸ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira. Breves reflexões acerca do Poder Judiciário brasileiro frente a demandas sociais pós CF/88. In: **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário**. Coord. Antonio Pereira Gaio Júnior e Márcio Gil Tostes dos Santos. Curitiba: Juruá. 2014. p. 46-47.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 963.

¹⁴⁰ Id. Ibid. p. 963.

¹⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁴² GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira. Breves reflexões acerca do Poder Judiciário brasileiro frente a demandas sociais pós CF/88. 2014. p. 48.

própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade das atividades com a Constituição Federal. Cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (artigo 3º da CF/88)¹⁴³.

Tem-se que, a CF/88 atribuiu ao Poder Judiciário a condição de poder de Estado, e a ampliação da competência e das atribuições desse Poder foi tamanha, que “torna difícil imaginar questões envolvendo interesses públicos ou de natureza privada que não estejam sujeitas à apreciação judicial”¹⁴⁴.

Ao Poder Judiciário, foi atribuída a qualidade de poder político, pois, na medida em que possui a autorização constitucional para interpretar e controlar os atos normativos dos demais poderes passa a emitir comandos normativos de conformação política e social (controle de constitucionalidade). No entanto, como asseveram Gaio Júnior e Machado, a atuação do Poder Judiciário, no que tange suas funções atípicas deve ser subsidiária, ocorrendo, em regra, quando se verificar a inércia dos demais poderes, pois não se pode esquecer que a princípio a jurisdição é inerte, atuando mediante a provocação das partes, a partir da qual irá proferir sua decisão¹⁴⁵.

Diante do panorama apresentado, emerge a questão da possibilidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Fato conhecido é a atribuição típica dos Poderes Executivo e Legislativo para a formulação e execução de políticas públicas. Contudo, a participação ativa do Poder Judiciário é indispensável, enquanto garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e da concretização dos fundamentos e objetivos elencados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988¹⁴⁶.

Ocorre que, na última década, o Supremo Tribunal Federal – e o Judiciário como um todo – tem assumido papel ativo na vida institucional brasileira, decidindo sobre grandes questões nacionais que tem gerado aplauso e crítica, exigindo uma reflexão cuidadosa¹⁴⁷. Há uma demanda crescente da população perante o Poder Judiciário acerca de questões envolvendo a precariedade da atuação dos demais poderes na elaboração e execução de políticas públicas, visto que, em grande número envolvem o direito à saúde.

Desse modo, verifica-se a judicialização de assuntos eminentemente concernentes à esfera política, e em contrapartida, o Poder Judiciário, em seus pronunciamentos, cada vez mais avança e intensifica sua participação na vida política e social. Esse novo contexto vivenciado pela sociedade brasileira apresenta, respectivamente, dois fenômenos: a judicialização da política e o ativismo judicial.

Segundo Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve

¹⁴³ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira. Breves reflexões acerca do Poder Judiciário brasileiro frente a demandas sociais pós CF/88. 2014. p. 48.

¹⁴⁴ Id. Ibid. p. 49.

¹⁴⁵ Id. Ibid. p. 51.

¹⁴⁶ Id. Ibid. p. 53.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 10/11/2014.

uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro ¹⁴⁸.(grifos do autor)

Em síntese, várias matérias foram trazidas para o âmbito de atuação do Poder Judiciário pela constitucionalização das mesmas, isto é, matérias que tradicionalmente seriam atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, ao serem introduzidas na Constituição Federal, passaram a ser direito, passíveis, portanto, de análise pelo Poder Judiciário, ao qual incumbe a guarda da Constituição ¹⁴⁹.

De acordo com Tassinari e Oliveira, a judicialização é uma tendência das sociedades atuais típicas das democracias de massa ¹⁵⁰. Para eles:

Sua manifestação não obedece, diretamente, aos desejos do órgão judicante. Pelo contrário, ela se apresenta como fruto de contingências político-sociais. No âmbito político, fenômenos como o *dirigismo constitucional* e a *inflação legislativa* contribuem para aumentar o espaço de interferência (possível) do Judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo *lato sensu* [...].

