

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

THIAGO FREITAS RUBIM

**Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade,
integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da
judicialização excessiva**

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

Ribeirão Preto
2013

THIAGO FREITAS RUBIM

Nº USP 6872950

**Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade,
integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da
judicialização excessiva**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo como exigência
para obtenção do título de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

Departamento de Direito Público

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Rubim, Thiago Freitas

Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva.

90 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

Palavras-chave: 1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3. Reserva do possível. 4. Equilíbrio orçamentário. 5. Interpretação constitucional. 6. Sistema Único de Saúde.

Nome: RUBIM, Thiago Freitas.

Título: Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo como exigência
para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao meu pai, que sempre olhou por mim.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelos momentos de incentivo e aconselhamento, dando-me a serenidade necessária para alcançar meus objetivos.

Ao meu padrasto, que sempre foi mais que um padrasto.

Ao meu Vô Paulo, à minha Vó Célia, ao meu Vô Rubim e à minha Vó Teresinha, as quatro melhores pessoas que conheci.

À Juliana, que sabe que, sem ela, nada disso faria muito sentido.

Ao Pitico, ao Pitoco, ao Piqui, à Nina, ao Lucky, à Jade, ao Teddy, à Pituca, à Preta, à Bella, e muitos outros companheiros, de quatro patas e grandes corações.

Aos meus amigos, de antes e depois da Faculdade, por serem uma extensão da minha família e darem-me motivos para sorrir diante das (e para as) adversidades da vida.

À minha orientadora original, Prof. Dra. Ana Carla Bliacheriene, exemplo de professora, pesquisadora, pessoa e amiga, que me apresentou tão relevante tema; e ao meu orientador atual, que gentilmente acolheu-me nesses momentos finais.

Aos colegas do escritório Assef Muller Advogados Associados, da Justiça Estadual, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria da Universidade de São Paulo e do Ministério Público Estadual, com os quais tive o prazer de trabalhar, por tudo que me ensinaram com gigantesca paciência e atenção.

Aos professores e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, que fizeram desses cinco anos os melhores que já tive.

O maior erro que um homem pode cometer é sacrificar a sua saúde a qualquer
outra vantagem.

Arthur Schopenhauer

RESUMO

RUBIM, T. F. **A delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva.** 2013. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

Como objetivo geral, a pesquisa procurou conferir forma e conteúdo aos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde e propor parâmetros mitigadores da judicialização excessiva. Desse ponto de partida, como objetivos específicos, buscou-se aprofundar o estudo sobre: as questões suscitadas pela noção de saúde enquanto direito, sua constitucionalização e normatização no Brasil, notadamente enquanto direito fundamental social; os princípios supramencionados, orientadores das políticas públicas do SUS; os principais atores envolvidos no contexto da judicialização e suas maiores preocupações; as diferenças entre ativismo judicial e judicialização; a questão da separação dos poderes no âmbito da judicialização; os impactos orçamentários do fenômeno; o embate entre a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível; vantagens e desvantagens da judicialização; e o estabelecimento de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional. Em síntese, trata-se de pesquisa exploratória, realizada por meio da revisão bibliográfica dos temas discutidos. Foram utilizadas como métodos: o dedutivo, o dialético e a coleta de jurisprudência. Constatou-se como problema da pesquisa a possibilidade do direito à saúde ser interpretado de forma estrita, conforme a disposição constitucional, o que pode gerar um entendimento de acesso ilimitado de usuários a todos os bens disponíveis de saúde, independentemente das possibilidades orçamentárias do Estado, levando à judicialização excessiva. Como hipótese possível, propôs-se que todo direito, inclusive o direito fundamental à saúde, deve ser interpretados de forma sistêmica, adequando seus princípios norteadores à viabilidade do modelo estatal da CF/88. Isto posto, a pesquisa sugeriu alguns parâmetros para o combate do problema.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Reserva do possível. Equilíbrio orçamentário. Interpretação constitucional. Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT

RUBIM, T. F. **The delimitation of the normative sense of the principles of universality, integrality and equity of the right to health as a parameter to prevent excessive judicialization.** 2013. Trabalho de conclusão de curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

As a general objective, the research sought to give form and content to the principles of universality, integrality and equity of the right to health to prevent excessive judicialization. From this starting point, specific objectives were aimed to deepen the study of: the issues raised by the notion of health as a right and its regulation in Brazil, especially while fundamental social right; the principles of universality, integrality and equity, which guide SUS public policies SUS; the main actors involved in the context of judicialization and their biggest concerns; the differences between judicial activism and judicialization; the question of separation of powers; the budgetary impacts of the phenomenon; the clash between the existential minimum theory and the reservation possible theory; the advantages and disadvantages of judicialization; and the establishment of parameters for the rationalization of the court action. In summary, this is an exploratory research, conducted through literature review of the topics discussed. Were used as methods: deductive, dialectical and the case law collection. It was noted as a reserch problem the possibility of the right to health to be interpreted narrowly, as the constitutional order, which can generate an understanding of unlimited access to all goods in available health, regardless of the possibilities of the state budget, leading to excessive judicialization. As a possible hypothesis, it was proposed that all rights, including the fundamental right to health, must be interpreted in a systemic way, adapting its guiding principles to the viability of the model's state in Federal Constitution. That said, the research suggested some parameters to combat the problem.

Keywords: Right to health. Judicialization of health. Reservation possible theory. Balanced budget. Constitutional interpretation. Unified Health System.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CID	Classificação Internacional de Doenças
CMDE	Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao Sistema Único de Saúde
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
DCB	Denominação Comum Brasileira
DCI	Denominação Comum Internacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ENAMAT	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FDA	Food and Drug Administration
FDRP	Faculdade de Direito de Ribeirão Preto
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional da Previdência Social
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOS	Lei Orgânica da Saúde
LOSUS	Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MP	Ministério Público

MS	Ministério da Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
PDESC	Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNM	Política Nacional de Medicamentos
PNPIC	Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SS	Suspensão de segurança
STA	Suspensão de tutela antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça
USP	Universidade de São Paulo
UTI	Unidade de Tratamento Intensivo
WHO	World Health Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1998	29
1.1 A SAÚDE COMO BEM	29
1.2 O CONCEITO DE SAÚDE	30
1.3 A SAÚDE COMO UM DIREITO.....	32
1.4 UM BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	33
1.5 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ..	37
1.6 A SAÚDE ESPECIFICAMENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	41
1.7 A SAÚDE COMO DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO.....	44
2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998.....	47
2.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO.....	47
2.1.1 Características dos princípios.....	50
2.1.2 Funções dos princípios.....	51
2.1.3 Diferenças entre princípios e regras	52
2.1.4 Finalidade da classificação.....	53
2.1.5 Critérios utilizados para a divisão das normas em princípios e regras	53
2.1.6 Colisões entre princípios.....	54
2.1.7 Do caráter “prima facie” dos princípios	57
2.1.8 Da aplicação direta dos princípios	58
2.2 PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	59
2.2.1 Princípio da universalidade	61
2.2.2 Princípio da integralidade	66

2.2.3 Princípio da equidade.....	70
2.3 SÍNTESE HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À SAÚDE.....	72
3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	75
3.1 DISTINÇÕES ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL	76
3.2 A JUDICIALIZAÇÃO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	79
3.3 OS ATORES DA JUDICIALIZAÇÃO	81
3.3.1 Especificamente quanto às atribuições do administrador público.....	83
3.3.2 Especificamente quanto às atribuições do legislador.....	83
3.3.3 Especificamente quanto às atribuições do juiz.....	84
3.4 SÍNTESE DAS CRÍTICAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	85
3.5 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM COLISÃO COM O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	88
3.6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA JUDICIALIZAÇÃO.....	91
4 PARAMÊTROS MITIGADORES DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA.....	95
4.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4 DO STF E RECOMENDAÇÃO Nº 31 DO CNJ	96
4.2 CRITÉRIOS PROPOSTOS POR GANDINI, BARIONE E SOUZA	99
4.2.1 Observância do princípio ativo prescrito	99
4.2.2 Observância da existência de registro do medicamento pleiteado.....	100
4.2.3 Observância da pertinência da prescrição no tratamento do paciente.....	102
4.2.4 Observância dos programas de assistência farmacêutica do SUS.....	103
4.3 PARÂMETROS DE RACIONALIZAÇÃO SEGUNDO BARROSO.....	105
4.3.1 Em relação às ações individuais.....	105
4.3.2 Em relação às ações coletivas	106
4.3.2.1 Parâmetros complementares	108

4.3.2.1.1 O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos	108
4.3.2.1.2 O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil	109
4.3.2.1.3 O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo	109
4.3.2.1.4 O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.	110
<i>4.3.3 Em relação à legitimação passiva.....</i>	<i>110</i>
<i>4.4 SÍNTESE DOS PARÂMETROS PROPOSTOS.....</i>	<i>111</i>
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

A saúde é direito de **todos** e dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso **universal** e **igualitário** às ações e serviços para sua **promoção, proteção e recuperação** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim é o disposto no artigo 196 da Constituição Federal (CF) de 1988, que trouxe à nova ordem constitucional o Sistema Único de Saúde (SUS), para que toda a população brasileira tivesse acesso ao atendimento público de saúde.

O SUS teve seus princípios estabelecidos pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que regulamentou a organização e o funcionamento dos serviços de saúde. Com fundamento no art. 196 da CF, são os chamados princípios doutrinários ou ideológicos do SUS: a universalidade¹, a integralidade² e a equidade³.

O princípio da universalidade pressupõe que o acesso aos serviços de saúde é direito de todos os usuários, em todos os níveis de assistência. O princípio da integralidade informa que o usuário dos serviços de saúde tem direito a todos os serviços de saúde. Já o princípio da equidade (ou da igualdade/isonomia) enuncia que todos têm direito aos serviços de saúde em iguais condições, sem distinção de qualquer espécie.

Diante desse quadro, apresenta-se o problema: caso o direito à saúde seja interpretado de forma estrita, conforme a disposição constitucional, pode-se gerar um entendimento de acesso ilimitado de usuários a todos os bens disponíveis de saúde, independentemente das possibilidades orçamentárias do Estado.

Como hipótese possível para sanar a problemática, entende-se que todo direito, inclusive os fundamentais individuais e coletivos, devem ser interpretados de forma sistêmica,

¹ Lei 8.080/90. Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - *universalidade* de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

² Art. 7º, II - *integralidade* de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

³ Art. 7º, IV - *igualdade* da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

com o fito de conferir lógica e organicidade aos dispositivos constitucionais e viabilizar a gestão do modelo estatal estruturado na Constituição de 1988.

A presente pesquisa, assim, tem como intenção averiguar quais são os limites de aplicação do art. 196 da Carta Maior, considerando-se também os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Busca-se, portanto, aferir as margens do limite do acesso aos bens de saúde, como garantia ao direito social à saúde, bem como ao direito fundamental à vida, segundo o disposto nos arts. 5º⁴, 6º⁵ e 196 da Carta Magna.

Da análise deste último artigo, ressalta-se, emerge a necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição, a fim de estabelecer um conteúdo específico e temporal ao sentido de universalidade, integralidade e equidade para o Sistema Único de Saúde. Dessa forma, para uma interpretação efetiva da norma constitucional, Mendes, Coelho e Branco (2010) apontam a necessidade de se observar determinados princípios, quais sejam i) unidade normativa da Constituição; ii) harmonização de preceitos; iii) eficácia integradora social e unidade política; iv) proporcionalidade e razoabilidade, no caso de colisão entre bens e valores.

