



Fundação Educacional do Município de Assis  
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis  
Campus "José Santilli Sobrinho"

LAYLA COELHO DALOSSI AMARAL

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: SENSOS E CONTRASSENSE NA  
GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE**

Assis/SP

2013

**LAYLA COELHO DALOSSI AMARAL**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: SENSOS E CONTRASSENSE NA  
GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito  
do Curso de Graduação.**

**Orientador: Ms. Sérgio Augusto Frederico**

**Área de Concentração: Direito à saúde**

**Assis/SP**

**2013**

## FICHA CATALOGRÁFICA

AMARAL, Layla Coelho Dalossi.

Judicialização da Saúde: sentidos e contrasentidos na garantia do direito à saúde Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2013.

102 p.

Orientador: Sergio Augusto Frederico

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Judicialização da saúde. 2. Direito à saúde.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: SENSOS E CONTRASSENSO NA  
GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE**

**LAYLA COELHO DALOSSI AMARAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Instituto Municipal de  
Ensino Superior de Assis, como requisito  
do Curso de Graduação analisado pela  
seguinte comissão examinadora:**

**Orientador:** Ms. Sérgio Augusto Frederico

**Analisador (a):** \_\_\_\_\_

**Assis/SP  
2013**

## DEDICATÓRIA

Assim como cada passo que dou, ou possa vir a dar; em qualquer direção que seja, dedico, também, este trabalho ao meu marido e meus três filhos. Razão de tudo que faço, penso e sinto, hoje e sempre

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Sérgio Augusto Frederico pela orientação desse trabalho, e principalmente pelo constante incentivo, por todas as vezes que me lembrou que eu seria capaz, e, através disso pode me ajudar a perseverar nessa trajetória, chegando até aqui.

Aos demais Professores, todos, sem exceção, contribuíram para a construção desse conhecimento e da solidificação das minhas convicções, o reconhecimento de que estarão sempre presente em nossas práticas e serão sempre nossos paradigmas.

Aos meus amigos, que nem em sonho poderia citar nomes, pois são tantos que contribuíram comigo ao longo dessa trajetória, cada uma a sua maneira: alguns me inspirando, a outros queria muito poder apresentar respostas, uns compartilhando saberes e idéias, outros estimulando, dando força, outros contribuíram de fato me enviando materiais, lembrando das minhas escolhas e propostas, àqueles que tiveram seus filhos junto dos meus enquanto escrevia, lia e pesquisava, e, outros ainda, me trazendo a alegria do descanso compartilhando momentos de descontração.

Aos meus familiares, sempre especiais meus três filhos; por eles tento fazer diferente; quero sempre muito mais de tudo. Além das vezes que quiseram me ajudar fazendo ditados dos textos que digitava, ou desenhando nas folhas que lia, deixando tudo mais alegre. Meu marido, meu parceiro, companheiro de sempre que por tantas vezes esteve sentado ao meu lado enquanto escrevia para que não estivesse sozinha. Aos meus pais e minha tia que sempre que puderam estiveram comigo ajudando com as crianças para que eu pudesse completar mais essa tarefa.

São vocês, todos, parte do que sou e serei.

*É função de todo profissional ligado a área da saúde contribuir para o debate sobre formas possíveis de organização social e estatal que possibilitem a garantia do direito à saúde.*

Sueli Gandolfi Dallari

## RESUMO

É fato que denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais de toda sorte, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos e além das possibilidades orçamentárias.

Frente tal circunstância, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, ainda, entre direitos individuais e bens coletivos.

Através de revisão da literatura disponível sobre o tema, o presente trabalho pretende discutir o que há de consenso e o que há de conflito entre os atores sociais envolvidos em tão complexa problemática, buscou-se identificar os principais pontos de tensão para por fim poder considerar quais desafios poderão ser assumidos pelos gestores públicos e pelo próprio Poder Judiciário para efetivação de tão importante direito social e fundamental; o direito a vida e a saúde.

**PALAVRAS CHAVE:** Judicialização da Saúde; Direito à Saúde.



## **ABSTRACT**

It is a fact that the problem called “judicialization of health rights has gained a big theoretical and practical importance, which involves not only the law professionals, but also the public managers, the professionals of the health area, and society in general. In on the one hand, the operation of Judiciary is necessary to the effective exercise of citizenship, on the other hand, the judiciary decisions mean a point of tension between the manufacturer/developers and the executors of public politics, whose are compressed to guarantee/insure the social rights benefits, in most times against the politic established for the governments and beyond of the budgetary possibilities.

Within this circumstance, real problems should be solved by analyzing all the perspectives that the issue of social rights involves. Weighting judgments are unavoidable in this context full of complex relations among conflicting principles and policy guidelines, or even between individual rights and collective assets.

Through the revision of literature available about the topic, this present work intends to discuss consents and conflicts between the social actors involved in this complex problem. It aimed to identify the main points of tension to finally be able to consider what challenges may be made by public managers and by the Judiciary Power itself, in order to become effective such an important and fundamental social right; the right to life and health.

**KEY WORDS:** Judicialization of Health Rights, Right to Health.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	11
2. CONTEXTUALIZAÇÃO E DEFINIÇÕES .....	13
<b>2.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2.PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>15</b>
2.2.1. Classificação dos Direito Fundamentais .....	17
2.2.2. Dos Direitos Individuais e Coletivos .....	18
2.2.2.1. Direito à Vida.....	19
<b>2.3. DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>21</b>
<b>2.4. DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>22</b>
2.4.1. A reforma Sanitária: Breve histórico da Saúde como Direito no Brasil. ....	25
2.4.2 A Vida e a Saúde como Direitos Fundamentais .....	29
2.4.3 Imprecisões no Conceito de Saúde e a Polissemia do Termo: Direito .....	34
<b>2.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM ESPECIAL ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>38</b>
3. O SUS COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE E A INTEGRALIDADE NA ASSISTÊNCIA .....	43
<b>3.1. LEI 8.090/90: LEI ORGÊNICA DA SAÚDE E DECRETO 7.508/11 COMO SEU REGULAMENTO .....</b>	<b>44</b>
<b>3.2. PRINCÍPIOS DO SUS: NOÇÕES DE ORGANIZAÇÃO E ASSITÊNCIA</b>	<b>47</b>
3.2.1 Instrumentos de Operacionalização e Gestão do SUS. ....	49
3.2.2 Financiamento do SUS e Emenda Constitucional 29/00 e a Lei Complementar 141/12.....	51

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE .....	54
<b>4.1 Conceituação e panorama geral .....</b>	<b>54</b>
<b>4.2 Breves Considerações aos Principais Contrapontos à Judicialização da Saúde .....</b>	<b>60</b>
4.2.1 Interferência dos Mandamentos Judiciais no Planejamento da Aplicação de Recursos.....	61
4.2.2 O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível .....	63
4.2.3 A tripartição dos Poderes e a Interferência do Poder Judiciário na Gestão do SUS .....	68
<b>4.2.4 Demandas Judiciais: Direito Individual x Direito Coletivo.....</b>	<b>72</b>
<b>4.3 O Papel das Políticas Públicas na Efetivação dos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>75</b>
<b>4.4 Desafios a Judicialização da Saúde .....</b>	<b>79</b>
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
BIBLIOGRAFIA.....	Erro! Indicador não definido.
ANEXO .....	99

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Constituição Federal adquiriu verdadeira força normativa e efetiva, no que diz respeito à manutenção e promoção dos direitos constitucionalmente assegurados, em deferência aos direitos sociais em particular, que acabam por assumir um caráter de direitos subjetivos em sentido pleno, fazendo com que o Poder Judiciário, valendo-se de suas decisões, busque realização da promessa constitucional de prestação universalizada dos direitos sociais por força de lei.

Esse fenômeno tem sido chamado, pelos operadores do direito, de “judicialização”, e no caso específico do direito a saúde, como se pretende abordar neste estudo, restringindo o termo, propriamente dito: “judicialização da saúde”.

Os impactos da judicialização de causas relacionadas à saúde, na gestão pública enquanto sistema, e a garantia deste direito, como princípio constitucional, tem sido alvo de estudos e trabalhos, objetivando o número crescente de demandas judiciais que, frequentemente, golpeiam a gestão e o planejamento das políticas públicas na área.

Diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto jurídica, manifestam-se acerca das decisões judiciais que versam sobre políticas públicas já existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS. Todavia, o que se observa são as crescentes demandas e decisões, que nem sempre retratam a realidade nacional, ou sequer garantem o acesso efetivo à saúde.

A perspectiva da “judicialização da saúde” revela-se em razão da ocorrência de uma verdadeira avalanche de lides que causam muita repercussão e polêmica, abarcando uma tensão entre, de um lado, o papel do Poder Executivo para desenhar e por em marcha políticas públicas para acesso à saúde e, de outro lado, os deveres – e limites- do Judiciário para fazer valer o direito quase sempre

individualmente, prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país.

Pensam alguns especialistas que as decisões pelas vias judiciais apenas estariam acobertando falhas na gestão e garantindo acesso a reivindicações pontuais, quando, entretanto, deveriam estar garantindo políticas públicas que contemplem a coletividade, e não apenas resolvam problemas focais, frutos da gestão desarticulada e descomprometida com a saúde da coletividade, e que a curto prazo podem resultar numa transferência tamanha de responsabilidade, que as filas nas unidades de saúde estariam sendo transferidas para as portas do judiciário, favorecendo a completa desestruturação do sistema de saúde.

## 2. CONTEXTUALIZAÇÃO E DEFINIÇÕES

### 2.1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar qualquer análise no âmbito dos direitos fundamentais cabe refletir sobre o papel desempenhado por estes no Estado Constitucional, visto terem uma íntima vinculação com o Estado Democrático de Direito (Sarlet, 2009), já que, como diz Moraes (2009), na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder, estão indissolivelmente combinados.

Assim, entende-se que os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma do Estado Constitucional, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional,

constituindo-se nesse sentido não apenas parte da constituição formal, mas também o elemento nuclear da Constituição material, consagrando definitivamente, dessa maneira a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado, Direito e Direitos Fundamentais (SARLET, 2009, p. 58).

Importante reconhecer para além da função limitativa de poder Estatal, os direitos fundamentais dão razão de ser ao Estado já que este se justifica “*por e pela realização dos direitos do homem, e, que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos*” (SARLET, 2009, p.59)

Moraes (2009) destaca que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente relacionado à edição de *Declarações de Direitos do Homem* e cita Canotilho ao dizer que os direitos fundamentais militam em dupla função ao constituírem normas de competência negativa (plano jurídico objetivo) ao proibirem o

poder público de produzir ingerência na esfera jurídica individual, além de implicarem um plano jurídico subjetivo, tendo em vista o poder de exercer individualmente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões do poder público de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Afirma Cavalcante Filho (2010), que o constitucionalismo, como movimento de limitação dos poderes estatais, está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais, e mesmo que atualmente, o movimento constitucionalista passou a lutar por vários outros objetivos (democracia efetiva, desenvolvimento econômico e ambiental etc.) não perdendo de vista a defesa dos direitos fundamentais, que continua sendo uma de suas matérias básicas.

Sarlet (2009) ressalta a ligação estreita dos Direitos Fundamentais com o princípio do Estado Social consagrado pela nossa Constituição, fazendo uma relação entre esses direitos, ditos então como direitos fundamentais sociais, pois

constituem exigência inarredável do exercício efetivo de direitos e garantias da igualdade de chances (oportunidades) inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material” (SARLET, 2009, p.62).

Conclui-se que esta íntima vinculação do Estado Democrático de Direito, da Constituição e dos Direitos Fundamentais (concretizado no princípio da dignidade humana, bem como dos valores de liberdade, igualdade e justiça) constituem a existência do Estado Democrático e Social.

Sobre a posição ocupada pelos Direitos Fundamentais na Constituição pátria, Sarlet (2009) considera já em primeiro plano seu processo de elaboração fazendo referência à sua umbilical vinculação com as circunstâncias de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar, optando-se por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes de fortes

pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte. (p. 63-65).

Em tempo, Cavalcante Filho (2010) define os direitos fundamentais como

*os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica. (CAVALCANTE FILHO, 2010, p.6)*

Resta dizer já preliminarmente que a natureza jurídica desses direitos, segundo Moraes (2009) é de direitos constitucionais na medida que se inserem no texto da Constituição, porém sua eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu enunciado, uma vez que podem depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais.

## 2.2.PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É preciso estudar quais os fundamentos dos direitos fundamentais, ou seja, quais os princípios jurídicos básicos que justificam logicamente a existência dos direitos fundamentais; onde podemos apontar, basicamente, dois princípios que servem de esteio lógico à idéia de Direitos Fundamentais: o Estado de Direito e a dignidade humana. Sendo este último mais afeto aos objetivos deste trabalho, nosso foco, recai, desta forma, sobre ele.

O principio da Dignidade da Pessoa Humana, encontra, assim como o direito à vida, alguns obstáculos no campo conceitual, permitindo diversas considerações, definições e enfoques variados. (TAVARES, 2010). É certo que o conceito de



dignidade humana é aberto, isto é, não admite um único conceito concreto e específico. (CAVALCANTE FILHO, 2010)

A Constituição Federal de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, e sim considerá-la como um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do artigo 1, parecendo fazer inserir-se como fundamento e fim da sociedade, pois o Estado é apenas um meio e não um fim, que existem em função de todas e pessoas e não estas em função do Estado. Ou ainda, pode ser dito que é um fim do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.

Moraes (2009) destaca que a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, afastando o predomínio das concepções *transpessoalistas* de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. Esta apresenta-se como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se num mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possa ser feita limitações aos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Entretanto, os contornos básicos do que seja a dignidade do Homem apresenta dificuldades de delimitação que residem no fato de que a dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que indica o ser humano como tal, e por isso deste se depreendem todos os demais direitos, pois a ele se atribui o “direito de ser Homem”, englobando todos os demais direitos a fim de ser reconhecido e viver com a dignidade da própria pessoa humana. (Tavares, 2010).

De inestimada importância, Cavalcante Filho (2010), considera que, embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais

“nascem” da dignidade humana e dessa forma, perfazem um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais.

Da mesma maneira apoiado em Sarlet (2009), Tavares (2010) conclui que *ao menos em principio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana*”, assim sua idéia se mantém presente em todo o corpo da Constituição Federal Brasileira.

### **2.2.1. Classificação dos Direito Fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, que são: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos partidos políticos (relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos), sendo estas as cinco espécies do gênero dos direitos e garantias fundamentais. (MORAES, 2009).

A doutrina moderna apresenta-nos a classificação desses direitos em gerações, nos interessando em especial para este trabalho a classificação em que se dá aos direitos de segunda geração, no qual se classificam os direitos sociais, que se identificam como liberdades positivas, reais ou concretas que acentuam o princípio da igualdade, amparam a doença, seguro social, subsistência, entre outros. (MORAES, 2009)

O momento histórico que inspira e impulsiona os direitos humanos de segunda geração, é aquele que engloba a Revolução Industrial Européia e a Primeira Guerra Mundial, sendo, portanto, o início do século XX marcado pela fixação dos Direitos Sociais. (LENZA, 2012).

Cavalcante Filho (2010) define como direitos *sociais* os de segunda geração, os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma

obrigação de fazer, de prestar (direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública e, alimentação).

Como se vê, baseiam-se na noção de igualdade material (redução de desigualdades), e no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (educação, saúde) para exercê-la.

Através deles se exige uma atuação do Estado, tratando-se, portanto, de direitos positivos, pois impõem ao Estado uma obrigação de fazer; ex: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores.

Lembra Pedro Lenza (2012), que os direitos e deveres individuais e coletivos, como já se manifestou o STF, corroborando com a doutrina mais atualizada, não se restringem ao Artigo 5 da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Apoiado em Bonavides (1997), Pedro Lenza (2012) retoma que tais direitos passaram por períodos de eficácia duvidosa, em virtude da sua própria natureza que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre resgatáveis pelo que hoje se fala reserva do possível, passando por uma fase de chamada de esfera programática, atravessando uma crise em sua observância e execução cujo fim parece perto desde que se formularam preceitos de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

### **2.2.2. Dos Direitos Individuais e Coletivos**

Dentre os Direitos Fundamentais cumpre-nos destacar, de acordo com os objetivos do presente trabalho, o direito à vida.

### 2.2.2.1. Direito à Vida

Prevê a Constituição Federal, no art. 5, *caput*, expressamente, “a inviolabilidade do direito à vida”. Em decorrência deste, José Afonso da Silva (2009), de plano reluta em definir o que pode se chamar vida, pois considera correr o risco de ter que adentrar os planos da metafísica surreal, porém ressalta a importância de que esta não deve ser considerada apenas no seu sentido biológico, peculiar à matéria orgânica.