Por outro lado, as *razões sociais* para a aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas deve-se ao *aumento da litigiosidade* e de uma peculiaridade [...]. Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no Judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes eram debatidas no âmbito político (Legislativo e Executivo) ¹⁵¹. (grifos do autor)

Sobre esses últimos fatores - as razões sociais - observa-se que, entre os fatores que contribuem para essa perspectiva que vê no Judiciário a figura de um “anjo da guarda”, estão o desprestígio dos agentes públicos e o discurso retumbante sobre a eficácia dos direitos fundamentais ¹⁵². Assim, surpreendidos diariamente por escândalos relacionados à corrupção, aos desvios de verbas milionárias, às obras superfaturadas e intermináveis, os cidadãos partindo das ideias de imparcialidade, justiça, transparência e outras, que permeiam a atuação do Judiciário, vêm no processo um instrumento “honesto” para a melhoria de sua qualidade de vida.

Barroso elenca três causas da judicialização, sendo a primeira delas relacionada à redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988, que possibilitou a recuperação das garantias da magistratura fazendo com que o Judiciário deixasse de ser um departamento técnico especializado assumindo a feição de poder político, capaz de efetivar a Constituição e as leis ¹⁵³. Aumentou, também, a demanda por justiça da sociedade que, com um maior nível de informação e de consciência de direitos, passou a reivindicar seus

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁴⁹ GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira. **Breves reflexões acerca do Poder Judiciário brasileiro frente a demandas sociais pós CF/88**. 2014. p. 56.

¹⁵⁰ TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização da Política e ativismo judicial: Notas para uma necessária diferenciação. In: **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário**. Coord. Antonio Pereira Gaio Júnior e Márcio Gil Tostes dos Santos. Curitiba: Juruá. 2014. p. 77.

¹⁵¹ Id. Ibid. p. 77.

¹⁵² Id. Ibid. p. 77.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

interesses perante juízes e tribunais, ressaltando-se nesse contexto, a expansão institucional do Ministério Público e a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do país¹⁵⁴.

A segunda causa, segundo ele, foi a constitucionalização abrangente, trouxe para a Constituição várias matérias que antes eram disciplinadas pelo processo político majoritário e pela legislação ordinária¹⁵⁵. As implicações deste fenômeno para a judicialização consistem justamente no fato de que, ao transformar Política em Direito (constitucionalizar), nasce, potencialmente, uma pretensão jurídica que pode ser formulada sob a forma de ação judicial¹⁵⁶. Um exemplo claro deste fato é o direito à saúde, pois quando a Constituição afirmou que a saúde é um direito social (art. 6º, caput) de todos e dever do Estado (art. 196), passou a ser possível exigir, judicialmente, o cumprimento desse direito.

O processo justo visto sob “o enfoque do acesso à justiça”¹⁵⁷, enquanto garantia fundamental, torna-se o meio principal de efetivação dos direitos sociais, antes relegados ao exílio programático. Conforme afirmam Cappelletti e Garth:

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas – e, em parte, já o foram – no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo¹⁵⁸.

Por fim, a terceira causa relaciona-se com o sistema brasileiro de controle de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo, condensando as características dos sistemas americano e europeu, adotando o controle difuso e o concentrado¹⁵⁹, com destaque para os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

De outro modo, para Barroso, o ativismo judicial relaciona-se com uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos outros dois Poderes¹⁶⁰.

Diferentemente da Judicialização, o ativismo está ligado à vontade do julgador, enquanto intérprete, no momento da concreção do direito¹⁶¹. Assim, afirmam Tassinari e Oliveira que:

Veja-se, portanto, as inter-relações que se formam a partir da leitura apresentada por Garapon: *escolha, desejos e poder* são elementos que se conjugam em torno de um único fenômeno – o ativismo judicial. Nesta linha, a argumentação apresentada pelo autor aproxima-se daquilo que foi referido por Kelsen como próprio da aplicação do direito por um órgão

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁵⁷ CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1988. P. 68.

¹⁵⁸ Id. Ibid. p. 67.

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁶¹ TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização da Política e ativismo judicial: Notas para uma necessária diferenciação**. 2014. p. 88.

judiciário. Ou seja, no fundo, o que se percebe, na contemporaneidade e no mundo todo, é uma tendência de, conscientemente ou não, recuperar a proposta do jurista austríaco sob o que se poderia chamar de um *novo rótulo*, o do ativismo judicial ¹⁶². (grifos do autor)

Salienta Barroso, que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas e dentre elas, a aplicação direta da Constituição, independentemente de manifestação do legislador, a situações não contempladas em seu texto, declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislativo e a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público¹⁶³.