Questões como “quem faz parte do todos a que se refere a Carta Constitucional?” e “quais são os limites do ‘tudo’ Sistema Único de Saúde, diante de um orçamento público finito?” são de extrema relevância perante as demandas sociais. “O que é isonomia para o acesso ao SUS?” ou ainda se “é aplicável o princípio da reserva do possível aos casos que envolvam acessos aos bens de saúde?” são questões igualmente relevantes que a pesquisa pretende tratar.

De fato, a CF/88 é programática, podendo abrigar choques entre a efetivação dos direitos sociais fundamentais ali dispostos com o princípio do equilíbrio orçamentário, igualmente privilegiado pelo constituinte. Para Dworkin (2010), os princípios não se anulam, e devem ser sopesados caso a caso, partindo de sua coexistência para então se ponderar o peso de cada um. Alexy (2010) também ressalta o dever de ponderação razoável e proporcional no sentido de se chegar à decisão mais adequada ao caso concreto.

⁴ CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à *vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵ CF/88. Art. 6º São direitos sociais a educação, a *saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Convém igualmente observar que o direito à vida tem como seu consectário lógico o acesso aos bens de saúde. A falta de clareza na determinação dos bens de saúde devidos, bem como quem deva fornecê-los e a quem se destina gera insegurança jurídica e decisões judiciais díspares. Isso ocorre pois o acesso se fundamenta nos três princípios mencionados – universalidade, integralidade e equidade –, que têm conteúdo variável. Tanto o é que o teor desses princípios ainda não foi devidamente pacificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao menos para o acesso aos bens da saúde.

Absolutamente, cabe ao Estado – e é sua razão de ser – garantir os direitos do cidadão e provê-lo integralmente na forma determinada pela Constituição Federal. No entanto, há que se alcançar um equilíbrio entre a demanda ilimitada por parte do cidadão e as limitações estruturais e orçamentárias da Administração Pública. Nesse sentido, entende-se que uma interpretação pacificada desses princípios seria relevante para a diminuição das externalidades negativas do processo de judicialização do acesso aos bens de saúde.

A pesquisa teve como objetivo geral procurar conferir forma e conteúdo aos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde e propor parâmetros mitigadores da judicialização excessiva. Desse ponto de partida, como objetivos específicos, buscou-se aprofundar o estudo sobre o modelo de saúde público instituído pela Constituição, bem como o quadro atual da judicialização da saúde. No primeiro capítulo, objetivou-se trabalhar com as questões suscitadas pela noção de saúde enquanto direito, expondo sua constitucionalização e normatização no Brasil, notadamente enquanto direito fundamental social. No segundo, conceituaram-se os princípios orientadores das políticas públicas do Sistema Único de Saúde, em especial a universalidade, a integralidade e a equidade, na tentativa de conferir-lhes forma e conteúdo, mitigando a judicialização excessiva.

No terceiro capítulo, examinou-se também quais são os principais atores envolvidos no contexto da judicialização e suas maiores preocupações; as diferenças entre ativismo judicial e judicialização; a questão da separação dos poderes no âmbito da judicialização; os impactos orçamentários do fenômeno; o embate que o Judiciário vive entre a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, no momento de conceder o bem ou serviço de saúde; e o entendimento da doutrina acerca de suas vantagens e desvantagens.

Por fim, no quarto capítulo, procurou-se o estabelecimento de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional, principalmente em razão do grande impacto orçamentário que as decisões judiciais ocasionam. Analisou-se a opinião da doutrina, bem

como os resultados da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal e a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça.

Quanto à metodologia empregada, trata-se de pesquisa essencialmente exploratória, realizada através do levantamento bibliográfico de obras atinentes aos temas discutidos. Também foi objeto de estudo cartilhas e relatórios disponibilizados na internet pelo Ministério Saúde.

A lei, em sentido amplo, foi consultada, notadamente a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.080/80, que regulamenta o Sistema Único de Saúde. Outros atos normativos referentes ao direito sanitário, como leis, portarias e resoluções, também foram objetos de análise. A Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, igualmente, foi utilizada na pesquisa.

A Audiência Pública nº 4, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Ministro Gilmar Mendes, que ouviu cinquenta especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, foi analisada através dos vídeos das falas de seus participantes. Da mesma forma, foi estudado o I Seminário Brasileiro sobre Direito à Vida e à Saúde e seus Impactos Orçamentários e Judicial, realizado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da USP, em conjunto com outras unidades do *campus*.

Ainda, a jurisprudência dos tribunais brasileiros foi investigada, com ênfase na do Supremo Tribunal Federal, mas também com a leitura de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais.

Foram utilizadas como métodos de pesquisa, em maior ou menor grau ao longo do texto: o dedutivo, pela experimentação de um princípio aparentemente já assentado em face de novos fenômenos jurídicos; o dialético, pela análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema; o indutivo, pela observação e análise de casos concretos, de modo a formular uma possível solução ou regra; e a coleta de jurisprudência, pela verificação das tendências dos tribunais.

1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1998

A saúde foi reconhecida como um direito integral e universal de todos os cidadãos brasileiros na Constituição Federal de 1988. Pretende-se, no presente capítulo, reconstruir historicamente a positivação deste direito no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que a experiência do passado possa trazer ensinamentos que permitam a reflexão acerca das atuais disposições constitucionais e infraconstitucionais concernentes à temática. Pretende-se uma reflexão também sobre a importância deste direito fundamental ser concebido sob a perspectiva universal e integral, capaz de salvaguardar o cuidado digno com a saúde de cada cidadão brasileiro, com respeito às suas diversidades e particularidades.

Sem a pretensão de esgotar a temática ou de revelar alguma verdade por meio das ocorrências históricas, pretende-se tão somente descrever alguns fatos relativos à consolidação jurídica do direito à saúde no país e ao papel do cidadão brasileiro no tocante ao exercício deste direito. Isto para tornar possível a introdução da discussão relacionada à garantia de princípios constitucionais amplos como o da universalidade, integralidade e equidade de assistência, bem como da problemática que hoje se trava entre os gestores públicos e o Poder Judiciário, relativa à legitimidade deste Poder para garantir integralmente o direito em cada caso concreto submetido à sua apreciação.

1.1 A SAÚDE COMO BEM

A ideia de saúde associa-se com a ideia de bem (GLOBEKNER, 2011). O estado puramente natural do homem seria o estado de pleno gozo de suas capacidades físicas e psíquicas. O estado puramente natural do homem seria o de pleno gozo de suas capacidades físicas e psíquicas, isto é, o estado de perfeito bem estar, que se denomina saúde; ao passo que a doença seria uma disfunção desse estado natural. Valora-se a saúde positivamente dessa forma, conferindo-lhe a característica de um bem.

A definição de saúde enquanto bem, no entanto, depende profundamente das representações sociais sobre o que é um estado de saúde. Reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma sociedade (SCLIAR, 2007). A saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas, pois sua noção depende da época, do lugar, da classe social, de valores individuais e também de concepções científicas, religiosas, filosóficas daqueles que reflitam sobre ela.

O mesmo, aliás, pode ser dito a respeito das doenças. Aquilo que é considerado doença já sofreu muitas variações⁶, revelando-se de uma percepção cultural socialmente construída e dependente, dentre vários fatores, da ideia de normalidade adotada, a qual se baseia nas crenças, experiências e preconceitos de uma sociedade sobre o processo “saúde-doença”.

Alguns consensos, entretanto, se tornam necessários. Admitir um conceito de saúde minimamente geral é incontornável para que se possa discutir sua proteção jurídica. É o que se pretende no próximo tópico, ao apresentar a evolução histórica de um conceito de saúde, bem como as divergências e os consensos já alcançados.

1.2 O CONCEITO DE SAÚDE

A discussão sobre um conceito de saúde permeia a história. Dos filósofos na Grécia Antiga aos dias de hoje, a imprecisão do termo “saúde” indica posições distintas sobre essa percepção. Há os que creem que saúde se relaciona com o meio ambiente e condições de vida do homem e os que acreditam que saúde é a ausência de doença (ROCHA, 2011).

Apenas com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi reconhecida como direito fundamental de todo ser humano, sem distinção de raça,

⁶ Como exemplo, houve época em que masturbação era considerada uma conduta patológica capaz de resultar em desnutrição (por perda da proteína contida no esperma) e em distúrbios mentais. A masturbação era tratada por dieta, por infibulação, pela imobilização do “paciente”, por aparelhos elétricos que davam choque quando o pênis era manipulado e até pela ablação da genitália. O desejo de fuga dos escravos também já foi considerado enfermidade mental: a drapetomania (do grego *drapetes*, escravo). O diagnóstico foi proposto em 1851 por Samuel A. Cartwright, médico do estado da Louisiana, no escravagista sul dos Estados Unidos. O tratamento proposto era o do açoite, também aplicável à “disestesia etiópica”, outro diagnóstico do doutor Cartwright, este explicando a falta de motivação para o trabalho entre os negros escravizados (GLOBEKNER, 2011).

religião, credo, crença política, condição social ou econômica. Foi conceituada, segundo a Organização, como “completo bem estar físico, mental e social; e não apenas como ausência de doença” (WHO CONSTITUTION, 1946, tradução nossa).

Havia uma preocupação em se delinear uma definição *positiva* de saúde, que incluísse fatores como alimentação, atividade física, acesso ao sistema de saúde, dentre outros. O “bem estar” do qual trata a definição é proveniente de uma preocupação com a devastação causada pela 2ª Guerra, bem como de um otimismo em relação à paz mundial. Nessa orientação, a OMS tornou-se a primeira organização internacional de saúde a se considerar responsável pela saúde mental dos povos, e não apenas pela saúde do corpo (GLOBEKNER, 2011).

Ocorre que a definição adotada pela Organização tem sido alvo de críticas desde então. Definir a saúde como um estado de *completo* bem-estar faz com que a mesma se torne algo ideal, inatingível e inalcançável, não servindo a referida definição como meta para os serviços de saúde. Um conceito assim abrangente (BERLINGUER, 1996 apud GLOBEKNER, 2011) estabelece uma verdadeira utopia, já que dificilmente encontrar-se-á algum indivíduo que goze de pleno estado de higidez em todas suas dimensões de saúde. Criticou-se, portanto, o caráter genérico e pouco operacional do conceito oferecido pela OMS (SEGRE, 1997). Há críticas também no sentido que tal definição teria possibilitado uma medicalização da existência humana, assim como abusos por parte do Estado a título de promoção de saúde.

Não se pode fugir de vista que embora tais posições concluam que o estado de completo bem estar não exista, a saúde, na verdade, deve ser entendida como a *busca constante* de tal estado, uma vez que a redução na definição do objeto acabará irremediavelmente deformando-o (DALLARI, 2008 apud GLOBEKNER, 2011). O conceito que surge com a Constituição da OMS vem para tornar definitiva a ideia de que como fatores determinantes da saúde devem concorrer não apenas aqueles ligados às características individuais (ordem genética ou comportamental), mas também aqueles relacionados ao meio ambiente, cultura, organização social e política em que o indivíduo está envolto.

A nova definição da OMS, ademais, superou a definição *negativa* de saúde, vista como ausência de doenças, e consequentemente, o biologocismo que marcou o contexto do desenvolvimento da revolução industrial durante o século XIX e começo do XX. Tal contexto estabelecia no campo sanitário uma visão cartesiana e mecanicista do ser humano, também

favorecida pela descoberta das causas de doenças infecciosas, como os trabalhos de Pasteur e Koch (GLOBEKNER, 2011).