Declara sua riqueza significativa e por isso de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção, que se transforma, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida, para ser morte. E ressalta, que tudo que interfere em prejuízo desse fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.

Para este autor, tudo que é dotado de vida é indivíduo, isto é, não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa, e além dos caracteres de indivíduo biológico, tem os de unicidade, identidade e continuidade substancial. Assim, a vida humana é objeto do direito assegurado no artigo supracitado, e constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos, pois de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, se não erigisse a vida humana entre esses direitos, tratando este como direito a integridade físico corporal, a integridade moral e em especial o direito e existência.

Assevera Tavares (2010) que o direito a vida é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É por isso o direito humano mais sagrado.

Previsto de forma genérica, tal direito abrange duas vertentes: em primeiro lugar, no direito de permanecer existindo, continuar vivo, de não ser morto, privado da vida, e

em segundo plano, direito a um adequado nível de vida, de ter uma vida digna (LENZA 2012; TAVARES 2010).

Assim, cumpre assegurar a todos o direito de continuar vivo, permanecer existindo até a interrupção da vida por causas naturais. O que, segundo Tavares (2010), se faz com segurança pública, com a proibição da justiça privada e com o respeito por parte do Estado à vida de seus cidadãos.

Ademais, ressalta ser preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade da pessoa humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5, XXIII), à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217). Cumprindo-se com esse direito, através de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável.

Destaca Tavares (2010):

Nesses sentido, o S.T.F. “já reconheceu que o direito à saúde [...] representa consequência constitucional indissociável do direito a vida. O poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema de saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”. (TAVARES *apud* AgRg no RE 271.286-8-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12-9-2000).

Tange ao assunto o momento inicial da proteção do direito à vida, não sendo alvo específico deste trabalho, cumpre destacar que em regra pode-se dizer que o início da vida é uma questão biológica. Nesse cenário, contudo, há várias teorias: teoria da concepção; teoria da nidacção; teoria da implementação do sistema nervoso, teoria dos sinais eletroencefálicos.

### 2.3. DOS DIREITOS SOCIAIS

Direitos sociais são espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como liberdades positivas que tem por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. (MORAES, 2009).

Para José Afonso da Silva (2009), os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2009, p.286).

A Constituição Federal (1988) proclama de maneira bastante genérica os direitos sociais por excelência, como o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (CF, art. 6º), estando ainda consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º, VI / CF), por serem desdobramentos da perspectiva de um Estado Democrático de Direito. (LENZA, 2012).

Classificados como direitos de segunda geração, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, de forma a implementar a igualdade social, pois sem eles as “demais liberdades são vazias”, e só passam a ser reais quando exercidas nas mesmas condições por cada um dos cidadãos. (TAVARES, 2010).

Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF/88), os direitos sociais, como regra, têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quer

sejam o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (LENZA, 2012).

Mais uma característica dos direitos sociais, polêmica, segundo Tavares (2009), é a implementação progressiva, respeitando os limites orçamentários, da chamada *reserva do possível*.

Quanto aos beneficiários desses direitos, temos todos os indivíduos, mas pretende-se, em especial, alcançar aqueles que necessitam de um amparo maior do Estado. (TAVARES, 2010).

## 2.4. DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946, no 3º parágrafo preambular, reconhece que o gozo do melhor estado de saúde possível de atingir é um dos direitos fundamentais de cada ser humano, cita Diniz (2009) em suas primeiras linhas sobre tão relevante direito consagrado também pela Constituição Federal Brasileira.

José Afonso da Silva (2009) entende por espantoso a forma pela qual um bem extraordinário e relevante a vida humana, só em 1988 foi elevado à condição de direito fundamental do homem, apesar de lembrar que o tema não era totalmente estranho as Constituições anteriores. E assevera:

há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais. (SILVA, 2009, p. 308).

O Direito à Saúde, segundo Tavares (2010) relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito a igualdade, que pressupõem o Estado garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.

A Constituição expressamente declara que as ações e serviços de saúde são considerados “de relevância pública” (art. 197 da CF), cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Extremamente atento à necessidade do poder público estar presente em tais ações e serviços, o legislador constituinte levou a minúcias o artigo 200, elencando uma serie de atuações que se fazem necessárias nessa seara.

Essas ações e serviços públicos de saúde devem integrar-se em todo território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de maneira descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo (art. 198, *caput* e inciso I, da CF). Assim, a expressão ações e serviços públicos de saúde tem como responsável o Poder Público, englobando todos os entes federativos.

Tarefa gigantesca se atribui ao Sistema Único de Saúde através do artigo 200 da Constituição Federal:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I- controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II -executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III -ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV -participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V -incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;



VI -fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII -participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII -colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (CF/1988)

Através do artigo 198, II, o Estado Brasileiro se compromete com a assistência integral, que é diverso do acesso universal, pois este se refere ao atendimento a qualquer pessoa; enquanto que, a assistência integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos têm direito a saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público, desse modo não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores. (TAVARES, 2010).

Mais que isso, assevera Maria Helena Diniz (2009), “a saúde requer equidade horizontal, isto é, tratamento igual a todos os pacientes iguais, e vertical, ou seja, tratamento desigual aos desiguais, incluindo os desfavorecidos social, cultural ou economicamente”. E conclui de forma muito oportuna ser “impossível a construção de um Estado Social de Direito sem uma justa distribuição de recursos no campo sanitário”.

Pedro Lenza (2012) lembra que a doutrina aponta dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante a saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) a natureza negativa: o Estado ou terceiros devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

Maria Helena Diniz (2009), baseando-se em Jonathan Montgomery, ensina que o conteúdo normativo do direito a saúde apresenta três níveis: O do direito subjetivo, o do direito programático (destinado a orientar a política estatal para a melhoria do setor da saúde) e o da obrigação jurídica (dirigida a assegurar condições que possibilitem ao cidadão procurar obter o nível máximo de saúde. Concluindo que o

acesso aos serviços de saúde é um direito fundamental do ser humano, ao Estado caberá dar assistência à preservação da saúde física e mental de todos sempre que a ausência de sua atuação e de seus recursos colocar em risco a coletividade, sendo que as ações de profilaxia e controle de doenças também são de sua alçada.

#### **2.4.1. A reforma Sanitária: Breve histórico da Saúde como Direito no Brasil.**

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, ele foi incorporado como o “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava somente a parcela da população que contribuía para a previdência social e privava a maioria da população ao acesso às ações de saúde, restando a elas a assistência prestada por entidades filantrópicas.

Nesse contexto, a saúde não era considerada um direito, mas tão somente um benefício da previdência social, que tinha como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho, necessárias à reprodução social e do capital. (BRASIL, 2007).

Diante da situação configurada no setor Saúde, o movimento pela Reforma Sanitária surgiu da indignação de setores da sociedade sobre o dramático quadro do instalado. Desde o início, pautou sua ação pelo questionamento desse quadro de iniquidades.

Suas primeiras articulações datam do início da década de 1960, quando foi abortado pelo golpe militar de 1964. De acordo com a ementa da reforma, o movimento atingiu sua maturidade a partir do fim da década de 1970 e princípio dos anos 1980, formado por técnicos e intelectuais, partidos políticos, diferentes correntes e tendências e movimentos sociais diversos, sendo o ponto alto a realização, em

1986, da 8.<sup>a</sup> Conferência Nacional de Saúde, evento que, pela primeira vez na história do país, permitiu a participação da sociedade civil organizada no processo de construção de um novo ideário para a saúde. (BRASIL, 2007).

Segundo Elias (1993), o tema da Reforma Sanitária é introduzido no Brasil no início dos anos 70 através dos departamentos de Medicina Preventiva e/ou Social das escolas médicas, alcançando uma parcela dos profissionais de saúde e parte da sociedade brasileira, constituindo o que se convencionou denominar de movimento da Reforma Sanitária, de caráter nacional, e que foi impulsionado pelo momento da transição do regime de ditadura militar para um governo civil.

A Reforma Sanitária como um conceito,

refere a um processo de transformação da norma legal e do aparelho institucional que regulamenta e se responsabiliza pela proteção à saúde dos cidadãos e corresponde a um efetivo deslocamento do poder político em direção às camadas populares, cuja expressão material se concretiza na busca do direito universal à saúde e na criação de um sistema único de serviços sob a égide do Estado". (CONH, 1989, p.129 *apud* TEIXEIRA, 1989, p.39).

É Conh (1989) quem designa o termo Reforma Sanitária como as mais variadas experiências de reformulação normativa e institucional no campo da assistência a saúde dos cidadãos, tendo como marcos a criação de instituições interessadas na universalidade e equidade da assistência à saúde. Entre essas instituições destaca-se o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES) e a Associação Brasileira de Pós Graduação em Saúde Coletiva (ABRASCO).

No Brasil, o discurso da Reforma Sanitária é constituído a partir de uma pequena parcela da intelectualidade universitária da área da saúde, ganhando espaço na sociedade principalmente através do Centro Brasileiro de Estudos em Saúde - CEBES, atingindo assim parte dos profissionais, e, posteriormente, representantes das Centrais Sindicais e alguns parlamentares (grande parte deles vinculados

profissionalmente à saúde). Associam-se a estes setores, representantes dos movimentos Populares de Saúde e algumas entidades associativas de profissionais de saúde e tem-se o denominado Movimento da Reforma Sanitária que terá grande atuação durante a VIII Conferência Nacional de Saúde realizado em 1986 e no período pré e pós Assembléia Nacional Constituinte. (ELIAS, 1993).

O contexto político da época era o da repressão da ditadura militar e em sua face econômica impunha-se uma política de arrocho salarial sobre os trabalhadores, resultando em queda do poder aquisitivo dos assalariados, aumento da concentração de renda nos estratos sociais mais ricos e ampliação das desigualdades socioeconômicas. (BRASIL, 2006).

Para obter alguma legitimidade em meio a uma modernização econômica excludente e a uma ação repressiva brutal, os governos militares haviam implantado certas medidas em termos de saúde, direcionadas para a população trabalhadora.

Desse modo, a centralização do sistema prosseguiria ao longo da década de 70, com a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, do Sinpas – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, do Inamps – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social e do Iapas – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social.

Na esfera das políticas de saúde, o referencial da medicina comunitária se materializava em programas de extensão da cobertura de ações básicas, direcionados para a população excluída do sistema previdenciário. Embora houvesse sido implantada uma experiência como o Piass – Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento – em 1976, as práticas se revelaram difíceis, limitando-se a uma atenção primária seletiva para as populações marginalizadas de regiões marginalizadas, tolhida de maior amplitude pela falta de recursos, pessoal qualificado e tecnologias mais sofisticadas.

A meta prioritária, no entanto, era divulgar percepção das questões relativas à saúde, propondo uma reformulação do sistema de saúde vigente. É no decorrer dessa trajetória que o CEBES e a ABRASCO vão se convertendo em organismos

que agem na defesa dos interesses coletivos, se apresentado como um interlocutor político importante nas arenas de discussão e formulação de políticas de saúde. (CONH, 1989).

É fato que, nos anos 79/80 ocorre uma aguda crise financeira da previdência social, principal fonte de financiamento do setor saúde. Nesse contexto, diante das ameaças de drásticas restrições dos gastos previdenciários com assistência médica, vêm a público propostas alternativas de fortalecimento do setor público de saúde e de uma nova forma de remuneração na compra dos serviços privados de assistência médica. O PREV-SAÚDE propõe a reestruturação da rede pública de serviços de saúde no sentido da sua universalização e racionalização. Trata-se de converter a rede básica de serviços na porta de entrada do paciente no sistema de saúde, revertendo assim a característica hospitalar do atendimento. Originário dos escalões do Ministério da Saúde, o projeto sofre três redações, cria celeumas e não é efetivado. (CONH, 1989, p.127).

Ainda, de acordo com Conh, o plano Conasp, previa convênios trilaterais entre esse Ministério, o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais de Saúde, e que, por sua vez, deram origem às AIS - Ações Integradas de Saúde. Os convênios AIS começam a ser assinados com as unidades da federação a partir de 83.

Esses convênios previam o repasse de recurso pela Previdência Social para os estados e estes para os municípios, cabendo às respectivas redes públicas de serviços o atendimento aos previdenciários. Isso foi interpretado pelos "reformistas" como a estratégia central para a constituição do Sistema Único de Saúde no país, que já vinha sendo proposto desde 1978. Paralelamente, o Plano propunha que os serviços de saúde fossem comprados pelo INAMPS, da rede privada, e fossem pagos pelo cálculo do custo global do procedimento médico, e não mais pela somatória dos atos fragmentados de cada atendimento, chamadas de AIH - Autorização de Internação Hospitalar – que provocaram forte reação do setor privado e dos profissionais médicos.

Por sua vez, no interior do movimento da Reforma Sanitária continua a reflexão militante sobre estratégias e modelos de engenharia institucional e evolui-se para a proposta do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde. Os convênios

SUDS começam a ser assinados com as várias unidades da federação a partir de meados de 88 e previam, da mesma forma que as AIS, financiamentos tripartidos - federal, estadual e municipal - e o reforço da autonomia desses últimos dois níveis na gestão da saúde. A intenção era a universalização do acesso aos serviços de saúde por meio do fortalecimento do setor público de serviços.

É por conta dessa trajetória, que o direito à saúde é hoje um direito que se estrutura não só como reconhecimento da sobrevivência individual e coletiva, mas como direito ao bem-estar completo e complexo, implicando às condições de vida biológica, cultural, social, psicológica e ambiental, conforme a tão conhecida definição da OMS – Organização Mundial da Saúde; dessa forma a saúde passa a ser considerada em sua complexidade, integrando o Sistema de Seguridade Social, colocando-se como um bem econômico não restrito ao mercado, como forma de vida da sociedade, e direito que se afirma enquanto política, com as dimensões de garantias de acesso universal, integral, hierarquizado e de qualidade, abrangendo a vigilância e promoção da saúde, e recuperação de agravos conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil. (Brasil, 2007).

A importância de considerar esse tema está em apreender o processo participativo no âmbito da Reforma Sanitária, e da constituição e implementação do Sistema Único de Saúde – SUS.

#### **2.4.2 A Vida e a Saúde como Direitos Fundamentais**

Dizer que o direito à saúde é um direito fundamental, significa dizer, em primeiro lugar, que este vincula os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e que ele não pode ser subtraído da Constituição nem por via de emenda constitucional.

Assevera-se já nas disposições gerais da Lei 8080/90, Lei Orgânica da Saúde, em seu artigo 2º “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado

*prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*”. Isso implica admitir que, no exercício destes poderes e dentro dos limites da realidade, o Estado brasileiro deve fazer todo o possível para promover a saúde.

A doutrina costuma dizer que o direito constitucional à saúde se tratar de uma “norma tipo princípio de direito fundamental” e que por isso ordena aos Poderes Públicos que façam *todo o possível* para efetivá-los, uma vez que sua observância só se dá quando tudo aquilo que é possível, fática e juridicamente é prestado, como lembra o Juiz Federal e Doutor em Direito pela FRGS, Roger Raupp Rios (2009)

De acordo com o Ministério Público do Rio Grande do Sul (2011), a luta pelos direitos humanos, bem como sua afirmação, se desenvolve há séculos, sempre marcada por avanços e retrocessos, conforme o estado de desenvolvimento da cidadania em dado momento histórico ou ponto geográfico, independente disso há consenso doutrinário de que a noção de direitos humanos comporta um mínimo de garantias referentes à vida, à liberdade e ao convívio social, sem o que não há possibilidade de realização nem da busca da felicidade pela pessoa humana.

Quanto ao direito à saúde, pode-se dizer que os textos mais antigos de declaração de direitos, como no *Bill of Rights* e estatutos semelhantes, não existe nenhuma citação com respeito à proteção sanitária, pois as preocupações da época eram restritas ao plano político das limitações de poder monárquico, e da mesma forma foi posto de lado pela Declaração de Direitos da Revolução Francesa, que consagrava os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade em contraponto ao regime absolutista.

Foi somente em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se assumiu uma posição solene em favor do direito à saúde, como consta em seu artigo de número xxv:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou

outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.  
(DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, art. XXV)

A respeito deste artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Sueli Gandolfi Dallari (1988) confirma a saúde como uma garantia necessária à vida digna e a plena felicidade do homem, e completa dizendo que o artigo xxv da Declaração reconhece a saúde como direito humano fundamental.