Segundo o referido autor:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade¹⁶⁴.

Nesse diapasão, acerca das limitações impostas aos juízes em sua atividade criativa, ressalta Mauro Cappelletti que:

Não se deve esquecer, ainda, o fato fundamental de que a criatividade judiciária, ou a sua acentuação, foi em larga medida consequência do enorme crescimento dos próprios ramos políticos, e da necessidade, daí decorrente, de não deixá-los sem controle efetivo. Por isso, também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que desenvolva maior ‘competência institucional’, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe estão impondo, processo este que, como vimos, já está em curso na realidade. Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre os órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos do outro. E depois não está inteiramente demonstrado que todas essas diferenças representem verdadeiramente uma debilidade de tais órgãos. A ‘impotência’ relativa dos tribunais ‘de executarem a sua vontade’, por exemplo, é vista por alguns como ‘uma fonte de força’, antes que de fraqueza, pois induz os juízes a ‘comandar convencendo, em vez de constringendo’¹⁶⁵.

¹⁶² TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização da Política e ativismo judicial: Notas para uma necessária diferenciação. 2014. p. 89.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Olivera. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 89-90.

Realizadas as distinções entre judicialização e ativismo judicial cumpre salientar sobre o direito à saúde que, apesar do fenômeno conhecido como judicialização da saúde, também está presente o ativismo judicial, na maioria dos pronunciamentos do Poder Judiciário. Nesse ínterim, é notória a judicialização excessiva do direito à saúde que vem ocorrendo no Brasil na última década, e o Judiciário, perante a falta de efetividade dada às políticas públicas nesse sentido, cada vez mais adota a postura ativista referida acima, impondo condutas e abstenções ao poder público¹⁶⁶.

Um dos grandes gargalos do Poder Judiciário - se não o maior - em termos de judicialização da saúde, é o fornecimento de medicamentos.

Assim, o fundamento de todo controle jurisdicional em matéria de fornecimento de medicamentos deve ser uma norma fruto de deliberação democrática, pois se uma política pública está estabelecida na Constituição de forma específica ou em leis válidas, o magistrado poderá, naturalmente, exercer o controle jurisdicional sobre ela¹⁶⁷. Contudo, não é só isso. Trata-se da relação entre princípios e normas constitucionais fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana e a saúde que comportam uma multiplicidade de sentidos, que podem ser concretizados por meio de diferentes atos e, a extração de deveres jurídicos a partir de normas desta natureza, deve ocorrer em casos de omissão dos Poderes Públicos, de ação contrária à Constituição ou de inobservância do mínimo existencial, pois caso contrário, a atividade judicial deve guardar parcimônia e respeitar as opções legislativas e administrativas formuladas pelos órgãos institucionais competentes¹⁶⁸.

Afinal, apesar das falhas atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo, não se pode esquecer que são representantes da vontade popular majoritária, eleitos de maneira democrática. O que justifica a atuação do Judiciário, no sentido de controlar e até invalidar as decisões dos demais Poderes é, por um lado, o fato de que a própria Constituição lhe conferiu esse poder e, por outro, a lógica de que a Constituição tem o papel de proteger valores e direitos fundamentais ainda que não majoritários. Desse modo, o Judiciário – notadamente, o STF – enquanto intérprete da Constituição tem o dever de velar pela democracia e pelos direitos fundamentais¹⁶⁹.

Nota-se que, a escolha da via judicial para efetivação do direito à saúde, pode se dar pela pressão para a incorporação do medicamento ao SUS ou pela ausência/deficiência da prestação estatal na rede de serviços públicos e a resposta do Poder Judiciário a essas demandas *in concreto*, em geral, tem se limitado a determinar que os gestores de saúde cumpram a prestação requerida com respaldo em prescrição médica individual, porém nem sempre o insumo ou procedimento consta nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos pelas instâncias do SUS, ou está incluído nas listas oficiais de medicamentos (RENAME, REMUME)¹⁷⁰.