Não se deve perceber a saúde, portanto, apenas como um fenômeno puramente biológico, visto que ela é resultante de condições socioeconômicas e ambientais. A definição ampliada de saúde, agora, passa a compreender que ninguém pode ser inteira, exclusiva e individualmente responsável por sua própria saúde (DALLARI, 2008 apud GLOBEKNER, 2011). Se os fatores individuais são importantes para a determinação do estado de saúde de um indivíduo, há também outros fatores que somente no meio social podem ser resolvidos. Um exemplo elementar é a epidemia de dengue que assola o Brasil: esforços individuais de prevenção, isoladamente, pouco significam se não forem acompanhados de um esforço coletivo massivo para a erradicação dos focos de reprodução do mosquito *Aedes aegypti*.

Avançando na evolução do conceito de saúde, propostas posteriores à definição da OMS foram reforçando o seu caráter dinâmico e complexo. Percebeu-se que a saúde é relativa e dependente de contextualização. Na definição de Berlinguer: “uma condição de equilíbrio ativo (que inclui também a capacidade de reagir às inevitáveis doenças) entre o ser humano e seu ambiente natural, familiar e social” (BERLINGUER, p. 23, apud GLOBEKNER, 2011).

A Primeira Conferência Pan-Americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, no Rio de Janeiro, trouxe o conceito de *saúde integral*, definida como a capacidade e o direito individual e coletivo de realização do potencial humano (biológico, psíquico e social) que permita a todos participar amplamente dos benefícios do desenvolvimento (GLOBEKNER, 2011).

O conceito de saúde integral, assim formulado, apresenta diversas vantagens sob o aspecto da sua operacionalização, pois coloca a saúde sob uma perspectiva dinâmica (e não apenas estática), como uma capacidade e um direito cuja realização deve ser *permanentemente* buscada no âmbito individual e coletivo. Simboliza um compromisso, um horizonte a ser perseguido. Saúde, portanto, não é um estado estável, que uma vez atingido possa ser mantido, mas sim uma eterna jornada (GLOBEKER, 2011).

1.3 A SAÚDE COMO UM DIREITO

A saúde humana já esteve envolvida em práticas mágicas e divinas, apresentando-se muito pouco vinculada a atos de vontade ou decisões dos homens. Os cuidados referentes à saúde também já estiveram associados com a prática de virtudes pessoais, como a caridade e a compaixão. A saúde não era, portanto, objeto de preocupações da justiça (BERLINGUER, p. 34 apud GLOBEKNER, 2011).

Com o desenvolvimento científico no campo da saúde, a profissionalização da medicina, a ampliação da cobertura sanitária sobre a população, as conquistas tecnológicas que possibilitaram algum domínio sobre as condições de vida e saúde, as preocupações passam a mudar. Adquirir e manter um estado de saúde e bem estar torna-se objeto de vontade e escolha. A atenção à saúde humana transforma-se em um bem disponível no mercado, e paralelamente, objeto de proteção jurídica, pois esta se insere no campo dos bens de escassez moderada, demandando critério de justiça para sua alocação.

A proteção da saúde pelo Direito ganhou contornos constitucionais profundos com a Constituição de 1998, mas para isso foi necessária toda uma evolução histórica, que se passa a tratar.

1.4 UM BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

As Constituições anteriores a de 1988 não tratavam a saúde como um direito. Uma breve abordagem das Constituições republicanas permite constatar que a incorporação e construção dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, deram-se de forma vagarosa no Brasil. O sistema público de saúde brasileiro, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não recebia um tratamento constitucional específico e atendia somente aos indivíduos que contribuíssem à Previdência Social, ou seja, aqueles indivíduos que possuísem carteira de trabalho assinada (DALLARI, 1995).

O atendimento à saúde da população excluída do mercado formal de trabalho não configurava um direito dos cidadãos, não constituía uma obrigação do Estado, decorrente de exigência constitucional (COHN, 2002). Os indivíduos que não contribuíssem para a

Previdência Social ou eram atendidos pelas Santas Casas de Misericórdia, a título de benevolência ou, se possuísssem recursos financeiros, recorriam a serviços médicos privados.

Foi por volta da década de 1930, com a quebra da bolsa de valores de Nova York e a crise econômica mundial, que o mundo capitalista teve que repensar suas estruturas, fazendo surgir um novo modelo de Estado: o *Welfare State*⁷. No Brasil, a quebra da bolsa fez surgir alguns atos isolados de assistencialismo, também na área da saúde, praticados principalmente pelos coronéis na República do Café com Leite (MARQUES, 2009).

Na sequência, a ditadura instituída pelo governo Vargas trouxe, por mais paradoxal que pareça, conquistas dos direitos sociais, entre elas o surgimento embrionário do direito à saúde. Entretanto, em que pese a presença do tema na Constituição de 1934, em seu art. 10, II⁸, a previsão normativa na Carta era rasa, representando somente alguns deveres estatais que recaíam sobre a União e os Estados (MARRARA; NUNES, 2010)

Analisando-se a política socioeconômica do pós década de 30 no Brasil, o direito à saúde e a previdência social configuraram uma cidadania regulada, na qual foram reconhecidos como cidadãos somente aqueles indivíduos que apresentaram uma das ocupações reconhecidas e definidas por lei. Tais prestações e benefícios constituíram-se menos (ou quase nada) como função da condição de cidadão ou trabalhador, e sim como reconhecimento da situação ocupacional oficialmente legitimada e vinculada a uma obrigação contratual de caráter contributivo (COHN; ELIAS, 2003).

Adiante, as Constituições da redemocratização em 1946 e do período ditatorial de 1964 a 1985 também pouco evoluíram na proteção aos direitos sociais e fundamentais.

Salienta-se que o papel do Estado, em relação à prestação em matéria de saúde, como um direito do trabalhador assalariado, resumia-se à prestação de assistência médica e restringia-se basicamente ao gerenciamento da compra e oferta dos serviços privados de saúde aos beneficiários públicos. Lógica esta presente desde a criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), em 1966, que inseriu a prestação sanitária dentre as ofertas públicas decorrentes da contribuição previdenciária. O Ministério da Saúde desde sua criação,

⁷ Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos incluiriam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o auxílio ao desempregado, a garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para a criação dos filhos, etc.

⁸ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de junho de 1934. Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas;

em 1953, prestou assistência médica aos desafortunados e excluídos do mercado de trabalho, mas, de forma limitada e insuficiente em relação à demanda por cuidados de saúde. Essas prestações, todavia, não configuravam direito dos cidadãos e sim uma mera liberalidade do Estado, uma obrigação moral para com os que padeciam e necessitavam de amparo, sem coerção jurídica (MARQUES, 2009)

Em 1974, cria-se o Ministério da Previdência e Assistência Social, no qual se inclui a prestação de assistência médica aos contribuintes, em 1977. Este Ministério se divide então em dois Institutos: o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) e Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Este se configurava em uma rede credenciada e conveniada de prestadores privados de assistência médica, gerenciada pelo Estado, e responsável pela oferta pública de assistência médica aos cidadãos contribuintes (MARQUES, 2009). Fica patente a divisão dos cuidados com a saúde, entre os Ministérios da Previdência Social e da Saúde. Uma lógica fragmentada que dividia os cidadãos entre assalariados e não assalariados, que condicionava o acesso a determinados serviços à condição de contribuinte da previdência social e deixava o resto da população não contribuinte à oferta benevolente de cuidados com a saúde, nas filas das Santas Casas de Misericórdia. No plano jurídico, não havia proteção legal capaz de garantir o acesso dessa população aos serviços de saúde, equiparando-a a população contribuinte. Não havia a garantia do direito à saúde, como um direito integral e universal de todos os cidadãos brasileiros (MARQUES, 2009).

Percebe-se, desta forma, que no Brasil a proteção jurídica à saúde de todos, independentemente de quaisquer requisitos como renda e inserção no mercado de trabalho, era inexistente. Os cidadãos não tinham direito de receber qualquer assistência médica ou sanitária do Estado, a menos que preenchessem o requisito necessário, qual seja, contribuir para a previdência social.

Essa situação culminou numa enorme crise na área da saúde, permeada pela noção de injustiça social, onde filas de pessoas aguardavam um atendimento médico benevolente, capaz de, muitas vezes, salvar vidas (COHN; ELIAS, 2003). Denúncias eram frequentes em jornais e revistas, e o desamparo no atendimento aos cidadãos era um fato que apenas podia ser lastimado moralmente, sem possibilidade de intervenção jurídica.

A concepção atual, entretanto, é totalmente diversa. O direito a saúde tornou-se a somatória de deveres estatais, sendo cada vez mais um conjunto de direitos subjetivos exercidos perante o Estado e também terceiros.

Diante de atual contexto, questiona-se o que levou a tão grandiosa alteração da cultura jurídica brasileira. A resposta encontra-se em dois fatores: um normativo e outro político. Após 34, é notório que houve um vasto progresso normativo no campo da saúde pública. A Constituição de Federal de 1988 avançou muito no trato da questão, incorporando normas específicas a respeito da saúde e seu conteúdo jurídico. A dignidade da pessoa humana, positivada no art. 1º, III, da Carta, nas palavras de Canotilho (2002) tornou-se o “valor constitucional supremo” do ordenamento jurídico brasileiro. Em torno dela devem gravitar todas as demais normas, inclusive os direitos da personalidade, os fundamentais e os sociais.

Essas inovações, em grande parte, tiveram forte influência das concepções já encontradas em documentos internacionais redigidos décadas antes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1984), em seu art. XXV, 1º, reconheceu que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, bem como o direito à segurança em caso de doença. O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), em seu art. 12, 1º, também corroborou o fato da efetividade do direito à saúde depender de ações estatais.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à saúde como um direito social, em seu art. 6º. Definiu normas de competência para a atuação da União, dos Estados e dos Municípios em matéria de saúde (arts. 23, II, 24, XII, e 30, VII). Tratou ainda da criação do Sistema Único de Saúde, de seus princípios fundamentais e dos direitos básicos do cidadão em relação ao sistema. Definiu, por fim, as regras sobre investimentos estatais na área de saúde e a possibilidade de colaboração dos particulares com esse novo sistema (arts. 196 a 200).

Além do aspecto normativo, o político também foi determinante para a concretização do direito constitucional à saúde, em razão da atuação dos três Poderes estatais na concretização de direito. O Poder Legislativo incumbiu-se da edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), bem como de outras leis, que vieram a criar a Agência Nacional

⁹ DUDH. Artigo XXV, 1. 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.

¹⁰ PDESC. ARTIGO 12, 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

de Saúde (ANS – Lei nº 9.961/2000) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA – Lei nº 9.782/1999) – isso sem citar as medidas normativas de âmbito estadual e municipal. O Poder Executivo, na outra ponta, vem tentando concretizar o direito à saúde com suas ações. Em que pese as críticas à eficiência e eficácia do sistema, as políticas públicas de saúde existem, descaracterizando uma inércia estatal. Exemplo são as políticas de medicamentos, como o Decreto nº 5.090/2004, que regulamenta a Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, e institui o programa "Farmácia Popular do Brasil". O Poder Judiciário, por fim, profere decisões com os mais diferenciados conteúdos, com uma crescente frequência, em relação às políticas públicas de saúde. Trata-se da judicialização da saúde, sendo certo o tipo de ação mais polêmica entre acadêmicos e especialistas governamentais, tema que será tratado com mais profundidade no terceiro capítulo.