No mesmo tom, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, cuida do direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar o seu pleno exercício. Nesse sentido, as disposições do artigo XII definem os *Estados-parte* no presente pacto e reconhecem o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

Para o alcance dessa proteção integral à saúde das pessoas, o Pacto estabelece a obrigação de os Estados adotarem medidas que se façam necessárias para garantir: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso e enfermidade.

Dessa forma, observamos que a evolução do conceito de direito à saúde remonta ao início do século XIX, mas é no século XX, após os efeitos devastadores das duas grandes guerras, que a sociedade sente a necessidade de promover um novo pacto personificado na Organização das Nações Unidas. A ONU, por sua vez, incentivou a criação de órgãos especiais destinados a promover a garantia de direitos considerados essenciais aos homens. A saúde passa, assim, a ser objeto da Organização Mundial de Saúde, que a considerou o primeiro princípio básico para a “*felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos*”, como consta da Constituição da Organização Mundial de Saúde, adotada pela



Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque, em 19 a 22 de julho de 1946. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2011)

Embora o Brasil tenha sido signatário da Declaração Universal e dos Pactos acima referidos, demorou-se a tomar providências legislativas internas que assegurassem aqueles direitos declarados como dignos de proteção. Nesse intermédio de torpor legislativo, cresceu, no entanto, a movimentação na esfera jurídico-social pela implantação de um sistema de reforma sanitária, no que merece especial destaque o trabalho desenvolvido desde a década de 80, por Sueli G. Dallari, a sustentar que a saúde constitui direito fundamental do homem, demandando providências legais e administrativas para assegurar a sua efetiva proteção nos planos preventivos e curativos das moléstias que põem em risco não apenas a higidez individual, mas a própria segurança da coletividade afetada. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2011)

A Constituição Federal de 1988, então, após colocar como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito "a dignidade da pessoa humana" (artigo 1º, inc. III), enuncia o elenco dos direitos e garantias fundamentais a partir da "inviolabilidade do direito à vida" (artigo 5º, caput). (BRASIL, 2010)

Nos dizeres de SILVA (2010), não restam dúvidas da relação do direito fundamental a saúde com o princípio da dignidade humana, tendo este como seu sustentáculo, e afirma que ao garantir o direito fundamental à saúde, estará prestigiando e reconhecendo a dignidade da pessoa humana, como estabelece o texto constitucional, já que admite ser a garantia do direito à saúde uma das condições mínimas para uma existência digna da vida, demonstrando vínculo indissociável entre ambos.

Dessa maneira, como dita Silva (2010), a Constituição de 1988 eleva a saúde a categoria de direito fundamental, principalmente quando se procede a uma avaliação sistemática dos artigos 5º e 196º, reconhecendo que o indivíduo é seu detentor e o Estado seu devedor, ressaltando a responsabilidade de cada um de cuidar da sua própria saúde, bem como de contribuir para a saúde coletiva, cabendo ao Estado, portanto, a garantia da saúde do cidadão e da coletividade.

Está consagrado, portanto, em dispositivos explícitos de nosso ordenamento maior, que se garante o direito humano à saúde, cumprindo ao Estado dar efetividade a esse direito em todos os seus planos, seja com medidas de cunho preventivo, como em medidas de recuperação da pessoa agravada em suas condições físicas ou psíquicas inerentes a uma existência digna.

Segundo Dallari (1988), fica evidente a dificuldade que existe para a garantia do direito quando se considera a amplitude da significação do termo saúde e a complexidade do direito à saúde que depende do frágil equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, permeado pela necessidade de reconhecimento desse direito pelo Estado, e observada por cada comunidade dentro de suas necessidades e exigências.

É, portanto, indispensável que a saúde seja conceituada em cada comunidade. Logo, tanto a saúde como o direito à saúde só podem ser determinados em cada comunidade. E, como a garantia do direito exige sua definição, o direito à saúde apenas será assegurado numa organização estatal e social que privilegie o poder local, uma vez que a responsabilidade deve ser especificada para que o direito seja garantido. (DALLARI, 1988, p.60).

Consta, ainda, no texto da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 1948 que: “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”, ou seja, a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Desse modo, os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

### **2.4.3 Imprecisões no Conceito de Saúde e a Polissemia do Termo: Direito**

Já se discutiu, neste trabalho, a respeito da conceituação da saúde durante a história da humanidade. Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV a.C., faz referência à influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências. Do mesmo modo, Paracelso, médico e alquimista suíço alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações.

Outra corrente de pensamento, entretanto, evoluiu no sentido de conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças. Pode-se encontrar a origem de tal corrente nos trabalhos do filósofo francês do início do século XVII, Descartes, que, ao comparar o corpo humano à máquina, sob a ótica de uma sociedade industrial, procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem, e acreditou poder descobrir a "causa da conservação da saúde". Exatamente nesse momento, os trabalhos de Pasteur (1876) e Koch (1912) provam a teoria sobre a etiologia específica das doenças e fornecem, então, a causa que explica o defeito na "linha de montagem humana".

O ambiente social do fim do século passado e primeira metade do século XX, auge da Revolução Industrial, propiciaram o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio

ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças.

A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a plena conceituação da saúde. Porém, para Segre (1997), esta "definição, até avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, irreal, ultrapassada e unilateral". (SEGRE, 1997).

As objeções à definição de Saúde da OMS giram em torno de tal conceito tratar-se de "definição irreal por que, aludindo ao perfeito bem-estar, coloca uma utopia. O que é perfeito bem-estar? É por acaso possível caracterizar-se a perfeição?" (SEGRE, 1997). Fica difícil dizer que um homem com toda diversidade a que está exposto, quando integrado a vida cotidiana, possa se manter no equilíbrio de um completo bem estar. As angústias dessa vida cotidiana muitas vezes repercutem na saúde física do indivíduo em maiores e menores proporções, o que configura situação habitual, inerente às próprias condições do ser humano, já que divergir de posturas da sociedade, e até marginalizar-se ou de ser marginalizado frente a essa mesma sociedade, não pode ser encarado como sofrimento exclusivamente, pois tais situações, em um contexto mais amplo, são comuns e até desejáveis para o homem sintonizado com o ambiente em que vive.

Pode-se, inclusive, atribuir tal mal-estar a um momento ainda anterior ao da constituição dessa civilização da qual fala Freud (1930), conforme apontado por Segre (1997), afinal, o homem a construiu exatamente para escapar ao incômodo da insegurança em que vivia decorrente de sua exposição a um estado de coisas não exatamente sem leis, mas ditado pela lei do mais forte.

Com relação a esse aspecto, Segre cita Freud (1930), que procurou mostrar como a perfeita felicidade de um indivíduo dentro da civilização constitui algo impossível. Para ele, a civilização passou a existir quando os homens fizeram um pacto entre si, pelo qual trocaram uma parcela de sua liberdade por um pouco de segurança, e, desta forma, a própria organização social e a condição da existência do homem em grupos, passaram a se basear em uma renúncia que, ainda que assegure ao indivíduo certos benefícios, gera um constante sentimento de “mal-estar”. Percebe-se assim, que nessas condições, não se poderá certamente falar em “perfeito bem-estar social”. Apresenta-se nesse momento o dilema do conceito de saúde com vistas a demonstrar que as dificuldades que atingem o setor partem desde sua definição.

Dallari (2010) faz reflexão ao tema quando aborda a questão da saúde como um bem jurídico, afirmando, assim, nas primeiras linhas de seu livro que:

Uma das questões mais elementares – e contraditoriamente complexas – no Direito Sanitário é a formulação de um conceito jurídico de saúde. Isso porque, embora já existam diversos juízos sobre o tema, ainda não houve um que granjeasse, senão o consenso, ao menos hegemonia na doutrina. (DALLARI, 2010, p.7).

Dallari (2010) considera a ocorrência de esforços conceituais, sendo o primeiro deles voltado à simples ausência manifesta de doença, que reconhece ser uma questão importante do estado de saúde, mas que não considera aspectos relevantes, como o bem estar psíquico e social como o apresentado pelo clássico conceito da Organização Mundial de Saúde. Contudo, faz a seguinte colocação:

A insuficiência do conceito, contudo, não lhe subtrai a importância, pois, se de um lado, padece da falta de amplitude, de outro apresenta a virtude da precisão, o que serve, ao menos, para exprimir um núcleo claro e preciso dentro de um conteúdo mais abrangente. (DALLARI, 2010, p.10).

Essa assertiva de fato revela uma importância num assunto amplo, e muitas vezes indeterminado, no qual delimitar em alguns momentos será fundamentalmente relevante.

Em segundo plano, Dallari (2010) considera a já citada Constituição da Organização Mundial de Saúde, cujo preâmbulo amplia o conceito de saúde para as demais características sociais e psíquicas do ser humano, e é enfática ao falar sobre a relevância deste conceito em termos de amplitude de direitos e deveres públicos e privados sobre a matéria.

Dessa maneira, mesmo que utópico, é fundamental percebermos a contribuição dada pelo conceito trazido pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), pois serve de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária, inserindo no conceito de saúde a ideia do ser humano em relação com seu meio, além de enaltecer a saúde como um bem jurídico a ser protegido pelo Estado de forma coletiva, e pelos indivíduos de maneira individual, pois esta é fundamental para se alcançar a paz e a segurança, sendo os resultados alcançados valiosos para todos.

SOUZA (2010) destaca nessa seara:

Vê-se, pois, a dificuldade da delimitação do termo "saúde" quando adentrarmos nos campos: a) da prestação de serviços públicos de saúde a serem realizados pelos órgãos e entidades que compõem o SUS; b) do financiamento da saúde; e c) das condições sociais e econômicas que interferem com a saúde [com isso] Pela dicção dos arts. 196 e 198 da CF podemos afirmar que somente da segunda parte do art. 196 se ocupa o Sistema Único de Saúde, de forma mais concreta e direta, sob pena de a saúde, como setor, como uma área da Administração Pública, se ver obrigada a cuidar de tudo aquilo que possa ser considerado como fatores que condicionam e interferem com a saúde individual e coletiva. Isso seria um arrematado absurdo e deveríamos ter um super Ministério e super Secretarias da Saúde responsáveis por toda política social e econômica protetivas da saúde. (SOUZA 2010, p.152).

Já o termo Direito trás consigo uma multiplicidade de significados, como ressalta Gustavo Amaral (2010), destacando que considerada como apenas como substantivo, no dicionário, encontram-se dez acepções, de alguma forma aplicáveis a idéia de direito que aqui se esta a tratar. Imprecisão esta que já foi notada no mundo jurídico por diversos juristas como Kelsen, Alf Ross, Hohfeld e Norberto Bobbio.

O mesmo autor, fundamentado em Hohfeld, destaca que “Direito” é, pois, uma “palavra-camaleã” que constitui um perigo tanto ao pensamento claro como para a expressão lúcida, concluindo que a simples afirmação categórica de que algo é um direito, desvincilhada de outras informações, não transmite informações suficientes.

Dessa maneira, a despeito do que se vê no texto constitucional, que diz que a saúde é um Direito de todos e dever do Estado, cumpre-nos perguntar que direito é esse? Já que a própria imprecisão conceitual do conceito de saúde aliada a polissemia do termo Direito nos trás reflexões abrangentes aos limites prestacionais de tal norma garantidora.

## 2.5 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM ESPECIAL ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As normas constitucionais segundo José Afonso da Silva *apud* Pedro Lenza (2012), numa classificação das normas muito aceita no País as dividem por sua eficácia, podendo estas ser de eficácia: plena, contida e limitada. (LENZA, 2012).

Normas constitucionais de **eficácia plena** e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma

integrativa infraconstitucional. São aquelas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata.

Normas constitucionais de **eficácia contida** têm aplicabilidade direta e imediata, porém, possivelmente não integral. Embora tenham condições de, quando da promulgação da Constituição produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência. Percebe-se verdadeira limitação à eficácia e aplicabilidade do dispositivo, através de norma infraconstitucional ou pela própria Constituição, que podem reduzir a amplitude e a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Ressalta-se, ainda, que enquanto não materializado o fator restrição a norma tem eficácia plena.

Normas constitucionais de **eficácia limitada** são aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida.

José Afonso da Silva, apud Pedro Lenza (2012) observa que as normas constitucionais de eficácia limitada, produzem um mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores. Dividindo-as em dois grandes grupos: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As normas de eficácia programática e de princípios institutivos contêm esquemas gerias (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades.

Já as normas de eficácia limitada de princípios programáticos veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais, e nesse momento elenca entre os exemplos dados o art. 196 – do direito a saúde.

As normas programáticas são aquelas



(...) normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhe os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo e judiciário), como programas de respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 2008, p.138)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009), compatibilizando sua classificação doutrinária a de José Afonso da Silva, coloca entre as normas doutrinárias não exequíveis por si só, que são normas incompletas, apresenta, também, a norma programática, como aquela que prevê uma política pública, uma legislação específica, e lembra que para formar sua implementação é prevista a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º).

Destaca José Afonso da Silva (2008) a eficácia jurídica das normas programáticas, de onde se observa que estas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão de interesses a serem regulados; e, assim, sustenta o autor, seu caráter imperativo e seu caráter vinculativo, realçando, sobretudo, seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do País. (SILVA, 2008)

De acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Porém, segundo José Afonso da Silva apud Pedro Lenza (2012), o termo aplicação não se confunde com aplicabilidade, e, portanto, sendo a norma de eficácia limitada, como visto uma norma de aplicabilidade mediata ou indireta.

Para este autor, ter aplicação imediata significa que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que normas definidoras de direitos e garantias individuais (direitos de primeira dimensão) sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas, definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de segunda dimensão) nem sempre o são, porque

não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Pedro Lenza (2012) correlaciona a questão da aplicabilidade das normas à jurisprudência do STF no que tange a aplicabilidade de algumas normas e cita como precedente o RE 271.286-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12 de setembro de 2000 pela 2ª turma, DJ de 24/11/2000. No mesmo sentido: STA 175-AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010 Vide: AI 734.487-AgR, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado 03/08/2010, 2ª Turma, DJE de 20/08/2010, Art. 196 – Direito a Saúde:

Eficácia Limitada, interessante proposta de concretização. O direito a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais, e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus do HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar. O direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito a vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – (...) – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (...)** O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquela portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de

apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (LENZA, 2012, p. 230). [grifo nosso]

### **3. O SUS COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE E A INTEGRALIDADE NA ASSISTÊNCIA**

O direito à saúde - como serviço público - é colocado à disposição da coletividade pelo SUS, que representa um direito social garantido constitucionalmente, pautado pelos princípios de universalidade, igualdade, integralidade, e participação popular, bem como pela defesa da saúde como um direito humano.

Dispõem o Artigo 4º da Lei 8080/90: *“O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”*.

O texto constitucional demonstra neste sentido que a concepção do SUS esta 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 refere à saúde coletiva.

O SUS é tido como a política de maior inclusão social implementada no Brasil e representa em termos constitucionais uma afirmação política do compromisso do Estado brasileiro para com seus cidadãos. Seus avanços são significativos, mas persistem problemas a serem enfrentados para consolidá-lo como um sistema público universal, equânime e sobre tudo integral. O Brasil é reconhecido internacionalmente como uma referência no setor da saúde por causa por conta desses princípios e alguns de seus resultados, porem com muito a ser feito e esse é um desafio de todos. (CONASS, 2011).

No que concerne às estruturas que ajudam a consolidar o SUS e assim torná-lo um instrumento do Direito a Saúde, evidencia-se a participação popular, como condição

essencial, como um ato de desenvolvimento de cidadania, e principalmente como definidor das políticas prioritárias e investimento de recursos. (MARQUES, 2011).

A obrigatoriedade da estruturação de conselhos de saúde nas três esferas de governo se constitui como a necessidade de inclusão do usuário nos processos decisórios, tanto na fase de formulação, quanto na fase de implementação, configurando legitimidade a essas decisões, já que, o direito a saúde deve ser demarcado pela comunidade local e suas vivências e necessidades. Assim apesar da positivação de tal direito, ele só deve adquirir contornos e quando a comunidade se torna participativa tornando-se corresponsável pela sua garantia.

No entanto, considera Marques (2011), em virtude de seu percurso histórico, o SUS ainda se encontra em fase de estruturação e consolidação e, encontrando-se vulnerável a incursões que visam fragilizá-lo ou fortalecê-lo. Demandando construção em bases sólidas que integrem novas modalidades de gestão que consigam abranger a relação sujeito/coletividade/ações de saúde e os três poderes responsáveis pela organização do estado. Transcendendo o particularismo, as políticas de governo de curto prazo e o padrão de compromissos com os interesses do capital, visando uma discussão política mais ampla que favoreça uma oferta satisfatória de serviços de saúde e uma aplicação adequada dos recursos voltados à área.