Conforme já referido no Capítulo anterior, as listas oficiais são elaboradas no intuito proporcionar maior segurança e organização na prescrição medicamentosa no âmbito do SUS, pois tem por base estudos detalhados sobre sua real eficácia, aplicação terapêutica e efeitos colaterais, proporcionando maior segurança ao usuário e ao médico prescritor da rede

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 103.

¹⁶⁸ Id. Ibid. p. 103-104.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

¹⁷⁰ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. In: *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 09/10/2014.

pública, bem como, permite ao gestor organizar seu orçamento para que não haja faltas no abastecimento dos postos de distribuição.

Entretanto, observa-se na prática que, em muitos casos, o medicamento não consta propositalmente nas listas oficiais, pois sua eficácia não é comprovada, tem alto custo para os cofres públicos, é oriundo de receituário da rede privada, o usuário nem sequer está inserido na Rede de Atenção à Saúde e, ainda assim, uma decisão judicial impõe ao gestor público a compra do medicamento exclusivamente para aquela demanda individual, isso quando não “sequestra” diretamente o valor dos cofres públicos concedendo liminar *inaudita altera pars*.

Conforme aponta Barroso, tem-se que:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão¹⁷¹.

Aponta o autor, ainda, uma crítica técnica, que se apoia na percepção de que o Judiciário não teria o conhecimento técnico necessário para instituir políticas de saúde, pois não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida, sendo um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, e não a macro-justiça, visto que, cabe à Administração Pública gerenciá-la¹⁷².

3.3. Reserva do Possível versus Mínimo Existencial: Doutrina e Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Destarte, feitas as considerações sobre a judicialização e o ativismo judicial e sobre como ambos se manifestam no contexto do direito fundamental à saúde, cumpre tratar agora das principais teorias que permeiam as discussões acerca do tema no espaço do Supremo Tribunal Federal: a reserva do possível e o mínimo existencial.

Como aludido anteriormente, os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, são direitos a prestações positivas do Estado no sentido de que este deve garantir e proporcionar meios à sua satisfação. Contudo, tais direitos representam custos que implicam em escolhas alocativas pelo Poder Público que depende dos recursos financeiros – finitos – disponíveis para tanto.

Afirmam Cass Sustein e Stephen Holmes em sua teoria sobre o custos dos direitos que:

“Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 106.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2008. p. 106.

negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every rights implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law. A cease-and-desist order handed down by a judge whose injunctions are regularly obeyed is a good example of government “intrusion” for the sake of individual liberty. But government is involved at an even more fundamental level when legislatures and courts define the rights such judges protect. Even thou-shalt-not, to whomever it is addressed, implies both an affirmative grant of right by state and a legitimate request for assistance to an agent of the state¹⁷³.

De acordo com, Wang:

Alguns teóricos entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, da cobertura financeira e orçamentária – e que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais. Este limite fático é expresso em alguns trabalhos e decisões jurisprudenciais pelo termo ‘reserva do possível’¹⁷⁴.

Nesse sentido, o postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, pois, no caso *Numerus Clausus* das Vagas em Universidades, foi decidido que não é dever do Estado custear serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente deve o Poder Público demonstrar que envidou esforços no sentido dar a maior eficácia possível ao direito social, considerando os recursos disponíveis¹⁷⁵.

Em síntese, sobre a máxima da reserva do possível, Marmelstein afirma que:

[...]os direitos à prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Poder Judiciário, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem fique dentro do financeiramente possível. Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade¹⁷⁶.

¹⁷³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999. p. 43-44.

¹⁷⁴ WANG, DWL. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. Monografia (Conclusão do Curso) – Curso da Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006. p. 4.

¹⁷⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 318.

¹⁷⁶ Id. Ibid. p. 320.

Insta destacar o voto relator, Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 436.996-6/SP, transcrito para o Informativo n. 520 do STF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política¹⁷⁷.

No entanto, adverte o Ministro que:

[...] a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade¹⁷⁸.

Conclui-se, por conseguinte, que o argumento da reserva do possível deve ser sempre encarado com cautela pelo julgador, pois não basta ao Poder Público alegá-la, ele tem o ônus de prová-la, pois a mesma não pode servir de obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais.

De outro modo, é cediço que, considerando as limitações orçamentárias do Poder Público, o direito à saúde de maneira de especial é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, e para tanto deve ser garantido um “mínimo existencial” aos cidadãos¹⁷⁹.