1.5 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 positivou uma nova condição jurídico-formal para o sistema público de saúde brasileiro. Conhecida como Constituição Cidadã, pois teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se voltou para a plena realização da cidadania (SILVA, 2004), esta Carta Magna eleva a saúde à condição de direito universal integral de todos os cidadãos brasileiros, indistintamente, e também condiciona a sua leitura aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, dentre outros previstos em seu bojo.

Já em seu preâmbulo menciona que a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o *bem-estar* (BRASIL, 1988). A determinação do conteúdo do direito à saúde, inicialmente, deve levar em conta a responsabilidade do Estado em assegurar o “bem-estar” do cidadão.

O art. 6º da Constituição Federal insere a saúde no rol dos direitos sociais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, e o art. 194 da Carta Magna reconhece a saúde como parte integrante do sistema de seguridade social do país. Os artigos 196 a 201, por sua

vez, instituem uma estrutura política complexa e abrangente para o cuidado com a saúde da população brasileira, com a organização de um Sistema Único de Saúde (SUS) que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de Governo e participação da comunidade, destinada a garantir, de forma sistêmica, o direito à saúde de todos os cidadãos.

Ressalta-se que o art. 196 da Constituição Federal diz expressamente que esse direito será garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. E que o art. 198, por sua vez, estabelece as diretrizes do SUS, quais sejam: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e a participação da comunidade.

Assim, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, em um reconhecimento de que o cidadão é detentor do direito e o Estado o seu devedor. Além disso, a Carta trouxe uma responsabilidade própria do sujeito que também deve cuidar de sua própria saúde, ao mesmo tempo em que contribui para a saúde coletiva. Hoje, compete ao Estado garantir a saúde do cidadão e da coletividade. Abandonou-se um sistema que apenas considerava a saúde pública como dever do Estado no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que colocavam em risco a saúde da coletividade. Assumiu-se que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação (SANTOS, 2005).

As diretrizes constitucionais, portanto, balizam a construção da política pública de saúde no Brasil, que por seu arcabouço jurídico sólido, alicerçado na mais alta norma da estrutura escalonada de produção do direito, configura-se como política de Estado, que deve ser observada por todos os governantes, parlamentares e administradores públicos. O direito social à saúde tem raízes jurídicas fortes, capazes de obrigar os governantes à prestação ordenada e sistêmica do mais alto cuidado com a saúde de todos, com respeito às diversidades e à dignidade de cada um, seguindo a diretriz de integralidade de assistência (MARQUES, 2009).

O direito à assistência terapêutica e farmacêutica, como parte integrante do direito à saúde, também é instituído em nosso ordenamento jurídico como um direito social. A Lei Orgânica da Saúde (LOS), composta pelas Leis 8.080 e 8.192, ambas de 1990, trata dessa

temática (direito à assistência terapêutica e farmacêutica) ao normatizar amplamente o Sistema Único de Saúde no território nacional, disciplinando as ações e serviços de saúde nos três níveis de governo da federação. Essas leis foram editadas exatamente para dar cumprimento aos mandamentos constitucionais relacionados à Saúde.

A LOS estabelece, em seus arts. 6º e 7º, que dentre as ações que se inserem no campo de atuação do SUS, encontra-se a de “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (art. 6º, I, “d”). Ela deve ser disponibilizada à população com observância ao princípio da integralidade de assistência, entendido como um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (art. 7º, II, da LOS).

Frente a essas disposições legais, salienta-se que sempre que um cidadão for acometido por uma doença, o Estado brasileiro é obrigado a lhe oferecer atendimento integral, ou seja, todos os recursos médicos, farmacêuticos e terapêuticos que estiverem disponíveis para o tratamento da enfermidade em questão (AITH, 2007).

Destaca o Aith (2007, p. 357) que

[...] sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população.

Todavia, tal tarefa estatal envolve questões complexas a serem enfrentadas. O panorama do mercado de medicamentos e produtos para a saúde no Brasil e a incorporação tecnológica de inovações terapêuticas trazem implicações econômicas para a garantia do direito à saúde e, conseqüentemente, para a formulação de políticas públicas e para a prestação de serviços de saúde que sigam as diretrizes constitucionais e confirmem a todos o mais alto grau de cuidado com a saúde. Daí a constatação de que os direitos sociais e a complexidade das questões que envolvem a garantia desses direitos na contemporaneidade estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo (FARIA, 2002).

A concretização de um direito depende sempre da delimitação de seu conteúdo. Com o direito à saúde não é diferente. A simples inserção desse direito na Constituição não resolve tal problemática, bem como ocorre com o direito à educação e à habitação, por exemplo.

Como já dito, a expressão *saúde*, hoje, pode ser entendida como um bem-estar físico, mental e social. Enuncia a Lei 8.080, de 1990, em seu art. 3º, que

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

Assim, em sentido subjetivo, o direito à saúde seria o direito ao bem-estar individual. Não se trata, pois, de um objeto material, definido, recebido de outra pessoa. O bem-estar deve ser construído diariamente, através de diversos tipos de serviços, mercadorias, e atividades, nos termos do referido art. 3º da Lei 8.080/90, oferecidas e praticadas pelo titular desse direito à saúde e por terceiros, como o Estado. Nesse sentido, sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz respeito à sua efetivação (SARLET, 2008).

A indeterminação do conceito de saúde leva a grande dificuldade em se interpretar o art. 6º da CF. Ficam questões como: poderia o direito à saúde ter aplicabilidade imediata, tais como os art. 5º da Constituição, sendo seu conteúdo tão aberto? Pode-se falar em direito à saúde se o bem-estar é materializado por tão diferentes atividades?

Justamente por isso parte da doutrina vê o direito à saúde como tendo eficácia contida (MARRARA; NUNES, 2010). Desta forma, são normas de eficácia imediata em um primeiro momento, mas delimitadas posteriormente pela atividade legislativa infraconstitucional.

Outra parcela da doutrina aduz que direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta e imediata, baseada no disposto do art. 5º, § 2º, da Constituição, que diz “Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Não são, portanto, meras promessas do constituinte originário, desprovidos de qualquer efetividade. Segundo Gandini, Barione e Souza (2010), o Estado necessita, assim, alcançar uma forma de harmonizar a condição prestacional dos direitos sociais, com o investimento em políticas públicas que esses direitos demandam para serem efetivados.

Uma característica destacável que a Constituição Federal deu ao direito à saúde é o estabelecimento de um arcabouço principiológico que deve comandar as políticas públicas na área da saúde. Tais princípios podem ser sistematizados por uma leitura dos artigos da Constituição. Segundo Gandini, Barione e Souza (2010) são eles: i) universalidade da cobertura e do atendimento (arts. 194, I c/c 196, caput); ii) caráter democrático e descentralizado da administração, com participação quadripartite, composta por trabalhadores, por empregadores, por aposentados e pelo Governo nos órgãos colegiados (art. 194, VIII, c/c 198, I e III); iii) regionalização e hierarquização (art. 198, caput); iv) atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, mas sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II).

Assim, o direito à saúde compõe um conjunto de direitos e deveres, definidos pela lei, e que se destinam a materializar uma situação de bem-estar físico e mental de todos e cada um. Depende, dessa forma, de políticas públicas diversas, como reconhecido pelo art. 196 da Constituição da República.

1.6 A SAÚDE ESPECIFICAMENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, são indissociáveis. Tal ideia já era observada na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”. A partir disto, as primeiras Constituições escritas incorporaram em seu texto a

noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes (SARLET, 2009).

Na órbita dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 afirmou a existência destes como sendo direitos fundamentais, cujo rol é composto pelo direito à saúde. Conforme já mencionado anteriormente, o texto constitucional de 1988 consagrou a democracia como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que acabou por tornar a participação do povo extremamente importante para a concretização dos mais diversos objetivos sociais, sendo a necessidade de atuação livre e ativa da sociedade nas decisões do Estado tratada em vários dos dispositivos constitucionais.

Portanto, os direitos fundamentais fazem-se presentes (juntamente com a forma de Estado, sistema de governo e organização do poder) no núcleo do Estado constitucional, compondo a Constituição formal, bem como a material. Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais está diretamente relacionada ao Estado constitucional. Pode-se dizer que o Estado de Direito e os direitos fundamentais possuem uma estreita ligação, pois o primeiro necessita da garantia dos referidos direitos para assim sê-lo, ao mesmo tempo em que estes, para sua realização, necessitam do reconhecimento e da garantia do Estado de Direito (MAZZA, 2013).

Apesar de não existir norma expressa no texto constitucional qualificando o Estado brasileiro como “social”, esta essência não deixou de encontrar guarida na Constituição de 1988. Além de alguns princípios positivados no Título I da referida Carta Magna – como os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária – também ocorre previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, dentre eles os dos trabalhadores (arts. 7º a 11), e os direitos às prestações sociais por parte do Estado (art. 6º) (SARLET, 2009).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 possui em seu texto uma série de princípios e garantias que norteiam o Estado, sendo claramente direcionando-se claramente ao bem estar social, conforme destacado em muitos dos seus artigos, como por exemplo, nos arts. 1º, *caput*, III; 3º; 5º, *caput*, *in verbis*

Art. 1º. A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

Nesse sentido, a saúde está descrita no art. 196 como sendo um direito de todos e um dever do Estado, bem como no art. 6º, conforme já exposto. Logo, no que tange aos fundamentos e objetivos principais da Constituição brasileira, pode-se afirmar que a saúde consiste em um direito fundamental social, que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir a sua efetividade (KEINERT, 2009).

Ademais, é importante ressaltar que os direitos fundamentais são universais, ainda que o princípio da universalidade não esteja explicitado diretamente no texto constitucional, segundo Mazza (2013). Para o autor, referido princípio encontra-se vinculado ao princípio da igualdade, e como consequência, toda e qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira residente no Brasil, é titular dos direitos e garantias fundamentais, segundo as determinações do art. 5º, *caput*, da Carta Magna.

Segundo Sarlet (2009), o princípio da universalidade deve ser proporcional, conforme o caso concreto, porém sempre respeitando a essência dos direitos fundamentais. Assim, todas as pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, fato este que não exclui a possibilidade de haver diferenças a serem consideradas, inclusive por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como ocorre com a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.

O princípio da igualdade, por sua vez, possui dois planos distintos: por um lado impede que o Legislativo e o Executivo criem tratamentos diferenciados a pessoas em situações idênticas. Por outro, faz referência à autoridade pública, para que esta cumpra a legislação de maneira igualitária, sem distinção em razão de sexo, religião, convicções políticas, classe social, entre outros (MORAES, 2007).

Por fim, o art. 5º, *caput*, expressa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, tendo o constituinte, na sequência, atribuído a titularidade

dos direitos fundamentais aos “brasileiros e estrangeiros residentes no País”, demonstrando que o princípio da universalidade, embora sem qualquer referência direta, também se faz presente no texto constitucional (SARLET, 2009).

Conforme disposto no art. 5º, § 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que impõe ao Poder Público a incumbência de garantir a eficácia máxima e imediata quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais, dentre eles, a saúde. Para tal dever se concretizar, existem instrumentos jurídicos previstos no texto constitucional, como o mandado de injunção e a iniciativa popular (MAZZA, 2013).

Neste sentido, as políticas de saúde devem garantir de forma universal e igualitária o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação de todos, além de serem formuladas e executadas com ampla participação da comunidade, conforme explicitado na Constituição Federal, conforme se depreende dos arts, 196 e 198, III, os quais demonstram o caráter dirigente da Carta Magna.