### 3.1. LEI 8.090/90: LEI ORGÂNICA DA SAÚDE E DECRETO 7.508/11 COMO SEU REGULAMENTO

Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios, as diretrizes e as competências do Sistema Único de Saúde, mas não define especificamente o papel de cada esfera de governo no SUS. Um maior detalhamento da competência e das atribuições da direção do SUS em cada esfera – nacional, estadual e municipal – Lei n. 8.080/90.

A Lei 8.080, de 19.09.1990 constitui a chamada Lei Orgânica da Saúde buscou desde o principio atacar o problema do equilíbrio federativo nos pontos mais estrangulados pela anterior prática de excessivo centralismo, cujo modelo foi o INAMPS, em dois pontos: o financiamento e a gestão. (Simões, 2004)

Tal Lei foi alvo de uma série de vetos que provocaram a necessidade de formulação de um novo diploma para a regulação do controle do sistema por parte da sociedade civil, como previa a Constituição de 1988 (art.194, parágrafo único, VII), com o que surge a Lei 8.142, de 28.12.1990.

A atividade normativa mais intensa, entretanto, revela uma característica peculiar do direito sanitário, que é o ser de natureza eminentemente regulatória, exercendo seu alcance por meio de uma significativa atividade de produção de normas atribuídas ao Executivo, destacadamente as portarias e normas regulamentadoras. (Simões, 2004).

Lenir Santos (2011) considera que o SUS vinha sendo uma fortaleza formal, dotado de muita fragilidade real pelo fato de a Lei não ter sido cumprida na sua integralidade, principalmente pela falta de uma regulamentação que deveria ter desde antes com explicitado de seus conceitos, diretrizes e princípios para que o agir administrativo pudesse se guiar por idéias-forças mantendo, assim, a unicidade conceitual do SUS.

Assim, o decreto que ora regulamenta, a Lei 880/90 – Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011 – tem o importante papel de regular a estrutura organizativa do SUS nos seus detalhes, tão necessários para a sua consolidação e melhoria permanente da sua gestão.

As principais vertentes do decreto 7508/11 que regulamenta a Lei nº 8.080, são transparência na gestão do SUS visando mais segurança jurídica na fixação das responsabilidades dos entes federativos, para que o cidadão possa, de fato, conhecer, as ações e os serviços de saúde ofertados nas regiões de saúde e organizados em redes de atenção à saúde, proporcionado com isso também o maior controle social. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

Ressalta o Ministério da Saúde, que a do fato de ter levado mais de 20 anos para se concretizar ganhou-se com a maturidade, pois a regulamentação pelo Poder Executivo Federal da lei da saúde surge num momento em que os dirigentes e profissionais de saúde detêm maior compreensão sobre a organização constitucional e legal do SUS. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

O SUS traz em si grande complexidade pelo fato de ser um sistema que garante o direito à saúde - imprescindível para assegurar o direito à vida -, sendo dirigido pelos entes federativos, com financiamento tripartite e gestão participativa (democracia participativa). O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, tem o importante papel de regular a estrutura organizativa do SUS, o planejamento de saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, dentre outros aspectos, tão necessários a sua consolidação e melhoria permanente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

Visa dar mais transparência a essa estrutura, com a finalidade de garantir maior segurança jurídica, entende o Ministério da Saúde, que a regulamentação contribuirá, também, para um esclarecimento maior do Ministério Público e do Poder Judiciário a respeito das responsabilidades (competências e atribuições) dos entes federativos nas redes de atenção à saúde, considerando que não se pode perder de vista que o SUS é um sistema único num país de grandes diferenças demográficas e socioeconômicas. Por isso, é importante ter clareza dos papéis dos entes federativos nas regiões e redes de saúde, onde o direito à saúde se efetiva. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011).

O decreto organiza as relações interfederativas, mediante a consagração dos colegiados interfederativos tripartite, bipartite e regional, nos quais as decisões são consensuais em razão do compartilhamento da gestão e define, ainda, as portas de entrada do sistema de saúde, dispondendo sobre a hierarquização da complexidade dos seus serviços, a integralidade da assistência, a assistência farmacêutica, metas de desempenho e sua avaliação mediante indicadores de saúde. (SANTOS, 2011).

### 3.2. PRINCÍPIOS DO SUS: NOÇÕES DE ORGANIZAÇÃO E ASSISTÊNCIA

O Sistema Único de Saúde (SUS) é formado pelo conjunto de todas as ações de saúde prestadas por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. (BRASIL, 2000).

O SUS pode ser considerado uma das maiores conquistas sociais arraigadas por meio da Constituição de 1988 e permanece em processo de construção e aperfeiçoamento, inspirada num projeto de Estado de Bem-Estar Social configurando uma característica de um sistema contra hegemônico na área da saúde, avesso a uma visão mercantil, excludente, centrada na recuperação do dano.

Os princípios do SUS, definidos na Constituição Federal, são detalhados nas leis n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, e n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, mais conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde e apontam para democratização as ações e serviços de saúde que deixam de ser centralizados e passam a nortear-se pela descentralização.

Para melhor compreensão, esses princípios podem ser divididos em ético- políticos e organizativos.

Atualmente, compreende-se por princípios ético-políticos do SUS:

- A UNIVERSALIDADE DO ACESSO: compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- A INTEGRALIDADE DA ATENÇÃO: como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema;



- A EQÜIDADE: que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para sua superação; e
- A PARTICIPAÇÃO SOCIAL: que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social. Essa participação social significa a co-responsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde.

Os princípios organizativos do SUS são:

- A INTERSETORIALIDADE, que prescreve o comprometimento dos diversos setores do Estado com a produção da saúde e o bem-estar da população;
- A DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, conforme a lógica de um sistema único, que prevê, para cada esfera de governo, atribuições próprias e comando único;
- A HIERARQUIZAÇÃO E A REGIONALIZAÇÃO, que organizam a atenção à saúde segundo níveis de complexidade – básica, média e alta –, oferecidos por área de abrangência territorial e populacional, conhecidas como regiões de saúde; e
- A TRANSVERSALIDADE, que estabelece a necessidade de coerência, complementaridade e reforço recíproco entre órgãos, políticas, programas e ações de saúde.

De fato, o SUS representa a materialização de uma nova concepção da saúde em nosso país, como foi proposto pelo conceito de saúde e sustentado pela Reforma Sanitária, em consonância com o conceito de qualidade de vida, entendida como a conquista histórica da capacidade de fruir e criar uma vida que atenda, dentro dos

padrões da dignidade humana, as demandas de moradia, trabalho, transporte, lazer e propicie o acesso às ações integrais de saúde, a uma educação de qualidade e a mecanismos de resolução equânime e pacífico dos conflitos.

Antes a saúde era entendida como o “Estado de ausência de doença”, o que fazia com que toda a lógica girasse em torno da cura de agravos a saúde. Essa lógica, que significava apenas remediar os efeitos com menor ênfase nas causas deu lugar a essa nova concepção de saúde centrada na prevenção dos agravos e na promoção da saúde.

Assim, a consolidação do SUS, como um sistema de atenção e cuidados em saúde, não é suficiente para a efetivação do direito da população à saúde. São claras as evidências que apontam para os limites da atuação de um sistema de assistência. A conquista da saúde precisa estar articulada à ação sistemática e intersetorial do Estado sobre os determinantes sociais de saúde, ou seja, o conjunto dos fatores de ordem econômico-social e cultural que exercem influência direta ou indireta sobre as condições de saúde da população.

### **3.2.1 Instrumentos de Operacionalização e Gestão do SUS.**

A observação das normas que vem estruturando o SUS desde a sua origem permite que se perceba o processo de constante aperfeiçoamento ao longo de sua história. Em outubro de 1988, o SUS foi instituído constitucionalmente, essa consagração constitucional trouxe a previsão da necessidade de novas leis para sua regulamentação, o que efetivamente ocorreu através das Leis 8.080 e 8.142, ambas editadas em 1990, e que formam a “Lei Orgânica da Saúde”.

A organização operacional do SUS, sob outro aspecto, evoluiu mediante a edição de três Normas Operacionais Básicas (NOB), cada qual substituindo e aperfeiçoando a anterior. A primeira edição ocorreu em 1991, a segunda em 1993 e a terceira em 1996, que foram seguidas pela edição do Pacto pela Saúde, editado em 2006.

Buscando atender a uma necessidade imperiosa de qualificação da gestão do SUS em 2006, foi instituído o Pacto pela Saúde, no intuito de caracterizar-se como um fator de fortalecimento da gestão solidária entre as três esferas de gestão do SUS – União, estados e municípios –, com vistas ao atendimento das necessidades e demandas de saúde da população. O Pacto é a expressão, no campo da Saúde, do pacto federativo estabelecido pela Constituição Federal, que prevê a co-responsabilidade e a cooperação entre os entes federados. Seu objetivo é estabelecer novas estratégias na gestão, no planejamento e no financiamento do sistema, de forma a avançar na consolidação do SUS.

O Pacto pela Saúde tem três dimensões: o Pacto pela Vida, o Pacto de Gestão do SUS e o Pacto em Defesa do SUS, estabelecidos sobre os pilares dos direitos humanos, visando fortalecer a ação política em defesa do direito à saúde.

O Pacto pela Vida está assentado sobre o compromisso de enfrentar as situações persistentes que afetam as populações mais vulneráveis, definindo estratégias e metas sanitárias para a promoção da equidade em saúde. O Pacto em Defesa do SUS, por sua vez, estabelece compromissos políticos envolvendo o Estado e a sociedade civil, com a finalidade de consolidar a efetivação do processo da Reforma Sanitária brasileira, por meio da ampliação e do aperfeiçoamento das práticas de democracia participativa no SUS. Já o Pacto de Gestão define as responsabilidades sanitárias de cada gestor municipal, estadual e federal para a gestão do SUS, nos aspectos da gestão do trabalho, educação na saúde, descentralização, regionalização, financiamento, planejamento, programação pactuada e integrada, bem como a regulação das ações e dos serviços de monitoramento, avaliação, auditoria e controle social.

O SUS é um sistema de abrangência nacional, porém, coexistindo numa responsabilidade coordenada entre os entes federados (federação, estados e

municípios). A ênfase está nos municípios, por conta do princípio doutrinário da descentralização, mas a totalidade das ações e de serviços de atenção a saúde, no âmbito do SUS, devem ser desenvolvidos em um conjunto de estabelecimentos, organizados em uma rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo os subsistemas a fim de oferecer atendimento integral à população.

A rede de assistência deve ser regionalizada e com nível de complexidade crescente, o que significa dizer que os municípios podem formar consórcios para desenvolver ações e prestar serviços que estejam sob suas responsabilidades, sempre com vistas na integralidade da assistência. Ou seja, as ações e serviços de saúde de menor grau de complexidade são colocadas à disposição dos usuários em unidades de saúde, localizadas próximas de seu domicílio, já as ações especializadas ou de maior grau de complexidade são alcançadas por meio de mecanismos de referência, organizados pelos gestores nas três esferas de governo.

### **3.2.2 Financiamento do SUS e Emenda Constitucional 29/00 e a Lei Complementar 141/12**

Um dos elementos fundamentais para a gestão do sistema de saúde é o financiamento. Observando onde são aplicados os recursos, podemos identificar as necessidades que estão sendo atendidas, as prioridades estabelecidas e o grau de comprometimento da gestão com o interesse público. (BRASIL, 2006).

Segundo Schneider (2006), o Pacto pela Saúde veio para reforçar os mecanismos de transferência regular e automática de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais, pois se entende que a transferência regular automática favorece melhor a avaliação, a fiscalização, a auditoria e o controle social sobre os gastos em saúde, trazendo como princípios a responsabilidade das

três esferas de gestão no financiamento da saúde; a redução das iniquidades que ainda persistem no país e a tônica do repasse fundo a fundo.

Os Blocos de financiamento para o custeio propostos pelo Pacto pela Saúde são: a Atenção Básica, a Atenção de Média e Alta Complexidade, a Vigilância em Saúde, a Assistência Farmacêutica, e a Gestão do SUS.

A Constituição de 1988 define que a responsabilidade de financiamento da saúde é das três esferas e governo: municípios, estados e União. A Lei 8.080/90 define que os recursos a serem repassados ao SUS devem ser suficientes para a realização de suas finalidades. Estabelece ainda os critérios para o repasse de recursos aos estados e municípios, dizendo que a metade deve ser repassada de acordo com o número de habitantes.

Igualmente, a Lei 8.142/90 complementa o processo de financiamento estabelecendo que: os recursos da saúde serão repassados de forma regular e automática e só poderão ser gastos com ações e serviços de saúde, e que por sua vez só poderão ser realizados com ações previstas no Plano Municipal da Saúde e aprovado pelo Conselho.

Dessa forma, as ações e serviços de Saúde, implementados pelos estados, municípios e Distrito Federal são financiados com recursos próprios da União, estados e municípios e de outras fontes suplementares de financiamento, todos devidamente contemplados no orçamento da seguridade social. Cada esfera governamental deve assegurar o aporte regular de recursos ao respectivo fundo de saúde de acordo com a Emenda Constitucional nº 29, de 2000.

De acordo com Schneider (2009), entre as principais inovações da Emenda Constitucional 29 estão a definição de um percentual mínimo a ser investido pelos gestores; a definição do que é ação e serviço em saúde; e a constitucionalização do Fundo de Saúde com a Participação da Comunidade. Importante destacar os percentuais mínimos a serem aplicados em saúde determinados pela Emenda Constitucional 29/2000. São de 12% para os Estados, e 15% para os municípios, e os valores da União mantiveram-se mesmo após a edição da Lei Complementar

141/2012 em 10% do valor do ano anterior acrescido pela variação do PIB (SANTOS, 2012).

Os Fundos de Saúde são Instrumentos de gestão dos recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de Saúde existentes nas três esferas de poder. Sua existência nas esferas estaduais e municipais, para recebimento e movimentação de recursos financeiros do SUS é obrigatória por força de dispositivos legais e constitucionais. Os Fundos possibilitam que os gestores visualizem claramente os recursos de que dispõem para as ações e serviços de Saúde, acompanhando e controlando as fontes de receitas, seus valores e datas de ingresso, assim como as despesas realizadas e os recebimentos das aplicações financeiras.

Na gestão dos recursos do fundo de saúde é fundamental reconhecer que os recursos financeiros destinados às ações e serviços de saúde devem ser otimizados com um planejamento voltado para o atendimento das necessidades de saúde da população. (BRASIL, 2003)

Não se pode deixar de destacar, grata atualização na legislação em saúde no que tange ao financiamento, reconhecendo o mérito da Lei Complementar 141/12 (que regulamenta o parágrafo 3º do Artigo 198/CF acrescentando pela Emenda Constitucional 29/00), que passou cerca de 9 anos tramitando e acabou por ser votada em janeiro de 2012.

Reconhece-se o mérito da saúde pública brasileira ter em seu arcabouço jurídico uma lei que impõe mínimos percentuais de receitas tributárias para a saúde, que esclarece de uma vez por todas o que são gastos com saúde no tocante à necessária separação das atividades condicionantes e determinantes da saúde daquelas que são atribuições específicas do SUS, e nesse aspecto a lei complementar traz importante contribuição, pois garante maior clareza o que cabe ao sistema como atribuição institucional e o que deve ser financiado com recursos mínimos da saúde. (SANTOS, 2012)

## 4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

### 4.1 CONCEITUAÇÃO E PANORAMA GERAL

A discussão sobre o acesso a saúde pela via judicial no Brasil ganhou importância teórica e prática, envolvendo crescentes polêmicas e trazendo para o centro do debate a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

Segundo Marques (2008), o exercício do direito à saúde, positivado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, vem ganhando contornos nunca vistos, compelindo os operadores do direito a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e das políticas públicas de saúde, nos três níveis de governo, assim como da mesma forma vem compelindo também os gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia efetiva deste direito social em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que muitas vezes contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político.

Diante disso, o próprio Conselho Nacional de Justiça vem avaliando e monitorando as ações judiciais na área da saúde, sobretudo os setores que mais demandam ações na Justiça (em sua maior parte, pedidos relacionados ao Sistema Único de Saúde — SUS) e aponta dados de dois primeiros levantamentos de ações judiciais de saúde que constata a existência de na casa dos milhares de processos em tramitação nos tribunais, atualmente.