Como afirma Marmelstein:

[...] entende-se que o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos condições mínimas para uma existência digna. É a chamada ‘**teoria do mínimo existencial**’.

De acordo com essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Se a pretensão estiver fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal¹⁸⁰.

Entretanto, a referida teoria não nos parece compatibilizar-se com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro consagrado pela Constituição de 1988. A partir de uma análise global dos próprios direitos fundamentais e das garantias a eles inerentes pode-se

¹⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo n. 520**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2014.

¹⁷⁸ Id. Ibid.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 668.

¹⁸⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 314.

concluir que a Carta Magna almejou eficácia máxima para todos eles, com diretrizes que apontam para uma proteção cada vez ampla, impondo, v.g., no caso da saúde, o acesso universal e a integralidade do cuidado¹⁸¹. Sendo assim, cabe ao intérprete realizar uma interpretação máxima desse “mínimo existencial” possibilitando ampliar cada vez mais esse núcleo essencial.

O Supremo Tribunal Federal tem desenvolvido os contornos do direito de proteção à saúde em suas decisões. Nesse ínterim, apontam Mendes e Branco que no julgamento do RE 195.192-3/RS, a 2ª Turma consignou o entendimento de que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios¹⁸² e segue a ementa do acórdão abaixo:

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios¹⁸³.

Por outro lado, no RE 342413/PR, onde o impetrante requer medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, a Ministra Ellen Gracie entendeu que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”.

No contexto da ADPF 45/DF, impetrada com pedido de liminar pelo Partido da Social Democracia, o Ministro Celso de Mello faz uma análise da “reserva do possível”, trazendo ponderações acerca da limitação de recursos e dos custos dos direitos afirmando em certo ponto que.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência¹⁸⁴.

Algumas considerações inovadoras foram trazidas pela ADPF 45/DF se comparada a outras decisões do STF, pois ficou clara a possibilidade de controle judicial das políticas públicas como meio de garantir a efetividade dos direitos sociais. No entanto, foi julgada prejudicada por perda de objeto e não foi possível traçar critérios práticos específicos que sirvam de parâmetro para a Administração Pública, os magistrados e os próprios cidadãos¹⁸⁵.

Nesse ínterim, assume destaque a Audiência Pública nº 4 sobre a saúde realizada entre os dias 29 de abril e 4 a 7 de maio de 2009 convocada pela Presidência do STF para promover a participação social por meio de depoimentos de autoridades e especialistas em

¹⁸¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2013, p. 315.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. op. cit., p. 709.

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 709.

¹⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004.

¹⁸⁵ WANG, DWL. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. p. 19.

saúde e Sistema Único de Saúde, com o objetivo específico de esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões sobre saúde¹⁸⁶.

Dentre os argumentos que se destacaram, no desenrolar da audiência cumpre mencionar relacionados aos próprios princípios institucionais do SUS. Conforme salientam Machado e Dain, tem-se que:

A ideia de equidade foi também um argumento recorrente na fala dos oradores ao se referirem ao texto constitucional, sobretudo associando-a à noção de cidadania. Para alguns oradores, a judicialização da saúde gera dois tipos de cidadãos, os com liminar e os cidadãos que devem se submeter aos trâmites burocráticos e às filas do SUS. Outra perspectiva, mais pragmática, aponta para os resultados que as liminares têm tido, salvando vidas e garantindo o direito à vida também àqueles com doenças raras. Uma terceira interpretação da equidade defende que apenas os mais pobres teriam o direito de ingressar com ações na justiça, visando evitar que os mais favorecidos tenham acesso privilegiado "via liminar"¹⁸⁷.

Sobre o princípio da universalidade, destacam os autores que este:

[...] por sua vez, apareceu com mais frequência associado ao argumento do custo do tratamento e da segurança dos pacientes. O primeiro caso é mais evidente e aparece como o argumento mais frequente nesta audiência. Trata-se aqui de um típico exemplo de utilização do "lugar da quantidade", ou seja, o argumento enfatiza que um sistema que garante medicamentos caros para poucos à custa da exclusão de muitos não poderia ser considerado universal; argumento que, embora recorrente, poucas vezes foi rebatido. Em uma dessas ocasiões, uma procuradora do Distrito Federal apresentou a relação de gasto com medicamentos e com publicidade pelo governo do Distrito Federal, enfatizando a existência de um grande descompasso entre a definição de prioridades nesse governo¹⁸⁸.