Por “Constituição dirigente”, pode-se entender o texto que objetiva a mudança social, que vai além da mera representação de um simples elenco de “instrumentos de governo”, haja vista a enunciação de fins, metas, programas a serem buscados/executados pelo Estado e pela sociedade. Não se trata de um “estatuto jurídico político”, como faz referência Canotilho (2002), mas de um “plano global normativo”, destinado ao Estado e à própria sociedade (TOJAL, 2003).

Essa Constituição dirigente acaba por consolidar um modelo de Estado Social. Assim, o direito à saúde torna-se concreto; pois o Estado Democrático de Direito é capaz de proporcionar a proteção do mesmo, por vigorar em sua essência o constitucionalismo, o respeito aos princípios democráticos e a proteção aos direitos humanos (AITH, 2007).

1.7 A SAÚDE COMO DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO

Demonstrado ser a saúde um direito fundamental social, resta apontar uma questão não menos importante: o problema da exigibilidade individual e coletiva desse direito.

Questiona-se a individualidade dos direitos sociais como argumento para se reduzir as demandas judiciais, e por consequência, aperfeiçoar a proteção e efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Neste sentido, a exigibilidade coletiva desses direitos por meio de uma tutela coletiva, alargando a proteção judicial e a própria efetividade dos mesmos para um número maior de pessoas poderia ser o mais adequado.

Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo (DALLARI, 2011).

Para Sarlet (2010), os direitos sociais são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Os direitos sociais importam-se com a relação da pessoa com a comunidade, portanto, o que se destaca é a ideia de grupo social, tendo a coletividade assumido a titularidade de sujeito do direito fundamental. Os direitos sociais, assim, apresentam uma dualidade, sendo individuais e também coletivos, pois protegem bens jurídicos cuja incidência é simultaneamente individualizada e coletiva.

Entretanto, se houver conflitos entre direitos ou garantias fundamentais, deverá o Judiciário utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, equilibrando os bens jurídicos conflitantes, evitando o prejuízo de uns em relação aos outros, reduzindo a proporção do alcance de cada qual, buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade principal (MORAES, 2007).

No contexto brasileiro, com o aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos, multiplicação das doenças e recursos escassos, as discussões que envolvem a saúde representam um dos principais desafios à efetividade dos direitos fundamentais (MORAES, 2011). Na argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal

Federal em diversos julgados¹¹, percebe-se a coexistência tanto individual quanto coletiva do direito à saúde, a depender da relação jurídica em questão. Quanto à sua dimensão individual, a proteção da saúde não pode ser aplicada a todos, sem qualquer distinção. Necessária se faz a observância das necessidades individuais e das peculiaridades do caso concreto. Nessa situação, a saúde deve ser relacionada com as características (físicas, psicológicas e genéticas) de cada indivíduo e com o ambiente (social, político ou econômico) em que ele encontra-se inserido.

Entretanto, além dessa perspectiva, deve ser considerada outra, que convive com aquela e guarda relação com o princípio isonômico, qual seja, a perspectiva comunitária desse direito (SARLET, 2009).

O desafio de se harmonizar essas duas perspectivas, sem que ocorra a supressão de alguma delas, diz respeito ao perigo de que o exercício individual possa acarretar dano ou impossibilitar o exercício coletivo. Assim, o juiz do Estado Democrático de Direito tem o dever de identificar conforme em cada caso, onde se encontra o abuso por um daqueles que reivindica para si o exercício de um direito (MORAES, 2011).

Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal entenda que o direito à saúde é um direito individual, e que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, corre-se o risco de não se implementar o direito social à saúde conforme descrito na Constituição, pois ao tratar somente de forma individual este direito aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual (SCAFF, 2010).

Diante de todo o exposto, vê-se que o direito fundamental e social à saúde é reconhecido e garantido pela Constituição Federal de 1988, e este se desdobra em diversos princípios que o orientam. Acerca dos princípios da universalidade, integralidade e equidade, sua investigação dar-se-á no próximo capítulo.

¹¹Cf., em caráter ilustrativo, a decisão na Suspensão de Tutela Antecipada 268-9, Rio Grande do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferida em 22.10.2008, orientação recentemente confirmada em outros julgados, tais como se verifica no caso da decisão monocrática proferida pelo Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, na STA nº 175, 18.09.2009 (SARLET, 2009).

2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

Deduz-se que o Sistema Único de Saúde está alicerçado em três princípios básicos: a universalidade, a integralidade e a equidade, dispostos nos art. 196 e 198 da Constituição, bem como ao na Lei nº 8.080/90.

O princípio da universalidade pressupõe que o acesso aos serviços de saúde é direito de todos os usuários, em todos os níveis de assistência. O princípio da integralidade informa que o usuário dos serviços de saúde tem direito a todos os serviços de saúde. Já o princípio da equidade enuncia que todos têm direito aos serviços de saúde, mas que a rede de serviços de saúde deve se atentar às desigualdades existentes, com a finalidade de adaptar suas ações às necessidades a cada parcela da população.

Diante da força normativa desses princípios, caso o direito a saúde seja interpretado de forma estrita, conforme a disposição constitucional, poder-se-ia gerar um entendimento de acesso ilimitado dos usuários - devido ao princípio da universalidade - todos os bens disponíveis de saúde - em razão do princípio da integralidade - independentemente das possibilidades orçamentárias do Estado.

Pretende-se no presente capítulo, considerando-se a posição da doutrina, aferir as margens do limite do acesso aos bens de saúde, como garantia ao direito social à saúde, bem como ao direito fundamental à vida, segundo o disposto nos arts. 5º, 6º e 196 da Carta Magna.

Parte-se, agora, para uma análise mais esmiuçada do conceito de princípio, genericamente posto, após para uma tentativa de dar forma e conteúdo aos princípios norteadores do direito à saúde.

2.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO

Inicialmente, os princípios não tinham força de norma jurídica. Eram exortações de ordem moral ou política (ROTHENBURG, 2003), sugestões, ou ideias de direção. No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais e os princípios jurídicos não apresentavam efetividade em função do não reconhecimento de força normativa aos seus textos, além da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Com a evolução do Direito, os princípios foram reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata (BARROSO; BARCELLOS, 2003). Deixaram de ser simples orientações para se tornarem comandos dotados de efetividade e juridicidade, com imposição de obediência e de lastro para a satisfação imediata de direitos subjetivos. A importância dos princípios é tão grande que Mello (2000, p.748) afirma que a violação a um princípio é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Para o autor

[...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Aqui é necessária uma breve digressão.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas estão hierarquicamente organizadas, respeitando-se uma relação de compatibilidade vertical. Essas normas estão dispostas na forma piramidal e a Constituição Federal se encontra no ápice. Todas as demais, localizadas em patamares inferiores, devem obediência a ela. Ao analisar-se a Carta Magna, verifica-se que internamente também há hierarquia em face do conteúdo valorativo, ainda que não formalmente. Na Lei Maior, os princípios estão axiologicamente em posição superior, seja pelo valor intrínseco que possuem, seja pela sua característica de base e de fundamentação do nosso Diploma. Araújo e Nunes Júnior (2005) afirmam que se pode falar na existência de uma hierarquia interna valorativa dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam. Na mesma linha, Dantas (1995) reconhece a diferença entre princípio e norma. Para o doutrinador, princípios jurídicos constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico.

Quanto ao conceito em si, o termo “princípio” não é de fácil definição, uma vez que pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados. A Filosofia, a Sociologia e o Direito, dentre outras ciências, utilizam a palavra princípio em suas definições, cada qual sob sua ótica.

Ferreira (1995, p.529) traz em seu dicionário uma primeira definição: “Princípio. *S. m.* 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. *P.ext.* Base; germe”.

Já na seara jurídica, Mello (2000, p. 747-48) define princípio como o

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Já para Silva (2001, p. 96) “[...] os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais [...]”.

Carrazza (2002, p. 33) enuncia que

[...] segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Dantas (1995, p. 59) disserta no sentido que os

[...] princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade.

Pelo observado, os princípios refletem os valores mais caros de uma sociedade, sendo que um princípio jurídico-constitucional pode ser comparado a uma “norma jurídica qualificada” (CARRAZZA, 2002). Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Todavia, possuem um significado

determinado, passível de um satisfatório grau de concretização, podendo ser um limite para as regras ou um conteúdo para uma norma (ROTHENBURG, 2003).

Assim, princípio é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental de uma dada sociedade, servindo de base para o ordenamento jurídico, limita as regras que se relacionam com ele, integra as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos (FAZOLI, 2007).

2.1.1 Características dos princípios

Os princípios, hodiernamente, apresentam as seguintes características: caráter de norma jurídica (normatividade), imperatividade, eficácia, precedência material e abstração (ROTHENBURG, 2003). Os princípios são espécie da qual as normas são gênero. Da mesma forma que as regras, possuem caráter de norma jurídica: normatividade e juridicidade.

Por serem imperativos, devem ser incondicionalmente observados. Ferrari (2001, p.75) traz sua definição sobre imperatividade das normas constitucionais, que se aplica integralmente aos princípios. Segundo o autor,

As normas constitucionais, em virtude de sua juridicidade, apresentam como traço característico, assim, como todas as demais normas jurídicas, a sua imperatividade, ou seja, a obrigatoriedade da obediência de seus comandos por parte das pessoas às quais se dirigem, sejam estas pessoas individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público.

Os princípios também possuem eficácia, isto é, devem ser obedecidos em sua plenitude e a eventual inobservância pode ser reparada judicialmente. Ademais, a eficácia é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessária. Esta eficácia pode ser observada sob quatro aspectos: i) eficácia positiva ou simétrica; ii) eficácia interpretativa; iii) eficácia negativa; e iv) eficácia vedativa do retrocesso. A eficácia positiva é a possibilidade de se exigir judicialmente um direito subjetivo garantido por um princípio. Por sua vez, eficácia interpretativa é a necessidade de se interpretar as normas inferiores em conformidades com as

superiores, lembrando-se da superioridade axiológica que os princípios possuem sobre as demais. Já a eficácia negativa determina que todas as normas ou atos que sejam incompatíveis com os princípios sejam declaradas inválidas. Finalmente, a eficácia vedativa do retrocesso está intimamente relacionada à eficácia negativa e aos princípios fundamentais, uma vez que permite que seja exigida, do Poder Judiciário, a invalidação de uma norma que revogue outra (que disciplina ou aumenta um direito fundamental) sem a respectiva substituição (ou contrapartida) (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Tendo em vista que os princípios refletem os valores supremos de uma sociedade, eles possuem precedência axiológica sobre as demais normas. Sob o ponto de vista material, há uma preeminência dos princípios sobre as regras. Mesmo entre os princípios é possível uma diferenciação valorativa. Por derradeiro, possuem alta abstração, não trazendo em si regras de conduta, malgrado possam ser aplicados diretamente a um caso concreto (FAZOLI, 2007).

2.1.2 Funções dos princípios

Mais importante do que estabelecer as características dos princípios é identificar as suas funções. Destarte, podem-se citar as funções normativa, integrativa e interpretativa (FAZOLI, 2007).

Em primeiro lugar, os princípios têm função normativa. Sendo normas jurídicas, podem ser concretizados e geram direitos subjetivos. Têm, ao lado das regras, função normativa. Em segundo lugar, havendo uma lacuna jurídica, esta pode ser suprida com a utilização dos princípios, nos termos do art. 4º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB). Encontra-se na lei a função integrativa em face das omissões legislativas. Em terceiro lugar, têm-se função interpretativa, que condiciona a atividade do intérprete. Nenhuma interpretação pode ser efetivada sem que se leve em conta os princípios jurídicos.