É o que se vê na notícia que trouxe o jornal “O Estadão” em 28 de abril de 2011:

Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. No ano passado, o Ministério da Saúde usou R\$ 132,58 milhões para comprar medicamentos de alto custo cujo fornecimento havia sido determinado pela Justiça - em 2005, o valor era de R\$ 2,24 milhões; União foi citada em 3,4 mil processos do gênero em 2010 (BASSETE, 2011).

Também é o caso da notícia veiculada no site do Ministério Público de Goiás destacando a dura realidade do Estado de São Paulo:

Mas é a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo que mais tem tido gastos com estes processos. Só em 2010, foram cerca de R\$ 57 milhões por mês. quase R\$ 700 milhões. para atender as cerca de 25 mil ações em andamento. De acordo com dados do CNJ, no entanto, 44,6 mil ações tramitam no Tribunal de Justiça de São Paulo. Os medicamentos mais solicitados são as insulinas, utilizadas no tratamento do diabetes, e que ainda estão fora da lista do SUS, definida pelo Ministério da Saúde. A Grande São Paulo, São Jose do Rio Preto, Bauru e Ribeirão Preto estão entre as cidades com maior demanda, segundo a secretaria. As dificuldade não é exclusiva do estado. A Prefeitura de São Paulo criou, inclusive, uma área para atender, gerir e agilizar os processos.

Mais uma vez, o jornal O Estadão, em 02 de dezembro de 2012 publicou matéria referente à judicialização entrevistando o então o secretário de Saúde do Estado (SP), Giovanni Guido Cerri, que à época dizia: *“a judicialização da saúde é uma distorção do conceito da universalidade”*. E arremata dizendo que *“com o valor gasto anualmente com a compra de medicamentos, seria possível construir um hospital por mês.”*

Já em Dezembro de 2012, quem noticiou os gastos recordes com ações judiciais em saúde pelo Ministério da Saúde foi o Jornal Folha de São Paulo, sob o título: “SUS tem despesa recorde com ações judiciais”. Em doze de dezembro de 2012, destacou que *“A conta da chamada judicialização da saúde alcançou novo recorde: R\$ 339,7 milhões gastos pelo governo federal de janeiro a outubro.”* E analisa o tema sob a seguinte máxima: *“É preciso aprimorar a assistência à saúde, mas judicializar o debate é questionável”*.

No mesmo sentido conclui o *“Relatório sobre a Intervenção Judicial na Saúde Pública”*, do Ministério da Saúde observando como parâmetros utilizados para a compreensão da gravidade da situação a evolução dos gastos, o crescimento numérico das ações judiciais e as consequências das decisões proferidas:



O presente panorama identificou que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que promovem.

De fato, conquanto ainda não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país, pode-se afirmar, com base no que foi apurado pela presente pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário (dados do CNJ), os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, somam a quantia de R\$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta e mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos), quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerias, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios).

Vale destacar que os gastos federais com medicamentos no ano de 2010, para atendimento de todos os usuários do SUS, foram da ordem de R\$ 6,9 bilhões, o que significa que, no mesmo período, os gastos com ações judiciais, apenas daqueles 8 entes, corresponderam a quase 1/7 desse orçamento.

Desse modo, conquanto seja inegável que parcela significativa das ações judiciais decorre de interesses legítimos que não podem ser retirados da apreciação do Judiciário, é igualmente constatável que a concessão pela via judicial de um tratamento médico ou medicamentoso, pela própria característica de individualidade de que comumente se revestem, impacta de modo expressivo a programação e a organização do Sistema Único de Saúde, a revelar a necessidade de se **buscar uma linha de atuação, por parte de todos os interessados no assunto, que conjugue os interesses individuais com a percepção coletiva do mesmo direito.** (MINISTERIO DA SAUDE, 2013, p.18) [grifo nosso].

Com vistas a essas informações, Luís Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal conceitua Judicialização:

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 encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve 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. (BARROSO, 2011, p.3).

Isto posto, Barroso (2011) assevera que deve haver limites dados pela a capacidade institucional do Judiciário, já que o Brasil, assim como a maior parte dos Estados democráticos do mundo, se organiza em um modelo de separação de Poderes e as funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes.

Dessa maneira o Legislativo, o Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais, pois os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos, crítico da Judicialização, o recém-empossado Ministro, arremata:

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial. (BARROSO, 2011, p.15).

Neste sentido, considera que, formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo, “*mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade*”, pois entende que em questões em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. (BARROSO, 2011).

Quando questionado sobre as origens da judicialização pelo jornal o Estadão, em 02 de dezembro de 2012 o então Secretário de Saúde do Estado (SP), Giovanni Guido Cerri, diz:

o Ministério da Saúde trabalha com protocolos definidos com base em evidências científicas sobre a eficácia dos medicamentos para incluir os produtos na lista do SUS. Ocorre que a lógica da indústria farmacêutica nem sempre segue a lógica da saúde pública. Um medicamento novo não é necessariamente melhor do que outro similar, já existente. Mas as estratégias de marketing são executadas para convencer de que o novo produto é muito mais eficaz. Aí entra o interesse econômico. O Poder Judiciário, muitas vezes, é induzido por argumentos apelativos. Tanto que o próprio Conselho Nacional de Justiça publicou recomendações sobre a judicialização, com orientações sobre a conduta para os julgamentos, o que inclui ouvir previamente os gestores de saúde. A judicialização da saúde é um fenômeno que, infelizmente, vem atingindo em todo o país os gestores federal, estaduais e municipais. É uma distorção do conceito da universalidade da saúde. Em nenhum país do mundo onde a saúde é universal há distribuição da totalidade de medicamentos existentes no mercado. (O ESTADÃO, 2012).

Assis (2007), Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, compara a função jurisdicional do Estado frente à Constituição de 1988 e sua propositura de novos princípios, que de um lado lhe incrementa novos direitos e novas demandas e que de outro diminui o espaços político das decisões com a imagem de um Hercules dotado de infinitas capacidades e questiona:

Existirão homem e mulher, com formação jurídica, capazes de resolver problemas em caráter de urgência, sem colher opiniões especializadas, no regime da simples verossimilhança? Essa é a primeira preocupação. (ASSIS, 2007, p. 1).

Na mesma linha de pensamento, para Barroso (2008) há também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário já que:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro-justiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem

havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, 2011, p.16),

Tais considerações se justificam quando apontamos estudos como de Onofre R. A. Marques, publicado na Revista de Direito Sanitário em 2011, que revelam a realidade dessas demandas ao estudar 4.217 acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferidos no lapso temporal de 2000 a 2007, referente a ações que reivindicam o Direito a Saúde no âmbito do SUS e apontam que 83.87% foram deferidos de pronto com antecipação de tutela, fundamentados na grande maioria dos casos (87%) apenas na primeira parte do Artigo 196 da Constituição Federal: Saúde é Direito de todos e Dever do Estado, sem considerar que o próprio artigo diz que tal direito será garantido mediante políticas sociais e econômicas, ou pior desconsiderando que estas políticas públicas são quem garantem a equidade no SUS.

No mesmo sentido, cabe ressaltar a consideração feita por Azen (2007), Procurador Federal, quanto à limitação do poder prestacional à saúde, o qual sustenta que o direito subjetivo à saúde não ostenta caráter incondicional, pois para ele é inconcebível imaginar que o Estado deva estar sempre e de forma ilimitada à disposição dos interessados, justificando que é descabida a leitura feita do artigo 196 da Constituição Federal de modo que só se considere sua primeira parte – da qual se extrai que saúde é direito de todos e dever do Estado – “*sendo imprescindível não só a harmonização do seu conteúdo integral, mas também de todo o sistema*”. E citando Eros Roberto Grau, assevera: “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*”. (AZEN, 2007, p.16).

## 4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES AOS PRINCIPAIS CONTRAPONTO À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à administração pública para o fornecimento de medicamentos, internações, procedimentos, consultas, entre outras demandas oriundas de uma variedade de hipóteses, procura efetivar a promessa constitucional de prestação universalizada da assistência a saúde. No entanto, nos dizeres de Barroso (2008):

o sistema, (...) começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da própria cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos (...) dessa maneira proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja por inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade. (BARROSO, 2008, p.14).

O referido autor faz uma crítica técnica a Judicialização excessiva que se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, considerando o fato deste não ter como avaliar, por exemplo, se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, pois seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública, já que o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, administrando dessa maneira a *micro-justiça*, ao invés da *macro-justiça*, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Neste sentido o presente trabalho busca neste momento apenas pontuar essas e outras contradições existentes em torno das demandas judiciais em saúde com a finalidade de promover reflexão e contribuir com a racionalização do problema.

#### **4.2.1 Interferência dos Mandamentos Judiciais no Planejamento da Aplicação de Recursos**

Silvia Badim Marques (2008), Advogada Doutora em Saúde Pública e pesquisadora do programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ, afirma que a crescente demanda judicial acerca de acesso de medicamentos, produtos para saúde, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país.

Esses excessos e inconsistências das demandas judiciais na administração pública não são apenas problemáticos em si. Segundo Barroso “eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”, dificultando, inclusive, a implementação de políticas coletivas. (BARROSO, 2008).

Nesse sentido, também Barroso (2008) assevera que o *“Artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito a saúde se dará por meio de políticas públicas (sociais e econômicas) e não através de decisões judiciais”*. Entende que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência de tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem suprimidas, além de que esta se mostra a opção do constituinte originário ao determinar que o direito a saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas.

Mesmo porque as políticas públicas destinam-se a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de forma a promover a tão aclamada justiça distributiva, que deve ser inerente a própria natureza dos direitos sociais, como aponta Marques (2008).

Nesse tocante, para Barroso (2008) as decisões judiciais não deixam de ser um desarranjo institucional concebido pela Constituição Federal de 1988, já que não são poucos os que sustentam a impropriedade de retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos serão

gastos. Os recursos que custeiam a saúde são oriundos de impostos e é própria do povo a decisão de que modo os recursos públicos devem ser gastos, podendo preferir priorizar esta ou aquela ação de saúde, o que não deixaria de ser o cumprimento estrito a legislação infraconstitucional, Lei 8.142/90, que assim prevê que se de a organização e a distribuição de recursos no âmbito sanitário, inclusive conferindo extremo valor, como já vimos anteriormente, a participação popular como forma de legitimar tais decisões.

Há que se considerar, ainda, as objeções recorrentes de que as decisões judiciais provocam desorganização da Administração Pública por privá-las da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Casos exemplares de demandas oriundas do judiciário demonstram que algumas decisões poderiam trazer total exaustão orçamentária ao ente público, principalmente quando este é um município, o que pode colocar em risco o equilíbrio financeiro na prestação dos serviços de saúde a toda coletividade, afirma Romero (2009).

Ressalta-se, ainda, que não poderia o Poder Judiciário atuar de forma positiva a esse ponto, considerando que os valores a serem destinados à prestação de um direito social dependem da vontade do Poder Executivo, que cumprindo determinação legal, encaminha Lei Orçamentária Anual ao Poder Legislativo, que tem a incumbência de aprová-la, para depois vincular os gastos públicos que por estes também devem ser fiscalizados.

Appio (2005), nesse sentido alerta:

a determinação da retirada de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redesignação de verbas para obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritário, culminaria por concentrar nas mãos do judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-o num 'super poder. (APPIO, 2005, p.155)

Como apresenta Gustavo Amaral (2010) numa leitura do livro *The Coast of Right* (1999), obra dos professores Stephen Holmes e Cass R. Sunsteins, citando um trecho que diz:

Ao invés de alegar que as pessoas não tem direito a uma assistência afirmativa do Estado, ou que nenhuma ação estatal estivesse envolvida como causa direta, esses autores afirmam que o judiciário esta mal aparelhado para tomar decisões racionais sobre como agencia executivas devem alocar seus recursos e seu tempo. (...) Nada que custe dinheiro é absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõem em gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciários sem considerações `as consequências orçamentárias, pelas quais, em ultima instancia os outros dois poderes estão responsáveis. Direitos são relativos, não pretensões absolutas. (...) As finanças publicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer a explicar do que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes. (AMARAL, 2010, p. 41-44)

Tais demonstrações levam à conclusão de que querendo solucionar problemas pontuais, as demandas judiciais impactam de tal forma no planejamento da administração do sistema que acabam por desestruturá-lo, devendo por isso tais reflexões ser admitidas minimamente como um alerta.

#### **4.2.2 O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível**

À luz da doutrina brasileira da efetividade, que em sua essência busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa, e, ainda, admite que as normas constitucionais estejam dotadas de imperatividade. Entende-se que as normas constitucionais contêm comandos que podem ser descumpridos, tanto por ação, como por omissão. Dessa forma, permite-se buscar a tutela jurisdicional para reparação, pois em todas as hipóteses em que a Constituição Federal tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles exigíveis do Poder público ou do particular.



Assim, o Poder Judiciário, como aduz Barroso (2008), passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição e por consequência na garantia do direito à saúde.

A doutrina da efetividade, no entanto, passou a ter que conviver com novas formulações regulamentadoras, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como colisão entre normas, que abrigam especialmente princípios e direitos fundamentais, suscitando uma necessidade de ponderação para resolver tais situações, de modo a assumir conceitos como o do *mínimo existencial*.

Desse modo, há de se reconhecer um aparente antagonismo entre valores protegidos pela Constituição e os princípios administrativos, conforme se lê nas palavras da Procuradora Regional da República Monica Campos Ré (2010), ao citar parecer do Ministério Público Federal:

De um lado, o direito do cidadão a prestação de serviços que garantam sua vida e saúde. E de outro, o dever-poder do Estado de ao gerenciar os escassos recursos disponíveis, torna efetivas as prestações universais de saúde, de forma a atingir toda a coletividade, sem ofender o princípio da legalidade orçamentária, levando em conta que as verbas disponíveis não são infundáveis. (RÉ, 2010, p.6)

É nesse momento que, corriqueiramente nas leituras sobre o tema, se invoca o princípio da *reserva do possível*, que consiste em um limite imposto ao Estado para concretizar direitos fundamentais à prestação, cuja origem advém da doutrina constitucional alemã, e é frequentemente utilizada na doutrina brasileira, inclusive em decisões da Suprema Corte, que não deixa de padecer de críticas, quando aplicado de forma limitativa do direito, sem uma devida contextualização e comprovação da ausência de recursos pelo órgão demandado. (RÉ, 2010).

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao ensinar sobre direitos fundamentais, enquanto direitos à prestações positivas, assim se posicionou:

Observe que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível. Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional Alemã, na famosa decisão sobre '*numerus clausus*' de vagas nas Universidades, que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à reserva do possível." (ROMERO, 2010, p.9 apud MENDES).

Dessa maneira, Monica Campos Ré (2010) conclui a questão, pregando que:

...não se pode negar efetividade dos direitos fundamentais pelo argumento que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser melhor implementados em uma sociedade com recursos escassos e crescentes necessidades." (RÉ, 2010, p.15)

Considera o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR; julgamento: 17/03/2010, que:

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

(...)

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das perspectivas das finanças públicas, que 'levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez. (MENDES apud HOLMES; SUNSTEIN, 1999)

Na linha de defesa deste trabalho, observa-se decisão do Tribunal Regional Federal, criticando a interferência do Judiciário em Políticas Públicas de saúde definidas, TRF da 5ª Região, julgado pela 4ª Turma, na figura do relator Desembargador Federal Edilson Nobre, em 29/11/2011 no que diz:

DIREITO PÚBLICO SANITÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. POLÍTICAS PÚBLICAS. FORNECIMENTO DE FÁRMACO NÃO INSERIDO NA LISTAGEM FORNECIDA PELO SUS. DESNECESSIDADE. MEDICAMENTO SUBSTITUÍVEL. RECURSO IMPROVIDO. I- Regra geral, não pode o Poder Judiciário se imiscuir na seara reservada pela Constituição Federal ao administrador, para determinar, casuisticamente, a aquisição de medicamentos diversos daqueles fornecidos pelo SUS, sob pena de se inviabilizar as políticas públicas implementadas com vistas à universalidade das prestações e à isonomia no atendimento aos cidadãos, conforme apregoado no Art. 196, da Lei Maior. **II- Sendo limitado o orçamento da saúde, o deslocamento de verba para aquisição de medicamento não inserido na listagem do Ministério da Saúde de certo acarretará deficiência na prestação de outro serviço vinculado ao SUS, por falta de verba.** III- No caso em tela, não há evidências nos autos de que o emprego do fármaco receitado ao agravante é a única solução afim de promover o tratamento da sua doença. Assim, não se afigura razoável deslocar, num montante elevado (superior a 60 salários mínimos), os recursos destinados à saúde para custear o tratamento de uma única pessoa, quando há fármaco similar fornecido pelo SUS. IV- Agravo regimental improvido. Decisão Unânime. (BRASIL, 2011). [grifo nosso]

No entanto, apesar de ponderar a questão, a reserva do possível não é argumento aceito pela maioria esmagadora de nossos Tribunais. O próprio Supremo Tribunal Federal posiciona frequentemente considerando a fundamentabilidade de tal direito afastando a reserva do financeiramente possível, como se vê, no julgamento do RE-AgR nº 393175/RS; 2ª Turma; Relator Min. Celso de Mello:

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação -, que fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou

concretas – impõem ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instancias governamentais, quando estas adotarem providencias destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) -, recai, sobre o estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhe impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (RE-AgR nº 393175/RS; 2º Turma; Relator Min. Celso de Mello).