Na referida AP, ficou claro que as omissões e falhas na implementação do sistema como um todo não podem ser resolvidos por uma atuação isolada do Judiciário, sendo necessária uma sintonia entre os entes, tendo a Constituição incorporado o princípio da lealdade federal na execução de tarefas comuns entre os entes federativos¹⁸⁹.

Para Mendes e Branco:

Na Audiência, o quadro atualmente revelado foi o de uma crescente transferência aos Municípios, dos deveres e responsabilidades que antes eram principalmente atribuídas aos Estados e à União, o que aponta para uma necessidade de reavaliação de dessa questão, do ponto de vista institucional¹⁹⁰.

Considerando os resultados coletados na Audiência Pública nº 4 e o elevado número e ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p. 713.

¹⁸⁷ MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. **A Audiência Pública da Saúde: Questões para a gestão de saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000400006> Acesso em: 20/10/2014.

¹⁸⁸ Id. Ibid.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, op. cit., p. 713-714.

¹⁹⁰ Id. Ibid. p. 714.

impacto dos dispêndios decorrentes de decisões judiciais sobre os orçamentos públicos, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010 instituiu o “Fórum Nacional do Judiciário”¹⁹¹ para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde.

Norteados pela Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010¹⁹², com o escopo de realizar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento do procedimento, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos, o Fórum supramencionado constitui medida memorável rumo à redução da judicialização excessiva do direito à saúde estimulando a adoção de medidas que visem melhor subsidiar os magistrados a fim de assegurar maior eficiência na solução das demandas envolvendo direito à saúde¹⁹³.

Na Primeira Jornada do Fórum Nacional da Saúde foram aprovados alguns enunciados que têm como característica marcante a tentativa de orientar os magistrados nas decisões sobre direito à saúde e de estreitar a comunicação entre estes e os gestores públicos¹⁹⁴.

Ainda com base na Audiência Pública da Saúde, o Supremo Tribunal Federal no Julgamento da STA 175 traçou alguns critérios que podem fornecer balizas mais seguras para interpretação e aplicação do direito à saúde¹⁹⁵, ponderando esquematicamente sobre as hipóteses diante das quais o julgador geralmente se posiciona ao realizar o controle de políticas.

Por todo o exposto, torna-se evidente que, a judicialização em desafio a ser encarado pelos Três Poderes de acordos com suas respectivas atribuições, típicas ou atípicas e que grandes passos já foram de um e outro lado no sentido de garantir a efetividade do direito à saúde.

¹⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. Brasília, DF.

¹⁹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das judiciais envolvendo a assistência à saúde. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Brasília, DF.

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. p.714.

¹⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito à Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude>>. Acesso em: 10/07/2014.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. op. cit., p. 715.

CONCLUSÃO

Como visto, no primeiro capítulo enfrentou-se a problemática dos direitos fundamentais sociais e da força normativa a eles atribuída pela Constituição de 1988, assim como a importância da garantia da efetividade de tais direitos para a melhoria da qualidade de vida da população e para o desenvolvimento do país.

Já no segundo, foram analisados aspectos da exigibilidade dos direitos sociais, suas dimensões - subjetiva e objetiva - e os deveres de respeito, proteção e promoção que direcionam a atuação do Estado no sentido de garantir a realização concreta dos direitos a prestações. Além disso, foram apresentados alguns conceitos do termo “políticas públicas” e apresentadas as principais políticas públicas que regulamentam o direito à saúde no Brasil, expondo os principais aspectos institucionais da organização do SUS e da elaboração e execução das ações e serviços de saúde.

Por conseguinte, no terceiro capítulo o fenômeno da judicialização da saúde foi analisado sob o prisma constitucional que direciona a atuação do Poder Judiciário no exercício de suas funções típicas e atípicas, no controle jurisdicional de políticas públicas. A questão dos custos que envolvem a concretização do direito à saúde, foi avaliada por uma análise dialética das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível. Ademais, foi realizada a devida distinção entre os termos judicialização e ativismo judicial, constatando-se que ambos estão presentes no que se refere às demandas judiciais de direito à saúde.