Pode-se ainda acrescentar que os princípios diminuem a discricionariedade jurisdicional e vinculam o legislador (ROTHENBURG, 2003). Além disso, orientam,

condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais (SIQUEIRA JUNIOR, 2004).

2.1.3 Diferenças entre princípios e regras

Após a exposição supra, em que se teceu considerações gerais sobre os princípios, é imperioso apresentar as diferenças entre princípios e regras. De início, enfatiza-se que princípios e regras são espécies das quais as normas são o gênero. Esta distinção ganhou relevo a partir dos estudos desenvolvidos por Dworkin e Alexy (ESPÍNDOLA, 2002).

Princípios e regras são, portanto, verdadeiras normas jurídicas, com todas as consequências que uma afirmação desse tipo pode resultar. Por sua vez, normas, segundo Silva (2004), são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, isto é, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Neste ponto, destaca-se que as normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos (ÁVILA, 2003).

Postas essas premissas, verificamos que os princípios possuem sua “estrutura aberta” (GUERRA, 2003), pois têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações (BARROSO; BARCELLOS, 2003). Já as regras possuem uma “estrutura fechada” (GUERRA, 2003), a qual contém um mandamento e o seu respectivo consequente.

As regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações às quais se dirigem (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p.148). Nestas, os modais deônticos “obrigatório, proibido ou permitido” estão sempre presentes. Quando uma regra passa a vigor, ela jamais exclui por completo um princípio que com ela se relaciona. Os princípios estão sempre abertos a novas regras que podem surgir à medida que a sociedade evolui e delas necessite. O fato de uma regra indicar um caminho em determinado sentido para um determinado princípio não impede que, no futuro, outra regra seja editada indicando sentido

oposto ao mesmo princípio. As regras apresentam-se, portanto, como objeto da incidência dos princípios (ROTHENBURG, 2003).

2.1.4 Finalidade da classificação

A classificação das normas em princípios e regras não tem uma finalidade meramente doutrinária.

Ávila (2003) relata dois motivos que justificam tal classificação. A primeira é antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. A segunda é aliviar, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar – eliminar jamais – a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado.

Classificando-se os princípios como norma jurídica é possível justificara sua força normativa, uma vez que estas não precisam de complemento para apresentar eficácia.

2.1.5 Critérios utilizados para a divisão das normas em princípios e regras

A distinção entre regras e princípios pode se dar por vários critérios: qualitativo, pelo grau de generalidade, de abstração ou de sua fundamentalidade.

Pelo critério qualitativo, se leva em conta o conteúdo material da norma, a importância axiológica. Segundo Rothenburg (2003), se os princípios têm suas propriedades diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que eles constituem-se expressão primeira dos valores fundamentais

expressos pelo ordenamento jurídico informando materialmente as demais normas, isto é, segundo o autor, “fornecendo a inspiração para o recheio”

Através do grau de generalidade também podemos separar regras de princípios. Quanto mais genérica a norma, mais próxima ela estará de um princípio. Ao revés, quanto mais específica, quanto menos genérica, mais próxima de uma regra.

Por outro lado, Ávila (2003) defende o grau de abstração como critério para a especificidade. Para tanto, não se leva em conta a diferença qualitativa, mas sim a amplitude de sua abrangência. Cabe, porém, ressaltar que uma norma pode ser precisa em seu significado, mas genérica em seu alcance. Justamente pelo fato de ser abrangente é que possui aplicação ampla, evoluindo sua incidência juntamente com a sociedade. Os princípios possuem alto grau de abstração em decorrência da vagueza e da estrutura aberta que possuem, mas não são considerados indeterminados. Rothenburg (2003) defende que esta vagueza trata-se apenas de “um jeito de ser”.

As regras, por sua vez, possuem menor grau de abstração e alta densidade normativa, tendo, também, a função de concretizar os princípios. Assim sendo, as regras são aplicadas mecanicamente através da subsunção.

Finalmente, a separação entre princípios e regras pode ser estabelecida através de um possível conflito normativo. Dessa forma, os conflitos entre princípios são resolvidos através das regras de ponderação, enquanto os conflitos entre regras devem ser tratados como verdadeiras antinomias jurídicas.

Barroso e Barcellos (2003) apresentam três critérios para distinguir princípios de regras: i) conteúdo; ii) a estrutura normativa e; iii) as particularidades da aplicação. Quanto ao conteúdo, os princípios têm por objeto valores ou fins, enquanto as regras descrevem uma conduta. No que toca à estrutura normativa, os princípios não descrevem condutas, cabendo ao intérprete estabelecer quais ações devem ser tomadas, enquanto as regras já trazem os atos a serem praticados diante de um fato preestabelecido. Os princípios são aplicados através da ponderação diante de um caso concreto, enquanto as regras se aplicam sob a forma do tudo ou nada, mediante subsunção.

2.1.6 Colisões entre princípios

Uma das maiores diferenças entre princípios e regras está na respectiva aplicação, isto é, na incidência aos casos em que se vislumbrem possíveis colisões, sejam entre princípios, sejam entre regras. Os métodos a serem utilizados são diversos.

Quando dois princípios forem aplicáveis a um caso concreto, um deles deverá ceder em face do outro. Contudo, ambos permanecerão válidos e vigentes. O intérprete deverá evitar o “sacrifício” total de um dos princípios envolvidos. Mesmo que se pudesse imaginar uma situação hipotética onde um princípio não fosse aplicado em sua totalidade, não haveria o que se falar em exclusão do sistema, pois ele continuaria válido (SILVA, 2004). Nesse sentido, Bustamante (2002) adverte que no caso de colisão de princípios, um deles tem que ceder ao outro, porém sem que o princípio afastado seja declarado inválido ou tenha que ser criada uma cláusula de exceção.

De outra banda, os princípios jurídicos nunca se apresentam de forma isolada. Devem ser analisados em conjunto com outros que com ele irão interagir (CARRAZZA, 2002). Diante de um caso concreto, vários princípios são passíveis de aplicação e formam um feixe principiológico incidente sobre a questão.

Cabe ressaltar que a colisão entre princípios somente ocorre diante de um caso concreto, não sendo correto apontá-la em tese. A análise deverá ser realizada diante das situações fáticas do caso, uma vez que o “peso” atribuído a cada princípio é variável. Assim, quando um princípio entra em “choque” com outro, o intérprete deve levar em consideração o valor, dos princípios envolvidos. Diante de cada caso concreto, o mesmo princípio pode assumir diferentes valorações. Segundo Barroso e Barcellos (2003), a respectiva aplicação se dará mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.

Assim, parece preferível falar em ponderação ou em conformação a falar em colisão, embora esse último termo seja corrente na doutrina. Rothenburg (2003) chega a utilizar o termo “fragmentação dos princípios”, já que dois ou mais princípios podem se compor para a solução do caso concreto.

Desta feita, a dita “colisão” pode se dar de duas formas: positiva ou negativa. Segundo Rothenburg (2003), há *colisão* de princípios quando princípios *conflitantes* são

suscitados, devendo-se resolver com base na precedência de um ou vários em detrimento dos demais, que são episodicamente afastados, como exemplo “vida privada *versus* liberdade de informação”. Além disso, existe *concorrência* de princípios quando princípios *convergentes* incidem sobre o caso, resolvendo-se por composição, como exemplo, os princípios da moralidade e da impessoalidade inspirando a Administração Pública.

Por sua vez, a citada ponderação deve ser regida pela proporcionalidade.

Aqui cabe uma digressão. Segundo Rothenburg (2003), não se deve utilizar, a expressão “princípio” da proporcionalidade, uma vez que esta não é um princípio a ser ponderado juntamente com os demais. Ela se confunde, *de per si*, com a própria ponderação. É, pois, um caminho a ser percorrido, conforme aponta Guerra (2003).

Na mesma linha, este último autor defende que a regra da proporcionalidade pode ser dividida em três elementos parciais, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Através da *adequação* deve-se buscar uma perfeita pertinência entre os meios utilizados e os fins perseguidos, ou seja, aqueles devem ser idôneos. A *necessidade* determina a utilização do meio menos gravoso, limitando-se ao “estritamente necessário”. Já a *proporcionalidade em sentido estrito* impõe uma avaliação global da situação, na qual faça uma correspondência jurídica entre meios e fins, no sentido de estabelecer as vantagens e desvantagens do emprego dos meios, à luz de outros fins envolvidos na questão.

A ponderação, portanto, pode ser definida como uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas, na lição de Barroso e Barcellos (2003). É, pois, um método a ser utilizado na solução dos chamados *hard cases*.

Durante o processo de ponderação, prosseguem os mesmos autores, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ela indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todas as vezes que esse processo for utilizado, a motivação é imprescindível. A

argumentação jurídica apresentada pelo intérprete deverá trazer os fundamentos normativos, a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão e utilizar os princípios instrumentais de interpretação e materiais propriamente ditos. Finalmente, nas hipóteses onde normas constitucionais são incidentes, o intérprete deve adotar o método da ponderação em homenagem ao princípio da unidade da Constituição.

Diferentemente do que ocorre com os princípios, a aplicação das regras se dá por mera subsunção. Quando estamos diante de um conflito entre duas ou mais regras, temos uma verdadeira antinomia legal. Para tanto, o intérprete deverá utilizar-se das conhecidas regras *lex posterior derogat legi priori*¹² e *lex specialis derogat legi generali*¹³.

Nessas hipóteses, uma das regras será aplicada e as demais cederão totalmente. Estas serão consideradas inválidas e, por conseguinte, afastadas do ordenamento jurídico. Ao contrário dos princípios, uma regra vale ou não vale. Não existe um “meio termo”. Para as regras temos o chamado tudo ou nada (*all or nothing*).

Sob o ponto de vista dos valores, uma regra não pode ser considerada mais importante do que outra. Todas estão em um mesmo patamar, quando analisadas sob o prisma axiológico. Uma regra constitucional, por exemplo, não apresenta qualquer superioridade sobre outra regra igualmente constitucional.

2.1.7 Do caráter “*prima facie*” dos princípios

Considerando as peculiaridades apresentadas na “colisão” entre princípios, podemos afirmar que eles (os princípios) representam direitos e deveres *prima facie*. Melhor explicando, ao analisar um princípio isoladamente, o intérprete pode vislumbrar, em um primeiro momento, a existência de um direito. Todavia, aplicando este mesmo princípio a um caso concreto, ele poderá ceder diante de outro princípio de tal sorte que aquele direito (originalmente imaginado) não subsista mais. Destarte, falamos em caráter *prima facie* dos

¹² A regra posterior derroga a anterior.

¹³ A regra mais específica derroga a mais geral.

princípios. Os direitos e deveres inicialmente expressos, apesar de aparentemente aplicáveis, podem ser afastados diante de uma situação concreta.

Nesta esteira, Virgílio Afonso da Silva (2003, p.611), com maestria, nos ensina que: “[...] para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes”.

2.1.8 Da aplicação direta dos princípios

Superada a exposição sobre separação entre princípios e regras, é imprescindível ressaltarmos a possibilidade de aplicação direta dos princípios.

Não dúvida das dificuldades decorrentes da identificação, aplicação e concretização de um direito subjetivo que decorra diretamente de um princípio. Contudo, diante das características já apresentadas, especialmente pelo caráter normativo que exibem, é perfeitamente possível a sua concretização independentemente da existência de uma regra (FAZOLI, 2007). Atualmente parece fundamental que todo operador do Direito vise à concretização dos princípios de forma direta, sem a necessidade de outras regras. Nesta linha, Rothenburg (2003, p. 22) ensina

[...] Portanto, inclusive quando os princípios não estejam retomados e desenvolvidos por preceitos mais precisos e específicos (regras), é possível – embora dificilmente operacional – deduzir e atender diretamente pretensões com fundamento exclusivo nesses princípios jurídicos.