Assim como também se vê na ementa do RE 642536 AgR / AP – AMAPÁ, Relator Min. Luiz Fux, Julgamento em 05/02/2013 - Primeira Turma:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes

autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Resta-nos, destacar a razoabilidade de tais ponderações; em ambos os sentidos. Porém para tudo existe um limite que se estende ou se retrai, de acordo com a organização das prioridades que lhes são conferidas, devendo, sob a ótica em que trabalhamos ser essa organização de prioridades o principal e verdadeiro alvo da população e do próprio poder judiciário na busca da garantia do direito a saúde.

#### **4.2.3 A tripartição dos Poderes e a Interferência do Poder Judiciário na Gestão do SUS**

A ideia de Estado Democrático de Direito (Artigo 1º da CF/88) é síntese histórica de dois conceitos: Constitucionalismo, que na essência traduz a limitação do poder e supremacia da lei, e o da Democracia, que se traduz na soberania da vontade popular e governo da maioria, de que todo poder emana do povo, conceito positivado na Constituição de 1988 no parágrafo único do artigo primeiro.

Em decorrência do exposto, Barroso (2008) afirma que o poder político deve caber às maiorias que se articulam e se revezam no poder através da manifestação popular que elege para isso seus representantes. O chefe do Poder Executivo e os

membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular, já os membros do Poder Judiciário, como regra geral, por critério técnico, não eletivo. Portanto a ideia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de saúde.

É nesse sentido que o próprio Luiz Roberto Barroso (2008) levanta a questão sobre a interferência do Poder Judiciário, através dos juízes e tribunais, nas deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando as ações administrativas e políticas públicas a estes legitimamente confiadas, ao ponto que conclui:

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, a luz da colisão de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao Princípio Democrático. (BARROSO, 2008, p.20)

No mesmo sentido destaca-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR; julgamento: 17/03/2010 , quando pondera os argumentos contrários a judicialização da saúde, e diz que:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, entende-se que “*não cabe ao judiciário refazer escolhas dos demais Poderes, cabendo-lhe por certo coibir abusos*”, pois é a divisão de poderes que fortalece a democracia e o constitucionalismo, o que provoca uma tênue limitação entre esses poderes que no mesmo momento em que se autorregulam se chocam na busca de garantir os direitos fundamentais.

No sentido desta crítica, destaca-se trecho do julgado do Processo ARE 741554 RS, pleiteado fornecimento de fraldas descartáveis, Relatora Min. Carmem Lúcia, julgamento em 22/01/2013, frente ao argumento do Estado do Rio Grande do Sul através do Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que:

Sustenta, no recurso extraordinário, que: “O fornecimento de fraldas descartáveis não pode ser considerado como pedido de efetivação da tutela à saúde. (...) Há que se reconhecer que não se trata de pedido de medicamento, não integrando qualquer política de saúde do SUS. Trata-se de objeto para higiene pessoal, o que seria afeto, no máximo, à esfera da Assistência Social, não existindo qualquer fundamento legal a respaldar o pedido da autora. Destaque-se a título informativo que a Portaria 1480 de 31 de dezembro de 1990 do Ministério da Saúde dispensa os produtos absorventes higiênicos descartáveis, destinados ao asseio corporal, de registro na Secretaria de Vigilância Sanitária (SNVS), ou seja, nem ao menos controlados pela Vigilância Sanitária estes produtos são. (...) No presente caso, trata-se de pedido de ‘fraldas descartáveis’, as quais, ainda que úteis e mais práticas, se configuram mera comodidade. (...) Há que se aplicar ao presente caso a teoria da reserva do possível, que consiste em não impor ao ente público o atendimento daquilo que foge do âmbito do possível ou viável.

Desconsiderando o argumento do gestor do sistema, decide a referida Ministra:

Ora, se é verdade que “é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves”, o mesmo raciocínio vale para o caso concreto. (...) Conquanto se reconheça a existência de entendimentos favoráveis ao princípio da reserva do possível, segundo o qual o juiz não pode alcançar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto, inexistente nos autos prova da hipossuficiência econômica dos entes públicos para o custeio dos insumos postulados pela infante, ou que

prioridades da comunidade ligadas à saúde corram o risco de ficarem desatendidas.

(...)

A ausência da inclusão de fraldas geriátricas nas listas prévias quer no âmbito municipal, quer estadual, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados, desde que demonstrada a imprescindibilidade para a manutenção da saúde do cidadão, pois é direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, quando desprovido o cidadão de meios próprios. 3. É direito de todos e dever do Estado promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, acompanhamento médico e cirúrgico, quando não possuir o cidadão meios próprios para adquiri-los. 4. Comprovada a carência de recursos da autora para arcar com o tratamento, compete ao Estado fornecer os produtos imprescindíveis a sua saúde. Apelações desprovidas.

Destaca-se ainda a ponderação feita pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso extraordinário 668.724 RS, Relator Min. Luiz Fux, sobre o pleito de fraldas descartáveis, quando diz:

Tem-se, no processo nº 2 da lista, que é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 668.724 – e o extraordinário foi admitido na origem –, o seguinte questionamento: saber se a mercadoria "fraldas descartáveis" está no âmbito do direito à saúde considerado o fornecimento de medicação pelo Estado. É um tema que deve ser delimitado sob o ângulo constitucional, presente a obrigação de o Estado fornecer – como disse – medicamento.

Discute-se nesse trabalho que a resposta a este questionamento deve ser dado pela população local, determinando, junto a seus representantes dos poderes Executivo e Legislativo, legitimamente a prioridade de saúde, frente às suas necessidades e disponibilidade de recursos, cabendo ao Judiciário verificar a legalidade de tais atuações, pois como já foi dito, não lhe cabe refazer escolhas já feita pelos demais poderes.

Em reforço a esta tese, vale destacar a entrevista concedida pelo importante constitucionalista Joaquim Gomes Canotilho, ao Jornal Valor Econômico, sob o título: *“Constitucionalista alerta para riscos da Judicialização - Políticas Públicas não*



são atribuição dos Tribunais”, quando questionado quando ao direito à saúde, que tem repercussão de bilhões de reais para os cofres do governo (...), responde:

(...) As políticas públicas não podem ser decididas pelos tribunais. Como é que os tribunais tem legitimação ou não para substituírem os agentes públicos na realização de políticas? A resposta é quem em muitos casos não é o tribunal que decidir. Há milhares de pessoas que não conseguem chegar aos tribunais, então, há certa desigualdade. Mas, penso também que há uma inquietação dos tribunais muitas vezes, os medicamentos não chegam às pessoas. Há medicamento raros e certa rigidez e falta de compreensão para situações específicas de alguns doentes. Isso põem em causa a defesa do bem da vida. Os tribunais devem ter legitimação para solucionar um problema desses. É um problema de justiça e o valor que está a ser invocado é indiscutível: O bem da Vida. Daí compreendo algumas das inquietações do Judiciário. A Constituição nos obriga a respeitar algumas garantias, como o direito à vida e o exercício de nossa profissão nos leva a situações excepcionais, como a que o senhor descreveu: Uma sentença que obriga a um comportamento ativo por força das autoridades.

E ainda:

“Com a Judicialização das políticas, a Justiça não tem nada a ganhar e a política tem tudo a perder. O Jurista acredita que as políticas públicas devem ser conduzidas pelos governos e ao Judiciário cabe apenas verificar se determinadas medidas ferem a Constituição – O Judiciário não foi feito para completar políticas públicas ou para demovê-las. (BASILE, 2011, p. A14).

E alerta que sobre o ativismo Judicial, “Algumas medidas são adotadas sob pressão do Judiciário e conduzem ao alargamento da Constituição”. “Os tribunais devem ser cautelosos com as políticas públicas. Uma coisa são as políticas que podem implicar em violação de direitos e outra são as políticas que podem não ser aceitas por uma parte da opinião pública, mas que são feitas com base numa legitimidade de governo que tem justamente a responsabilidade de dinamizá-las”.

#### **4.2.3. Demandas Judiciais: Direito Individual x Direitos Coletivos**

Para arrematar as controvérsias oriundas das demandas judiciais na área da saúde, resta indagar como tem sido efetuada a ponderação dos direitos individuais frente

aos direitos coletivos postos em confronto, sob uma perspectiva de que, em face do direito individual, temos um autor visível que coloca seu rosto nos autos e de outro lado temos uma gama de indivíduos, dispersos na sociedade, que esperam passivamente seu adimplemento através das medidas contidas nas políticas públicas.

Assim, em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependendo das políticas universalistas, implementadas pelo poder executivo “*retratando uma realidade dramática onde se esta em jogo o direito a vida e a saúde de uns versus o direito a vida e a saúde de outros (...)*”, e complementa, conforme se observa por meio do excerto:

pois cada uma das decisões pode atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, mas globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca a promoção da saúde pública e demais políticas universalistas. (BARROSO, 2008, p.29).

Lê-se, ainda:

Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios. (BARROSO, 2008, p.29).

Além disso, aponta o mesmo autor que “*o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública* que deve elaborar políticas públicas de saúde, seguindo diretrizes de modo a reduzir desigualdades sociais. (BARROSO, 2008).

Como assevera Gustavo Amaral (2010), “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa se assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre a *micro* e a *macro-justiça*. E lembra, ainda, que tal problemática não é de uma deficiência dos julgados, mas apenas uma característica, pois o Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhes são postas, Trata ele portanto da microjustiça, a justiça do caso concreto.

Ainda deste o mesmo autor, na obra “O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde” (2011), entre as premissas inafastáveis para o enfrentamento da questão da judicialização da saúde é partir do ponto de que

uma norma para ser justa, deve ser aplicável a todos que se encontrem em situação similar, e que afirmar uma decisão fundada no Direito ‘e afirmar uma norma subjacente, de tal modo que situações similares devem receber a mesma solução. (AMARAL, 2011, p.86)

O Ministro Gilmar Mendes, nas palavras de Gustavo Amaral (2000), destaca em seu voto tal ponderação a ser feita, no SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR; julgamento: 17/03/2010 quando diz:

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo.

O que se observa é que quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implantação dessas políticas, acaba por privilegiar aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial, e, desta forma, acaba por servir mais à classe média que aos pobres, que terminam por serem mais excluídos, pela circunstância do governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em um programa institucionalizado, para cumprimento de decisões judiciais.

Nota-se, ainda, que tal como se encontra a situação atual, cria-se um exacerbamento do individualismo. Isto porque questões consideradas como coletivas (universais) são tratadas apenas como se fossem de ordem individual, impactando mais ainda os programas e políticas já existentes.

### 4.3 O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após percorrer caminhos conceituais, e buscar estabelecer um panorama sócio-histórico do Direito a Saúde no Brasil, além de estudar a forma que organização administrativa em seu entorno, passamos a abordar o papel, a funcionalidade e a importância das políticas públicas na efetivação do direito à saúde, tendo sempre como pano de fundo os Direitos Fundamentais.

Em primeiro plano, vale um esforço conceitual no que tange às políticas públicas. Destaca Ricardo Augusto Dias da Silva (2010), professor de Direito Constitucional da Universidade da Amazônia, que não há uma conceituação unificada sobre o que são políticas públicas, porém é possível entendê-las genericamente por estratégias concebidas pelo poder estatal para alcançar determinadas finalidades em nome do interesse público.

Já Gustavo Amaral (2011) define Políticas Públicas como:

um conjunto de medidas e procedimentos estatais, diretas e indiretas, que buscam atingir uma meta ideal. Neste sentido, o dever do Estado 'e o de desenvolver mecanismos gerais de atendimento e o direito do individuo 'e o cumprimento dessas políticas, nos limites em que estabelecidas. (AMARAL 2011, p. 82)

Marques (2008) aponta as políticas públicas como instrumento de racionalização da prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da

população, de forma que possibilita promover a tão aclamada justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais.

Afirma o autor, baseado nas observações propostas por Fábio Konder Comparato (2010, p.145) que *“uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública”*. (SILVA, 2010)

Grande parte dos autores passa dissertando quanto a características de prestação positiva do Estado no que tange aos direitos sociais, comparando-os e colocando-os em contraste com as liberdades individuais que exigem uma abstenção do Estado, sem maior aprofundamento sobre como devem ocorrer essas prestações positivas.

E nesse ínterim é que ganha relevância a abordagem das políticas públicas, como sendo objeto dos Direitos Fundamentais, direcionadas à sua efetivação, pois o fundamento de uma política pública deve estar sempre na necessidade de concretização dos direitos dos cidadãos através das prestações positivas do Estado.

Sobre o tema, destaca-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR; julgamento: 17/03/2010, e diz que:

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestada, a maximização dos resultados etc.

(...) e ainda:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da

saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Percebe-se atualmente que o interesse do Direito pelas políticas públicas vem aumentando de forma gradativa, com vistas a proporcionar maior controle, seja ele jurídico ou social, sobre os fins delineados pela Constituição Federal, pois na vigência de um Estado Constitucional estas deixam de se situar exclusivamente no âmbito da deliberação política para receber intensa circunscrição jurídica, em especial da própria Constituição. (SILVA, 2010).

Assevera o constitucionalista Ricardo Augusto Dias da Silva (2010):

Não é demasiado lembrar que as políticas públicas, antes de possuir uma natureza jurídica, detêm uma índole política inafastável, como historicamente foram fundadas. Em passado recente, pode-se dizer que elas não era concebidas como temática essencialmente jurídica diante de sua vinculação a valores que não os destinados à implementação dos Direitos Fundamentais (SILVA, 2010, p. 146).

E destaca:

As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há aproximadamente 20 anos, havendo pouco acúmulo teórico a respeito, o que desaconselha a busca por conclusões acabadas. Ademais não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência jurídica, contrasta com a estabilidade e a generalidade jurídica. A noção de política pública emergiu para o direito com a configuração prestacional do Estado. (SILVA, 2010, p. 148, *apud* Marília Lourindo dos Santos).

Tais políticas representam um instrumento utilizado no Modelo de Estado Constitucional: o governo por políticas, que se contrapõem à forma de atuação ao Estado de Direito, designado por governo de lei. Nessa direção, coloca como evidencia que, para o Estado Brasileiro, a Constituição de 1988 representou a inauguração de um novo constitucionalismo, cuja característica principal está em sua materialidade como norma, com expressão inclusão da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais, característica marcante

do Estado constitucional, contemplador do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2010).

Depreende-se disso que, aos poderes públicos, compete a realização dos objetivos fundamentais estabelecidos por comandos normativos do sistema jurídico através das políticas públicas.

De outra banda, não se pode afastar a questão que se apresenta ao Estado, no que se refere a primordial e árdua tarefa de eleger quais direitos são promovidos ou protegidos e em quais momentos frente à limitação de recursos, devendo considerar para esse fim as políticas públicas com a premissa de que estas últimas não se reportam tão somente ao terreno da delimitação política, mas sobretudo devem estar subordinadas aos mandamentos constitucionais, e em especial aos interesses, necessidades e anseios da população.