Nesse sentido, chega-se à conclusão de que os direitos sociais são direitos fundamentais que devem ser respeitados, protegidos e promovidos pelo Estado, sendo direitos subjetivos que garantem a seus titulares a pretensão de exigibilidade de sua realização por meio de ação perante o Poder Judiciário.

Conclui-se no que tange à judicialização do direito à saúde, que é dever institucional do Poder Judiciário realizar o controle de políticas, no entanto, na apreciação de demandas que envolvam direito à saúde o julgador deve estar atento às especificidades das políticas públicas elaboradas pelos poderes políticos, pois as mesmas resultam de escolhas alocativas dos recursos públicos realizadas pelos gestores públicos.

Torna-se evidente, que a atuação ativista do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde tem um lado positivo, pois garante que frente a omissões ou insuficiências dos demais Poderes a concretização de tal direitos não seja prejudicada. No entanto, assume feição negativa quando o Judiciário vai de encontro às políticas já estabelecidas em prol de medidas vedadas ou para as quais ainda não há segurança ou eficácia comprovada, contrariando escolhas políticas advindas de um processo democrático de discussão.

Por fim, apesar de seus contornos ainda estarem em processo de formulação, a realização do direito à saúde deve envolver esforços dos Três Poderes e de todos os entes federativos, pois a sua efetividade é uma das bases para a realização da dignidade da pessoa humana segundo os fins do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. **Dicionário de Políticas Públicas**. Org. Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Antonio Eduardo de Noronha Amabile. Universidade do Estado de Minas Gerais- Campus Belo Horizonte, Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves. Barbacena: Eduemg, p. 390-391, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Jurídica UNIJUS. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 89-114, Nov. 2008

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 24/11/2014.

BATISTA, Karla da Silva Costa. **Dicionário de Políticas Públicas**. Org. Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Antonio Eduardo de Noronha Amabile. Universidade do Estado de Minas Gerais- Campus Belo Horizonte, Faculdade de Políticas Públicas Tancredo Neves. Barbacena: Eduemg, p. 137-139, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Seção 1 - 20/9/1990, Página 18055 (Publicação Original).

_____. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1990. Seção 1 - 31/12/1990, Página 25694 (Publicação Original).

_____. Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de junho de 2011. Seção 1 - 29/6/2011, Página 1 (Publicação Original).

BRAVO, Maria Inês Souza. **Política de Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-5.pdf>. Acesso em: 10/08/2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito dos Pobres no Activismo Judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, p. 33-35, 2010.

CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1988.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Olivera. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, DF.

_____. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, DF.

_____. **Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito à Saúde.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude>>. Acesso em: 10/07/2014.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 20 de maio de 2004. Seção 1, Página 53.

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde. In: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS.** Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011.

_____. A Assistência Farmacêutica no SUS. In: SANTOS, René (Coord.). **Coleção para entender o SUS.** Brasília: CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. **Dimensão Social do Processo, direito e desenvolvimento.** Revista da Faculdade de Direito de Valença. Juiz de Fora: Editar, p. 171-178, 2012.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; MACHADO, Fernanda Gomes Ladeira. Breves reflexões acerca do Poder Judiciário brasileiro frente a demandas sociais pós CF/88. In: **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário.** Coord. Antonio Pereira Gaio Júnior e Márcio Gil Tostes dos Santos. Curitiba: Juruá, p. 45-70, 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton, 1999.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. **A Audiência Pública da Saúde: Questões para a gestão de saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000400006> Acesso em: 20/10/2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. Portaria GM/MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. DOFC, Brasília, DF, 10 nov. 1998. Seção 1, Página 18, Col. 2.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. 2010. Artigo – (Especialista em Orçamento Público) - Especialização em Orçamento Público, Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo n. 520**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo520.htm>>. Acesso em: 20 de outubro de 2014.

_____. **Informativo n. 345**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 21 de outubro de 2014.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da Saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. In: Physis: Revista de Saúde Coletiva. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext>. Acesso em: 09/10/2014.

WANG, DWL. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. Monografia (Conclusão do Curso) – Curso da Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006.

TASSINARI, Clarissa; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização da Política e ativismo judicial: Notas para uma necessária diferenciação. *In: Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário*. Coord. Antonio Pereira Gaio Júnior e Márcio Gil Tostes dos Santos. Curitiba: Juruá, p. 71-92, 2014.