A partir do raciocínio de Alexy, Guerra (2003, p. 87) explica como se dá a aplicação dos princípios:

[...] Desta forma se pode afirmar que um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor. Nessa perspectiva, é fundamental que se perceba que tal valor, o qual representa o fim comandado pelo princípio, é de ser buscado ou realizado, obviamente, através de condutas, isto é, através de ações e omissões. Tais ações e omissões, portanto, revelam-se meios para a realização de tal fim. Tais considerações são extremamente significativas para compreender de que modo se

relacionam os princípios e as regras, especialmente para perceber a possibilidade de se expressar o conteúdo dos princípios em termos de regras.

E prossegue o autor:

[...] Assim, se através de uma norma-princípio, o ordenamento comanda (prescreve) a realização de um fim, *ipso facto* comanda igualmente, a adoção dos meios aptos para tanto. Consistindo tais meios, como se viu, em um conjunto de ações e omissões, prescrever ou comandar a realização de um fim, através de uma norma-princípio, implica prescrever ou comandar as respectivas ações e omissões que se revelarem meios para aquele fim (GUERRA, 2003, p. 87).

Tanto é possível a aplicação direta dos princípios que a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata. Não se pode duvidar, outrossim, que diversas normas contidas nesse artigo consubstanciam-se em verdadeiros princípios, como, por exemplo, o da igualdade (CF, art. 5º, *caput*), e mais precisamente, o direito à vida e à saúde. Com esta previsão expressa, restou superada a posição que exigia a presença de uma lei para que tais normas fossem eficazes (GUERRA, 2003).

2.2 PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o conjunto de todas as 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 (BRASIL, 2000).

A previsão da saúde como direito de todos na Constituição de 1988 resultou de mobilização da sociedade brasileira, deflagrada pelo movimento de reforma sanitária referido na introdução do trabalho. Tal movimento teve como marco a VIII Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu em 1986 e propôs as bases do novo modelo de saúde que a Constituição de 1988 consagrou com a previsão do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2000).

Juntamente com o conceito ampliado de saúde, o SUS traz consigo dois outros conceitos importantes: o de *sistema* e a de *unicidade*. A ideia de sistema significa um

conjunto de várias instituições, dos três níveis de governo e do setor privado contratado e conveniado, que interagem para um fim comum. Já na lógica de sistema público, os serviços contratados e conveniados seguem os mesmos princípios e as mesmas normas do serviço público. Todos os elementos que integram o sistema referem-se ao mesmo tempo às atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 2000).

Em todo o país, o SUS deve ter a mesma doutrina e a mesma forma de organização, sendo que é definido como único na Constituição um conjunto de elementos doutrinários e de organização do sistema de saúde, os princípios da universalização, da equidade, da integralidade, da descentralização e da participação popular.

Entende-se o SUS da seguinte maneira: um núcleo comum, que concentra os princípios doutrinários, e uma forma e operacionalização, os princípios organizativos.

São princípios doutrinários do SUS a universalidade, a integralidade e a equidade.

O princípio da universalidade impõe que a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais (BRASIL, 2000).

O princípio da integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos (BRASIL, 2000).

Por fim, o princípio da equidade objetiva a diminuição das desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior (BRASIL, 2000).

Já os princípios organizativos do direito à saúde tratam das formas de concretizar o SUS na prática.

Os princípios da regionalização e hierarquização orientam que os serviços devem ser organizados em níveis crescentes de complexidade, circunscritos a uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos, e com definição e conhecimento

da população a ser atendida. A regionalização é um processo de articulação entre os serviços que já existem, visando o comando unificado dos mesmos. Já a hierarquização deve proceder à divisão de níveis de atenção e garantir formas de acesso a serviços que façam parte da complexidade requerida pelo caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região (BRASIL, 2000).

O princípio da descentralização e comando único impõe que descentralizar é redistribuir poder e responsabilidade entre os três níveis de governo. Com relação à saúde, descentralização objetiva prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos. No SUS, a responsabilidade pela saúde deve ser descentralizada até o município, ou seja, devem ser fornecidas ao município condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para exercer esta função. Para que valha o princípio da descentralização, existe a concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade (BRASIL, 2000).

Por fim, o princípio da participação popular enuncia que a sociedade deve participar no dia-a-dia do sistema. Para isto, devem ser criados os Conselhos e as Conferências de Saúde, que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde (BRASIL, 2000).

Na presente pesquisa serão tratados com maior profundidade somente os princípios doutrinários do direito à saúde, quais sejam o da universalidade, da integralidade e equidade, visto que a indeterminação dos conceitos destes causa decisões díspares no Judiciário brasileiro acerca das demandas por bens de saúde, e a tentativa de lhe conferir forma e conteúdo contribui para a proposição de parâmetros contra a judicialização excessiva, conforme exposto nos capítulos seguintes.

2.2.1 Princípio da universalidade

Disposto na Constituição Federal de 1988, o princípio da universalidade busca garantir a oferta de ações e serviços de saúde a todos os cidadãos brasileiros que necessitem,

pois, o art. 196 afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido pela execução de políticas econômicas e sociais e pela garantia do acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde.

Nessa perspectiva, a Lei n. 8.080/90 institui, em seu art. 7º, I, a necessidade do SUS obedecer ao princípio da “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”. Assim, o direito à saúde deve ser atribuído ao homem enquanto gênero “humano”, de forma que o “o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais (MATTA, MOROSINI, 2009). O acesso aos bens de saúde, portanto, deve ser garantido, de maneira que seus serviços estejam à disposição, por meio de pronto atendimento, do indivíduo e da coletividade, independentemente se estes farão, ou não, o uso desses serviços.

Nesse ponto, é refletida não só a noção de universalidade e igualdade constante no caput do art. 5º, mas também a premissa republicana, incorporada no art. 19, III, da Lei Maior, que veda a todos os entes da federação “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. Segundo Dallari e Nunes Junior (2010), trata-se de disposição coesa ao sistema constitucional, que elevou a saúde ao patamar de direito fundamental, fazendo-a, dessa maneira, elemento intrínseco à dignidade do humano. Na opinião dos autores, não pode creditar-se a alguns maior valor intrínseco do que a outros, criando-se assim restrições de acesso ou desigualdade aos homens.

O princípio da universalidade traz, além da ideia central do direito à saúde como direito de cidadania, inerente a todos aqueles que sejam brasileiros, por nascimento ou naturalização, a noção de que cabe ao Estado a responsabilidade por promover a saúde, proteger o cidadão contra os riscos a que ele se expõe e assegurar a assistência em caso de doença ou outro agravo à saúde. O cumprimento dessa responsabilidade política e social assumida pelo Estado implica na formulação e implementação de políticas econômicas e sociais que tenham como finalidade a melhoria das condições de vida e saúde dos diversos grupos da população. Isto inclui a formulação e implementação de políticas voltadas, especificamente, para garantir o acesso dos indivíduos e grupos às ações e serviços de saúde, o que se constitui, exatamente, no eixo da política de saúde, conjunto de propostas sistematizadas em planos, programas e projetos que visam, em última instância, reformar o sistema de serviços de saúde, de modo a assegurar a universalização do acesso e a integralidade das ações (TEIXEIRA, 2011).

A universalidade, portanto, é um princípio finalístico, isto é, é um ideal a ser alcançado, indicando, portanto, uma das características do sistema que se pretende construir e um caminho para sua construção. Para que o SUS venha a ser universal é preciso se desencadear um processo de universalização, isto é, um processo de extensão de cobertura dos serviços, de modo que estes venham, paulatinamente, a se tornar acessíveis a toda a população (TEIXEIRA, 2011).

Ante essas concepções, ratifica-se certa superposição nos princípios da universalidade, integralidade e equidade (os dois últimos mais aprofundados nos tópicos seguintes), visto que a Constituição associa a universalidade à cobertura de todos os cidadãos brasileiros natos ou naturalizados ao SUS, independente da etnia; local de residência, faixa etária, condição social, econômica ou cultural, e, ao princípio da igualdade, ao estabelecer que o acesso desses cidadãos deva ser igualitário. Estaria, deste modo, inviabilizando a particularização dos beneficiários. Soma-se a essas acepções a compreensão da Lei n. 8.080, que vincula a universalidade à qualificação do conteúdo da assistência prestada (MARQUES; MELO; SANTOS, 2011).

Segundo Oliveira (2010), a previsão do acesso universal à saúde foi uma conquista da sociedade brasileira, uma vez que, até então, o acesso a ações e serviços de saúde era limitado. A mobilização brasileira em favor da garantia do acesso universal à saúde veio em consonância com propostas internacionais. Nesse sentido, a Declaração de Alma-Ata, elaborada após a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde (1978), enfatizou que a saúde é um direito humano fundamental e propôs a meta de “Saúde para Todos no Ano 2000”, orientada pelos cuidados primários de saúde.

A declaração de Alma-Ata ainda possui marcante atualidade, no entendimento de Oliveira (2010). A meta proposta não restou alcançada, sendo evidentes as desigualdades no acesso à saúde entre os países e também no interior dos mesmos. Além disso, a expansão dos cuidados primários em saúde permanece necessária e comprovadamente eficaz para promover melhoria nos indicadores de saúde e equidade segundo os sanitaristas.

O Relatório Mundial de Saúde de 2008, elaborado pela Organização Mundial de Saúde (2008), voltou ao tema dos cuidados primários de saúde propondo aos países membros quatro conjuntos de reformas para orientar o desenvolvimento dos sistemas de saúde, com alicerce nos valores e princípios dos cuidados de saúde primários. Genericamente, tais reformas foram nominadas como reformas da cobertura universal, reformas da prestação de serviço, reformas da política pública e reformas da liderança.

Interessa, no momento, o primeiro conjunto de reformas referido. Propõe a OMS reformas que “garantam que os sistemas de saúde contribuem para a equidade em saúde, justiça social e para o fim da exclusão, primordialmente através do progresso do *acesso universal* e da protecção social da saúde” (OMS, 2008). Conforme propõe a OMS, a cobertura universal deve ser financiada por meio de contribuições pré-pagas, evitando-se despesas diretas aos prestadores de serviço, que muitas vezes são impossíveis para o usuário e outras sacrificam o mesmo e sua família. Além disso, sistemas não universais são marcados por restrições e desigualdades de acesso (OLIVEIRA, 2010).

Para a OMS, a cobertura universal, embora não seja por si só, suficiente para atingir a equidade em saúde, é um alicerce imprescindível. Segundo a entidade

O passo mais fundamental que um país pode dar para fomentar a equidade em saúde é promover a *cobertura universal: acesso universal* a todo um leque de serviços de saúde necessários, pessoais ou não-pessoais, com protecção social da saúde (OMS, p. 27, grifo nosso).

Assegurada a saúde como direito fundamental, isto é, direito humano positivado no Brasil, a cláusula de universalidade é corolário inexorável (ALEXY, 1999 apud OLIVEIRA, 2010). Isto porque o acesso aos direitos fundamentais depende, unicamente, do pertencimento à espécie humana e de nenhum outro requisito, sob pena de redefinição do próprio conceito de humanidade e retrocesso no estágio civilizatório alcançado (OLIVEIRA, 2010).