Ademais, tal importância das políticas públicas como forma de garantir o acesso ao Direito à saúde em confronto ao acesso ao mesmo direito via judiciário esta muito bem retratado no trecho do artigo publicado pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado a Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria a classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média. (BARROSO, 2008, p. 30)

Conclui Ricardo Augusto Dias da Silva que:

É razoável concluir-se que a Constituição Federal elegeu a promoção dos Direitos Fundamentais como um dos seus objetivos fundamentais, estabelecendo as políticas públicas como instrumentos para esses objetivos, com recursos definidos no orçamento ao qual as escolhas

encontram-se vinculadas em razão dos limites estabelecidos para o dispêndio de recursos públicos. (SILVA, 2010, p.147)

Logo, ao se ampliar a utilização de políticas na concepção de um instrumento eficaz, próprio do agir estatal,

*por certo se estará propagando, juridicamente, a efetivação dos direitos fundamentais, isto porque, estarão cada vez mais elevados ao patamar de destaque, de supremacia do sistema constitucional contando, portanto, com um mecanismo sólido para sua efetivação – as políticas públicas.* (SILVA, 2010, p.148)

Acredita-se ser esta a razão do debate deste trabalho. Não se pode ignorar a importância das políticas públicas na efetivação dos Direitos Sociais, como, no caso, a saúde. Não se pode deixar de reconhecer o instrumento que traz a eficácia a um direito, e ainda, como se vê nas citações (supra) o próprio mundo jurídico até há pouco não se apropriava, ou sequer as considerava. As políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde, nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível, ao menos buscar conjugar os interesses individuais com os coletivos que pretendem ser formalizados mediante tais políticas.

#### 4.4 DESAFIOS A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O mais amplo sentido que se admite na luta em defesa ao direito à saúde, portanto, é que este seja considerado sob uma dimensão coletiva, universal, equânime e que seu adimplemento enquanto direito social seja pautado na justiça distributiva.

Tanto para Barroso (2008), quanto para Ré (2010) é inegável, até o momento, que a execução das ações e serviços de relevância pública, concernentes à proteção,



prevenção e assistência à saúde dos cidadãos seja uma obrigação principalmente do Estado, o que se não for cumprido nos termos do regramento existente resulta em direitos exigíveis judicialmente. O Poder Judiciário como consequência passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

Com base nas pautas abordadas neste trabalho, temos, também, como objetivo, oferecer subsídios à racionalização do problema, promovendo reflexão sob os aspectos pelos quais a judicialização excessiva poderia estar contribuindo para desestruturação de um já combalido sistema. Citamos, mais uma vez, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, querer ser mais do que se é, é ser menos. (BARROSO, 2008, p.14).

Dessa forma, o judiciário se vê diante de uma colisão de valores ou interesses que contrapõem de um lado o direito à vida e a saúde, de outro a separação de Poderes, os princípios orçamentários, a reserva do possível, o planejamento, a organização e gestão do sistema, mas *“a realidade é mais dramática, porque frequentemente o que está em jogo nesses casos é o direito a vida e a saúde de uns versus o direito a vida e a saúde de outros e não há solução juridicamente fácil e nem moralmente simples nessa questão”* (BARROSO, 2008)

Para Barroso (2008), *“o papel do Poder Judiciário, em um Estado Constitucional Democrático, é interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos, assegurando o respeito ao ordenamento jurídico”*. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão dessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Porém, há de se dedicar atenção e guardar parcimônia sobre o quando agir, já que o

assunto envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde, e como cláusulas gerais que comportam multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. (BARROSO, 2008).

Neste momento, para dar efetividade à reflexão sobre a multiplicidade de sentidos dos princípios e direitos fundamentais e os diversos meios que podem levar a sua concretização, é de fundamental importância retomar a discussão da própria conceituação de saúde e seus dilemas, nas palavras de Sueli Gandolfi Dallari (1988):

“Fica evidente a dificuldade que existe para garantia do direito quando se considera a amplitude da significação do termo saúde e a complexidade do direito a saúde que depende daquele frágil equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, permeado pela necessidade de reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento”. (DALLARI, 1988, p.60)

A mesma autora considera a essencial participação popular para compreensão do direito a saúde, já que apenas a comunidade é capaz de definir a extensão do conceito de saúde, e diz mais:

E é apenas a partir da determinação concreta do direito que se pode construir sua garantia, determinando responsabilidade. Assim, por exemplo, somente uma comunidade situada pode definir que para serem saudáveis as pessoas não podem enfrentar problemas decorrentes do sistema de transporte. Ora, numa cidade de tamanho reduzido, sem área rural, ninguém terá seu bem estar físico ou psíquico atingido pela qualidade dos transportes. Entretanto, em uma grande metrópole, o tempo despendido e as condições em que as pessoas são transportadas de suas residências para o local de trabalho freqüentemente dificultam o alcance do bem estar físico e psíquico, quando não causam doenças. É, portanto, indispensável que a saúde seja conceituada em cada comunidade”. (DALLARI, 1988, p.60)

Assim, o direito a saúde deve ser definido em nível local. Apenas a comunidade pode decidir quais as prioridades em termos de saúde devem ser ofertadas com maior ou menor disponibilidade,

logo tanto a saúde, quanto o direito a saúde apenas será assegurado numa organização estatal e social que privilegie o poder local, uma vez que a responsabilidade deve ser especificada para que o direito seja garantido. (DALLARI, 1988, p.60).

O artigo supracitado foi elaborado num contexto de nova proposta constitucional e objetivava oferecer subsídios técnicos para o que temos hoje em termos de legislação. Citá-lo hoje não se trata mais de apresentar propostas inovadoras, nem de “reinventar a roda”, mas sim de admitir que a tarefa de construir um sistema que garanta efetividade ao direito à saúde, pautado nas necessidades locais, com definição de prioridades através da participação popular; já tarda.

A proposta da municipalização e da participação popular foi bandeira do movimento da reforma sanitária, que data da década de 70, as Leis Orgânicas da Saúde – Lei 8.080/90 – e em especial a Lei 8.142/90 que dispõem sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) alicerçam a organização da prestação do serviço sanitário na atividade do Conselho Municipal de Saúde, que deve atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde. (BRASIL, 1990).

Além desta, podemos citar outras bases legais sob as quais se fundamentam e fortalecem, não só a participação popular, como também prevê a elaboração de documentos e instrumentos que facilitam a operacionalização dessa participação e a respectiva fiscalização, que poderia servir de base ao judiciário para apurar a eficácia da Administração Pública na garantia do direito a saúde efetivado através do SUS.

Todavia, destaque é dado a Portaria 399, de 22 de fevereiro de 2006, a qual divulga o Pacto pela Saúde, atual norma operacional do SUS, e a Portaria 3085, de 1º de

dezembro de 2006, que regulamenta o Sistema de Planejamento do SUS de onde destacam-se os artigos:

Art. 1º Regulamentar o Sistema de Planejamento do SUS, nos termos do disposto nesta Portaria.

(...)

§ 3º Como parte integrante do ciclo de gestão, esse Sistema buscará, de forma tripartite, a pactuação de bases funcionais do planejamento, de monitoramento e da avaliação, bem como promoverá a participação social e a integração intra e intersetorial, considerando os determinantes e os condicionantes de saúde.

(...)

Art. 4º O Sistema de que trata esta Portaria terá expressão concreta, em especial, nos instrumentos básicos resultantes do processo de planejamento nas três esferas de gestão do SUS.

§ 1º São instrumentos básicos do Sistema de Planejamento do SUS:

I - o Plano de Saúde e a respectiva Programação Anual em Saúde; e

II - o Relatório de Gestão.

§ 2º Estes instrumentos, em cada esfera de gestão do SUS, deverão ser compatíveis com os respectivos Planos Plurianuais (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme dispositivos constitucionais e legais acerca destes instrumentos.

§ 3º O Plano de Saúde é o instrumento básico que, em cada esfera, norteia a definição da Programação Anual das ações e serviços de saúde prestados, assim como da gestão do SUS.

§ 4º O Relatório Anual de Gestão é o instrumento que apresenta os resultados alcançados e orienta eventuais redirecionamentos que se fizerem necessários... (BRASIL, 2006).

Dessa forma, podemos concluir que não faltam instrumentos para nortear o judiciário na verificação do planejamento que, em última análise deveria demonstrar a opção feita pela população para suprir suas necessidades de saúde, priorizando a aplicação de recursos.

Dallari (1988) já alertava:

Portanto é necessário que o Poder Legislativo Municipal aprove o Plano de Saúde para o Município, elaborado com a participação da população e assessorada por pessoal técnico do próprio município, da Unidade Federada ou da União, e que o chefe do poder executivo o sancione, formalizando responsabilidade civil, penal, administrativa e política do município. (DALLARI, 1988, p.62)

Dessa maneira, destaca-se que *“qualquer esforço para assegurar o direito à saúde deve, necessariamente, prever mecanismos acessíveis e ágeis de responsabilização formal”*, após a fixação da responsabilidade do poder municipal, que decorre da Lei, do Plano, o controle popular dos meios pactuados de garantia do direito à saúde depende da efetiva possibilidade de responsabilização do município ou da instância asseguradora da devida obrigação, para que desta forma *“o direito firmado na Constituição seja assegurado pela disposição que prevê a obediência do Plano Municipal de Saúde por todos os prestadores de cuidados de saúde.”* (DALLARI, 1988).

Assim, a importância do judiciário na garantia do direito a saúde deve se fortalecer baseada nos instrumentos de gestão e planejamento do SUS que historicamente não são respeitados, *“onde a cada período de governo se elabora um Plano de saúde que não será executado pelo sucessor e se arquiva o precedente.”* (DALLARI, 1988).

No mesmo sentido, Marques (2008) sustenta que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde, nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos, formalizados mediante tais políticas.

A fim de se alcançar abordagem mais ampla, há de se vislumbrar a potencialidade das ações coletivas como uma das formas de proteção possíveis de serem utilizadas a fim contemplar a garantia do direito a saúde. Nesse sentido, as ações

civis públicas têm obtido destacada importância, principalmente, ao fato de levarem para o Poder Judiciário o pleito de efetivação de direitos fundamentais sociais estipulados pelo texto constitucional.

Entende o Desembargador Genaro Baroni Borges, integrante da 21ª Câmara Civil do TJRS, quando citado por Silva: “*O sistema de saúde se tornou judicializado porque chegaram ao Tribunal de Justiça questões que não deveriam chegar*” e a partir daí entende que “*o Judiciário, tanto quanto o paciente, é vítima da situação carente do Estado e se vê incumbido de administrar escassez de recursos públicos quando essa não é a sua função.*” (SILVA, 2005).

Na mesma direção, Monica Campos Ré (2010) conclui que “*os conflitos encaminhados ao Poder Judiciário, na verdade constituem-se em verdadeira ‘válvulas de escape’ para situação de ineficiência e inércia dos demais poderes*”. Isto porque os casos quando levados a juízo constituem-se em um deslocamento de situações de ineficácia político administrativa, razão pela qual é necessário tratar a questão sob o ponto de vista estrutural, e para tanto há de se observar a prestação integral como foi estabelecida, conforme previsões orçamentárias, se o orçamento está sendo executado adequadamente, ou ainda se essas atividades administrativas estão sendo efetuadas com base no princípio da eficiência, inserido a esses a verificação da possibilidade das demandas geradas pelo judiciário sejam universalizadas, ou seja, que os direitos alcançados por um sejam estendidos a todos que se encontrem na mesma situação.

Dessa maneira, cabe reafirmar e ressaltar que as ações coletivas foram entendidas por Monica Campos Ré (2010), Procuradora Regional da República, como principal referencial em termos processuais para defesa do direito e proteção da saúde, tendo em vista a oportunidade que desta advém, e o potencial resultado universal tão procurado em termos de adimplemento desse direito.

O Poder Judiciário atua sob a perspectiva da microjustiça do caso concreto, ficando o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões, o que para Marques (2008) revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a

justiça distributiva que representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos, que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos poderes legislativos e executivos do Estado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho defende o reconhecimento do Direito à Saúde como Direito Social positivado na Carta Maior do País, como consequência do Direito Fundamental à Vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo o mais básico dos direitos, o bem maior a ser tutelado pelo Estado, que tem por indiscutível atribuição a promoção, preservação e recuperação da saúde de todos os cidadãos.

O reconhecimento de tal direito como fruto de uma conquista popular e do legítimo movimento pela reforma sanitária deve ser preservado e exaltado como vitória que garante acesso universal, igualitário e integral as ações e serviços de saúde, devendo, portanto, ser protegido e resguardado por todos os poderes e entes federados.

Com um olhar extremamente cuidadoso em relação à questão da saúde como direito é que procuramos nestas linhas discutir o papel da judicialização das demandas de saúde. Observamos o que tal fenômeno tem provocado na estruturação do sistema público de saúde, na intenção de alertar que tal arranjo possa estar, verdadeiramente, se constituindo num desarranjo institucional.

Dessa maneira, as considerações finais deste trabalho verificam-se na justa amarração entre o excesso de lides no que tange as políticas de saúde com as dificuldades peculiares do setor.

A discussão parte da conceituação do termo 'saúde', que se revela um dilema conceitual, o qual reflete na abrangência desse direito positivado pela Constituição Federal de 1988, visto que o conceito da Organização Mundial de Saúde, amplamente adotado por profissionais da área da saúde, ao tratar a saúde como perfeito bem estar biológico, psíquico e social, passa a receber críticas, pois de tão abrangente padece de tangibilidade.



Ora, se não se alcança consenso quanto ao conceito do termo, há de se estender tal tormento, também, a falta de definição no que se refere ao 'direito à saúde', em seu conceito jurídico, no qual não existe o vislumbre da hegemonia na doutrina, sequer quanto suas formas de prestação, limites ou verdadeiras necessidades.

Percebe-se, no decorrer do trabalho, que tais indefinições podem estar influenciando diretamente no volume de lides que abarrotaram o judiciário nos últimos anos, com toda sorte de pleitos, culminando nas mais variadas decisões, que em última análise, tentam efetivar o tão almejado Artigo 196 da Constituição Federal: "*Saúde é um direito de todos e dever do Estado*".

Ao realizar uma análise, mesmo que superficial do artigo 196, que sob o ponto de vista de alguns doutrinadores está sendo interpretado aos pedaços no dia a dia, se pressupõe também que esse direito seja garantido através de políticas públicas, onde se entende que deva estar o verdadeiro alvo a ser perseguido pelo judiciário.

Corroborando com a classificação do Art. 196 da Constituição Federal como uma norma de eficácia limitada de princípio programático, e que por isso deva ter sua eficácia garantida através de programas ou políticas públicas, entendemos, portanto, que estas devam ser o foco principal para concessão e garantia de tal direito de modo materialmente igualitário.

Deve-se reconhecer que o objeto do direito social, a saúde, no caso, é uma política pública que garanta uma justiça distributiva, permitindo a universalização à medida que não se contempla uma pessoa, e sim, todas aquelas que se encontrem em igual situação.

Acredita-se ser esta a razão deste debate. Não se pode ignorar a importância das políticas públicas na efetivação dos Direitos Sociais. Não se pode deixar de reconhecer o instrumento que deve dar efetividade a um direito.

Depreende-se disso que aos poderes públicos compete à realização dos objetivos fundamentais estabelecidos pelas normas constitucionais através de políticas públicas.

Deste modo, o Estado, através de seus poderes, deverá assumir a árdua tarefa de eleger quais direitos serão promovidos ou protegidos e em quais situações, frente à limitação de seus recursos, devendo considerar para este fim a construção da melhor política pública com a premissa de que estas não se estruturam apenas em decisões políticas, mas, sobretudo, subordinem-se aos mandamentos constitucionais e em especial aos interesses e anseios da população.

Entende-se que ao ampliar a utilização de políticas como meio de garantia dos direitos fundamentais estaremos criando mecanismos concretos de efetivação e controle.

Deste modo, o judiciário, em respeito ao princípio democrático de direito, a tripartição dos poderes, e com foco na *macro-justiça* e/ou na justiça distributiva, deveria se reservar a exigir o cumprimento ou implantação de políticas públicas garantidoras da saúde, como direito de todos e não como direito apenas dos que se socorrem do judiciário, principalmente quando sabemos que poucos podem beber dessa fonte, o que acaba por privilegiar aqueles que têm mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, a não necessariamente aquele que tem mais necessidade, como deveria ocorrer frente ao princípio da igualdade, não meramente formal, mas assim aquela igualdade mais almejada, a igualdade material que considera as diferenças e necessidades.

Conferir o direito a saúde a 'conta gotas', por meio de decisões judiciais, que se manifestam através de juízes, atores sociais treinados a administrar uma micro-justiça, seria contrariar um dos mais elementares princípios do SUS, perseguidos desde o Movimento da Reforma Sanitária – a Universalização – privilegiando aqueles que têm acesso ao judiciário em detrimento daqueles que buscam alcançar seus direitos através das políticas universalistas, o que não seria favorável também aos princípios da equidade e da isonomia, igualmente relevantes e postulados pela Carta Maior do País.

Apontando as contradições de se tornar o sistema de saúde judicializado, evidenciou-se que tal prática pode levar um sistema já combalido a completa desestruturação pela desarrumação que provoca. Talvez por isso entendemos que

o princípio da reserva do possível que se vê refutado na maioria das lides em nome do direito a vida e a saúde de um, não podendo prevalecer frente a princípios orçamentários e de separação dos poderes, na atual conjuntura está verdadeiramente sendo posto e ponderado frente o direito à vida e a saúde de um e o direito a vida e à saúde de outros tantos.

Diante de tamanha complexidade e elevada carga dramática que atinge tal problemática, não houve pretensão em concluir e definir soluções acabadas no presente trabalho, mas sim apontar pontos carentes de reflexão, que merecem atenção dos operadores do direito, a fim de que estes também possam desenvolver papel de fortalecimento do sistema que protege o mais importante dos direitos: o direito à vida.

Porém, reconhecer tais dificuldades e discutí-las não é o suficiente, quando é possível, através de um estudo, também propor pontos de partida na discussão da implementação de novos caminhos. E, assim, através do presente debate, apesar de não se apresentarem novidades, se reconhece ferramentas que podem ser implicadas no fortalecimento de um sistema de políticas universais para que acima de tudo possamos atender às necessidades da população.

As ações civis públicas, como forma de defender as demandas coletivas, com foco principal nas políticas públicas, sendo em sua concretização ou impondo sua instituição, podem ser excelentes aliadas à garantia do direito a saúde, quando perpassam as decisões e definições das necessidades locais através dos Conselhos Municipais de Saúde e outras instâncias de participação popular, que têm potencial de tornar tangível o, então, indefinido conceito de saúde.

Além disso, os instrumentos de gestão preconizados para o efetivo planejamento do SUS, através da Portaria 3085/06, podem da mesma forma fornecer parâmetros à atuação judicial, norteados o efetivo acesso daquela comunidade aos bens e serviços de saúde. Da mesma maneira, as programações feitas desde o Plano Plurianual, em conjunto com as demais Leis Orçamentárias, aprovadas pelo Legislativo, devem ser fiscalizadas quanto ao seu cumprimento, pois estes são

legítimos pactos sociais, costumeiramente desrespeitados, que poderiam minimamente ser bases para as prestações de serviços na área.

Enfim, entende-se que os objetivos deste trabalho foram alcançados à medida que este possibilitou reflexão da situação atual do judiciário frente às demandas relativas à saúde, pois reconhecer dificuldades é início de um trajeto para reprogramação; assim como elencar caminhos possíveis e cogitar novas oportunidades e possibilidades, é aceitar desafios rumo ao objetivo comum de garantia universal, integral e igualitária ao direito a saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217. São Paulo: Renovar, 1999.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo. “Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária”. In: O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Milton Augusto de Brito Nobre, Ricardo Augusto Nogueira Dias da Silva (Coord). 1 ed. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: A Proteção do Direito a Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ASSIS, A. de. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Nora Dez, 2007.

AZEN, G. B.N. “Direito a Saúde e comprovação da hipossuficiência”. In: Aspectos Polêmicos e Atuais da Jurisdição e do Direito à Saúde, 2007- p.13-23). Sapucaia do Sul - RS, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”. In: Revista Diálogo Jurídico, nº 15, jan-mar, 2007. Salvador-BA.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Revista da OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 25/07/2011.

BARROSO, L. R. Discurso Proferido na Audiência Pública do Supremo Tribunal de Justiça sobre o Tema: Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema em 06 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 01 de julho de 2013.

BARROSO, L. R. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial”. In: Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba/MG, V.11, n15, p.13-38, novembro de 2008.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BIGOLIN, G. “A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais”. In: Revista do Ministério Público. Porto Alegre, 2004.

BASSETTE, Fernanda. Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. ESTADÃO - O Estado de São Paulo. São Paulo, 28 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740,0.htm>. Acesso em 10 de julho de 2013.

**BASSETTE, Fernanda. “Judicialização da saúde é uma distorção, diz secretário. ESTADÃO” - O Estado de São Paulo. São Paulo, 02 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,judicializacao-da-saude-e-uma-distorcao-diz-secretario-,805981,0.htm>. Acesso em 10 de julho de 2013.**

BASILE, Juliano. Entrevista: José Gomes Canotilho: “Constitucionalista alerta para riscos da judicializacao”. Jornal: Valor Econômico, Editorial Especial, p. 14. Brasília, 10 de outubro de 2011.

BISOL, J. “Judicialização desestruturante: reveses de uma cultura jurídica obsoleta”. In: *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde.* / COSTA, A. B... [et al.] (org.) – Brasília: CEAD/UnB, 2009.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 11<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 2013. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/com\\_1988/index .htm](http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/com_1988/index.htm)>. Acesso em julho de 2013.

BRASIL. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2001: regulamentação da Lei nº 8.080/90*. Série E. Legislação de Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. – Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Vol. 1. Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. Sistema Único de Saúde (SUS) princípios e conquistas/ Ministério da Saúde, Secretaria Executiva– Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Caminhos do Direito à Saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa.– Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007. 24 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde).

BRASIL. Relatório Intervenção do Poder Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Ministério da Saúde 2013. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama%20da%20judicializa%C3%A7%C3%A3o2013.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2013.

BRASIL. A construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo – Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

\_\_\_\_\_. *Recomendação 31 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=10547&Itemid=515](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=10547&Itemid=515)>. Acesso em out e nov. de 2010.

\_\_\_\_\_. Notícias do CNJ: *Demandas de saúde passam de 112 mil em todo país*. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/>>. Acesso em out. e nov. de 2010.

\_\_\_\_\_. *Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no Âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais*. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica Ministério da Saúde. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2013.

CANOTILHO, J. J. G. “Pressupostos dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Modelos de Positivção”. In: *Direito Constitucional*. 5º Edição. Coimbra: Almedina, 2002. (p.467-480)

CANUT, L. e CADEMARTORI, S. “Neoconstitucionalismo e Direito a Saúde: Algumas Cautelas para a Análise da Exigibilidade Judicial”. In: *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 12, n. 1 p. 09-40 Mar./Jun. 2011.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joa%20o%20Trindade%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>. Ano: 2010. Acesso

em 24 de março de 2013

COHN, A.: *Caminhos da Reforma Sanitária*. In: Lua Nova, n.19, nov. 1989. Revista do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, São Paulo.

DALLARI, S. G. “O direito à saúde”. Revista Saúde pública, São Paulo, 22 (1): 57-63, 1988.

DALLARI, S. G. e NUNES, V. S. J. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 6º Edição, revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva; 2009. (p.154-159)

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ELIAS, P. E. *Análises sobre a reforma sanitária e concepções políticas subjacentes: a visão autoritária do ideário progressista*. Saúde Soc.. 1993, vol.2, n.1, pp. 59-73. ISSN 0104-1290.

\_\_\_\_\_ **Judicialização da saúde aumenta gastos de governos. Notícias: Ministério Público do estado de Goiás - Brasil Econômico em 10 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/2/noticia/b839a3b32ec48e16a5f6771fbd6d5abd.html?titulo=Judicializa%E7%E3o%20da%20sa%FAde%20aumenta%20gastos%20de%20governos>. Acesso em 10 de julho de 2013.**

LENZA, Pedro. “Direitos e Garantias Fundamentais.” In: Direito Constitucional Esquematizado. 16 ed. Ver. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva: 2012.

LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Sílvia Badim. “Judicialização Do Direito à Saúde”. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 9, n. 2 p. 65-72 Jul./Out. 2008

MARQUES, Onofre Ricardo de A.; MELO, Marilene B.; SANTOS, Alessandra P. de Souza. “Ações Judiciais no Âmbito do Sistema Único de Saúde, Bases Legais e Implicações: Um Estudo de Caso em um Tribunal da Região Sudeste”. Revista de Direito sanitário. São Paulo, v.12, n.1, p.41-66, Mar./Jun. 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *A Saúde Como Garantia Fundamental E A Política Pública Como Seu Limite*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id537.htm> - acesso em 05/07/2011



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Responsabilidade do Estado pelo atendimento integral à saúde da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id99.htm> - acesso em 05/07/2011

MORAES, Alexandre. "Direitos e Garantias Fundamentais". In *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

**NUBLAT, JOHANNA. "SUS tem despesa recorde com ações judiciais". Folha de São Paulo. São Paulo, 12 de dezembro de 2012. Cotidiano.**

RÉ, M. C. *Direito À Saúde. Critérios Para A Tomada De Decisões Judiciais*. Disponível em <[http://www.anpr.org.br/portal/components/com\\_anpronline/media/ARTIGO\\_MonicaRe\\_Direitoasaude\\_1.pdf](http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/ARTIGO_MonicaRe_Direitoasaude_1.pdf)>. Acesso em 11/10/2010.

**RIOS, Roger Raupp. Direito à Saúde, Universalidade, Integralidade E Políticas Públicas: Princípios E Requisitos Em Demandas Judiciais por Medicamentos. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em:**

**[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger\\_rios.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html) Acesso em: 07 ago. 2013.**

ROMERO, D. A. F. V. *Da Judicialização do Direito a Saúde*. TCC apresentado ao curso de especialização *Latu Sensu* em direito do Estado – UEL: Londrina, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça. "O princípio da Máxima Felicidade". In: O que é Fazer a Coisa Certa*. 9º Edição. Rio de Janeiro: 2012.

SANTOS, Lenir. *Saúde: Conceito e as Atribuições do Sistema Único de Saúde. Junho de 2005*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id387.htm>. Acesso em 27/03/2013

SANTOS, Lenir. *Lei 8.080/90 é regulamentada 21 anos depois: Decreto 7508/2011*. - 16 Julho de 2011. Disponível em: <http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/07/16/lei-8-08090-e-regulamentada-21-anos-depois-decreto-75082011/>. Acesso em 27/03/2013

SANTOS, Lenir e ANDRADE L. O. M. de. *O SUS após a regulamentação da Lei 8.080/90 pelo Decreto 7.508/2011*. Disponível em: <http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/07/25/o-sus-apos-a-regulamentacao-da-lei-8-08090-pelo-decreto-7-5082011/>. Acesso em 13/01/2013

SANTOS, Lenir. *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas, SP. Saberes Editora, 2012.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, I. W; FIGUEIREDO, M. F. *Algumas considerações sobre direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia Publica Saude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia Publica Saude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf). Acesso em nov. 2010.

SILVA, F. V. N. *Considerações sobre a Judicialização do Acesso a Saúde*. Monografia submetida a comissão julgadora do Premio Ajuris – Direitos Humanos. Pelotas/ RS, 2005.

SILVA, J. A da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, J. A da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. A da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde: Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza. A estrutura legal do Sistema Único de Saúde: breve esboço sobre o Direito Constitucional Sanitário. Jus Navigandi, Teresina, [ano 9, n. 363, 5 jul. 2004](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5420>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª edição São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

SOUZA, André Evangelista de; et al. *Direito da Saúde no Brasil*. Lenir Santos (org) Campinas: Saberes Editora, 2010.

TAVARES, André R. “Dos Direitos Individuais”. In: *Curso de Direito Constitucional*. 8. Ed. Rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010

TOJAL, S. B. B. A Constituição dirigente e o direito regulatório do Estado social: o direito sanitário. In: ARANHA, M. I. e TOJAL S. B. B., (org.) *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde; 2003.

TORRONTÉGUY, M. A. A. A saúde nas barras da Justiça: Um estudo do Posicionamento Recente do Supremo tribunal Federal. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v.11, n.2, p.224-236, Jul./Out. 2010.

## **ANEXO**

### **PORTARIA Nº 3.085 DE 1º DE DEZEMBRO DE 2006.**

Regulamenta o Sistema de Planejamento do SUS.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e

Considerando que o inciso XVIII do art. 16 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, atribui ao Ministério da Saúde a competência para elaborar o planejamento estratégico nacional no âmbito do SUS em cooperação com os estados, os municípios e o Distrito Federal;

Considerando que o planejamento constitui instrumento estratégico para a gestão do SUS nas três esferas de governo;

Considerando que a organização e o funcionamento de um sistema de planejamento do SUS configuram mecanismo relevante para o efetivo desenvolvimento das ações nesta área;

Considerando que a atuação sistêmica do planejamento contribuirá, oportuna e efetivamente, para a resolubilidade e a qualidade da gestão, das ações e dos serviços prestados à população brasileira; e

Considerando que a Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, a qual divulga o Pacto pela Saúde 2006, estabelece, no item 4 do Anexo I, os princípios, os objetivos e os pontos de pactuação do Sistema de Planejamento do SUS,

**R E S O L V E:**

Art. 1º Regular o Sistema de Planejamento do SUS, nos termos do disposto nesta Portaria.

§ 1º O referido Sistema é representado pela atuação contínua, articulada, integrada e solidária do planejamento das três esferas de gestão do SUS.

§ 2º Esse Sistema pressupõe que cada esfera de gestão realize o seu planejamento, articulando-se de forma a fortalecer e consolidar os objetivos e as diretrizes do SUS, contemplando as peculiaridades, as necessidades e as realidades de saúde locais, regionais e nacionais.

§ 3º Como parte integrante do ciclo de gestão, esse Sistema buscará, de forma tripartite, a pactuação de bases funcionais do planejamento, de monitoramento e da avaliação, bem como promoverá a participação social e a integração intra e intersetorial, considerando os determinantes e os condicionantes de saúde.

§ 4º No cumprimento da responsabilidade de implementação do processo de planejamento, o Sistema levará em conta as diversidades existentes nas três esferas de governo, de modo a contribuir para a consolidação do SUS e para a resolubilidade e qualidade tanto de sua gestão quanto das ações e serviços prestados à população brasileira.

Art. 2º Objetivos específicos do Sistema de Planejamento do SUS:

I - pactuar diretrizes gerais para o processo de planejamento no âmbito do SUS e os instrumentos a serem adotados pelas três esferas de gestão;

II - formular metodologias e modelos básicos dos instrumentos de planejamento, monitoramento e avaliação que traduzam as diretrizes do SUS, com capacidade de adaptação às particularidades de cada esfera administrativa;

III - implementar e difundir uma cultura de planejamento que integre e qualifique as ações do SUS entre as três esferas de governo e subsidiar a tomada de decisão por parte de seus gestores;

IV - desenvolver e implementar uma rede de cooperação entre os três entes federados, que permita um amplo compartilhamento de informações e experiências;

V - apoiar e participar da avaliação periódica relativa à situação de saúde da população e ao funcionamento do SUS, provendo os gestores de informações que permitam o seu aperfeiçoamento e/ou redirecionamento;

VI - promover a capacitação contínua dos profissionais que atuam no contexto do planejamento do SUS; e

VII - monitorar e avaliar o processo de planejamento, as ações implementadas e os resultados alcançados, de modo a fortalecer o Sistema e a contribuir para a transparência do processo de gestão do SUS.

Art. 3º Propor a instituição de incentivo financeiro para a implementação do Sistema de Planejamento do SUS, a ser transferido de forma automática aos Fundos de Saúde, em parcela única.

§ 1º Esse incentivo destina-se a apoiar a organização e/ou a reorganização das ações de planejamento dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com vistas à efetivação do referido Sistema, com ênfase no desenvolvimento dos instrumentos básicos.

§ 2º O repasse do incentivo ora proposto será efetuado após elaboração do programa de trabalho pactuado na respectiva Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

§ 3º O programa de trabalho de que trata o parágrafo anterior deverá contemplar medidas que possibilitem a operacionalização do Sistema de Planejamento do SUS, na conformidade dos objetivos deste Sistema, descritos no artigo 2º desta Portaria.

§ 4º Caberá às Secretarias Estaduais de Saúde organizar, estruturar e/ou adequar o planejamento no seu âmbito e prestar o apoio necessário aos municípios, de modo a evitar a pulverização dos recursos e a promover o funcionamento harmônico do Sistema de Planejamento do SUS no estado.

Art. 4º O Sistema de que trata esta Portaria terá expressão concreta, em especial, nos instrumentos básicos resultantes do processo de planejamento nas três esferas de gestão do SUS.

§ 1º São instrumentos básicos do Sistema de Planejamento do SUS:

I - o Plano de Saúde e a respectiva Programação Anual em Saúde; e

II - o Relatório de Gestão.

§ 2º Estes instrumentos, em cada esfera de gestão do SUS, deverão ser compatíveis com os respectivos Planos Plurianuais (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme dispositivos constitucionais e legais acerca destes instrumentos.

§ 3º O Plano de Saúde é o instrumento básico que, em cada esfera, norteia a definição da Programação Anual das ações e serviços de saúde prestados, assim como da gestão do SUS.

§ 4º O Relatório Anual de Gestão é o instrumento que apresenta os resultados alcançados e orienta eventuais redirecionamentos que se fizerem necessários.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ AGENOR ÁLVARES DA SILVA