Cita-se como exemplo de concretização do princípio da universalidade, nesse supramencionado sentido, acórdão proferido no agravo de instrumento nº 2005.04.01.032610-6/PR em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve decisão de primeira instância que, em antecipação de tutela, determinava a realização de transplante de medula óssea a estrangeiro em situação irregular no Brasil. Na ocasião, afirmou-se que

[...] o art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos e garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, embora nos dias atuais possa parecer manifesto que os direitos fundamentais são devidos a todos, trata-se na realidade de conquista da sociedade moderna,

tendo sido revelado, pioneiramente, na Declaração de Direitos do Homem de 1789, sob a influência do ideário da revolução francesa. Até então, as declarações de direitos tinham abrangência limitada, destinando-se a uma parcela da sociedade ou a um determinado povo (BONAVIDES, 1994).

Para Oliveira (2010), é indispensável ressaltar que a garantia de acesso universal à saúde não pode ser qualificada como atitude irresponsável ou desconectada da realidade social. Isso porque a respectiva fonte de financiamento para o setor, como de resto para a seguridade social, encontra previsão no art. 195 da CF/88, que atribui responsabilidade a *toda sociedade*, através de contribuições e receitas dos orçamentos da União, Estados e Municípios (art. 198, §1º da CF/88).

Em conformidade com as premissas expostas, pode-se afirmar que dentre os princípios que norteiam o direito à saúde no Brasil, a universalidade goza de prevalência *prima facie* diante dos demais. Isso pois a Constituição, a par de estabelecer que *a saúde é direito de todos*, dispôs ainda que referido direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, conclui-se que eventual conflito entre a garantia individualizada do direito à saúde e políticas públicas organizadas para atender às necessidades da população, deve-se tender à segunda alternativa, havendo necessidade de maior carga de argumentação para agir em sentido contrário (OLIVEIRA, 2010).

Para Teixeira (2011), a efetivação do princípio da universalidade demanda a eliminação de barreiras que se interpõem entre a população e os serviços.

Segundo a autora, a primeira delas, a barreira jurídica, foi eliminada com a Constituição Federal de 1988, na medida em que o direito à saúde foi universalizado, e com isso, eliminada a necessidade do usuário do sistema público, antes da criação do SUS, colocar-se na condição trabalhador ou “indigente para ter acesso aos serviços de saúde, conforme mencionado no capítulo segundo.

Do ponto de vista da barreira econômica, a autora diz que ainda que a população não precise pagar diretamente pelo acesso aos bens de saúde, grande parcela dos mais pobres, que vivem essencialmente em pequenos municípios com baixo grau de desenvolvimento econômico, ou habitam a periferia das grandes cidades, não dispõem de condições mínimas de acesso aos serviços, como exemplo, por impossibilidade de pagar o transporte necessário a

uma unidade de saúde. A autora também defende que para a superação dos entraves econômicos à universalização, o Estado necessita dispor de um volume de recursos financeiros capaz de ser investido na ampliação da infraestrutura do sistema.

Do ponto de vista da barreira sócio-cultural, a autora enuncia que barreira da linguagem, da comunicação entre os prestadores de serviços e os usuários, é a maior delas. Teixeira (2011) afirma que grande parte da população, quando chega aos serviços, não dispõe de condições educacionais e culturais que facilitem o diálogo com os profissionais e trabalhadores de saúde, o que se reflete na dificuldade de entendimento e de aprendizado acerca do comportamento que se deve adotar para se tornar coadjuvante do processo de prevenção de riscos e de recuperação da sua saúde. Uma simples receita médica pode ser um texto ininteligível para grande parte da população que não sabe ler. Para a autora, a transposição da barreira cultural e comunicativa entre os usuários e o sistema de saúde é certamente um dos maiores desafios a serem enfrentados na perspectiva da universalização do acesso.

2.2.2 Princípio da integralidade

Entende-se que o princípio da integralidade do SUS está disposto tanto no inciso II, do artigo 198 da CF/88, quanto no artigo 7º, II, da LOSUS, *in verbis*:

Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Logo se vê que, pelo princípio da integralidade, o dever do Estado não pode ser limitado, mitigado ou dividido, visto que a saúde, como bem individual, coletivo e de desenvolvimento, pressupõe uma abordagem assistencial completa, portanto, integral, envolvendo todos os aspectos a ela relacionados (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

Assim, a integralidade revela-se pela articulação dos múltiplos níveis de complexidade do sistema de saúde, de maneira todos têm a obrigação de atender, fundamentalmente, a quem procure seus serviços, decorrendo o oferecimento e a aplicação de todos os cuidados de saúde possíveis em consonância ao quadro clínico do usuário, segundo as descobertas existentes no campo científico que possibilitam aquele atendimento. Não pode o agente de saúde recusar-se ao atendimento aos usuários, diante da existência e viabilidade do serviço de saúde, quando estes buscam o serviço de saúde público, visto que a saúde é “direito do cidadão e dever do Estado” e fundamenta-se na premissa da equidade e da universalidade do acesso, conforme visto.

Indaga-se: como se cogitar a prevenção em saúde da coletividade se as pessoas com doenças infectocontagiosas não são individualmente e adequadamente tratadas? Dessa maneira, a prevenção, tratamento, integração ou reintegração social, evolução tecnológica, etc., constituem faces de um mesmo bem jurídico, a saúde, que depende de todos esses dados para que possa ser efetivamente desenvolvida (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

Vê-se então que a integralidade busca efetivar todos os cuidados demandados pelo sujeito, em todos os aspectos preventivos e assistenciais, durante todo o tempo de sua vida. Assim, cabe ao Judiciário buscar estratégias que certifiquem se a prescrição das ações e serviços em saúde tem base científica, uma vez que a integralidade presumida na reforma sanitária visava à garantia de direitos baseados na real necessidade em saúde e não induzidos por uma base forte no capital e certa fragilidade científica e ética (MARQUES; MELO; SANTOS, 2011).

É com a aliança dos modelos curativista e preventivista que se torna imaginável a atenção efetiva à saúde, visto que, por exemplo, como mencionado, no tratamento de doenças infectocontagiosas não há que se pensar em prevenção à doença sem que se busque a recuperação pela cura das pessoas contaminadas, que se constituem em potenciais transmissores da referida doença. Percebe-se a imperiosidade da dupla abordagem preventivo-curativa para a concretização da integralidade efetiva. O isolamento de um aspecto resulta na atenção escassa à saúde, em decorrência de procedimentos ineficientes e insuficientes.

Starfiel (2004) defende que a operacionalização do sistema de forma que a integralidade seja efetivamente implementada encontra-se na transmissão eficiente das informações sobre os usuários, entre as diversas unidades de atendimento, com a finalidade de tornar disponíveis entre toda a rede as descrições, diagnósticos e tratamentos prévios dos usuários atendidos pelo sistema. Esse método confia a todos os profissionais da saúde a responsabilidade de fornecer condições para eventual atendimento posterior, de maneira que o histórico do paciente não seja perdido, o que interromperia a continuidade da atenção à saúde, ferindo diversas garantias à saúde, em especial, a integralidade da atenção.

Segundo Sarlet (2008), a integralidade sofre incidência direta dos princípios da precaução e da prevenção, que por sua vez têm conexão umbilical às noções de eficácia e segurança, determinando a prioridade das atividades preventivas, tanto no aspecto mais restrito das ações de medicina preventiva, quanto, num senso mais amplo, respaldando as ações de vigilância e polícia sanitária, bem como as medidas voltadas à prestação de saneamento básico e à garantia de um ambiente sadio e equilibrado.

De maneira semelhante, vigoram também os princípios da razoabilidade e da eficiência¹⁴, pois não se pode entender como razoável um tratamento cuja eficiência não seja comprovada, ou que acarrete sérios riscos à saúde da coletividade, por exemplo.

A integralidade do atendimento também representa a ideia de que as ações e os serviços de saúde devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo, de forma que sejam simultaneamente articulados e integrados em todos os aspectos (individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional) e níveis de complexidade do SUS (SARLET, 2008).

Ademais, a integralidade manifesta-se pela conjunção de procedimentos e diagnósticos desempenhados por uma equipe multiprofissional, objetivando a resolução dos casos com tendência à máxima efetividade, e fazendo valer o princípio da interdisciplinaridade. No que se refere à diversidade de atendimentos e terapias passíveis de aplicação no Sistema, vale expor a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC), lançada pelo Ministério da Saúde (MS) em 2006, com intuito de organizar práticas que possibilitam a integralidade da atenção à saúde, conjugada com o cuidado embasado na integralidade do usuário. A PNPIC buscou adicionar a medicina alternativa e complementar à medicina convencional, com a finalidade materializar os

¹⁴ Não, porém, sob uma ótica economicista ou utilitarista (SARLET, 2008).

diversos princípios e diretrizes, estabelecidos pela CF e pela LOSUS, sobretudo a integralidade. Segundo o Ministério da Saúde, essa Política abarca terapias de acupuntura, homeopatia, fitoterapia, crenoterapia e medicina antroposófica (BRASIL, 2006). É notório que as mencionadas práticas fogem aos métodos e terapias da medicina convencional, pois têm origem em culturas distintas da Ocidental. Vê-se que a instituição da Política visualiza ampliadamente o processo saúde-doença, buscando promover o cuidado em saúde de forma global.

Prosseguindo na análise, é na condição de direito a prestações materiais que o princípio da integralidade do direito à saúde provoca as maiores controvérsias na doutrina. Retomando objetivo da pesquisa em delimitar o alcance normativo do direito à saúde, a prática enfrenta o problema da ausência de definição mais precisa do conteúdo das prestações, sendo insuficientes as referências constitucionais às noções de cura, prevenção ou promoção (art. 196, CF), assim como a um imperativo genérico de “integralidade” (art. 198, II, CF).

As dificuldades daí emergentes se confirmam no cotidiano, essencialmente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário – fato que, por sua vez, revela a relevância da concretização da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais e, de modo especial, do direito à saúde (SARLET, 2008).

Em função disso, já parte da doutrina sustenta uma necessária prevalência das ações de caráter coletivo, muitas vezes sob a acepção de “políticas públicas”, em detrimento dos processos judiciais de cunho individual, com o argumento de que estes últimos não consistiriam no meio adequado à postulação de prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, pois inviabilizariam decisões de “macro-justiça”.

Entretanto, a opinião de Sarlet (2008) é que o direito à saúde é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal. Isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá desconsiderar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável.

Por outro lado, tais concepções deixam de ponderar que o acesso à jurisdição, aí compreendida como jurisdição eficiente e plena, é também assegurado como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV), motivo pelo qual não se pode concordar com a tese que refuta, em termos absolutos, a judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde (SARLET, 2008).

Mais uma vez, reforça-se a necessidade de investigação e análise mais aprofundada das dimensões organizatória e procedimental do direito à saúde, em busca de melhores soluções para as dificuldades de operacionalização prática desse direito, sobretudo como direito a prestações materiais.

2.2.3 Princípio da equidade

Diante da desigualdade social existente no Brasil, a Constituição de 1998 em seu art. 196 procura assegurar a equidade no processo de atenção à saúde do SUS, ao vincular o direito à saúde às políticas econômicas e sociais voltadas para a redução de riscos e agravos à saúde por meio do acesso universal e igualitário aos usuários. O art. 7º, IV, da Lei 8.080/90 estabelece que é princípio norteador do Sistema a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, em clara alusão ao princípio da igualdade do art. 5º da Constituição.

Como se vê, a equidade relaciona-se com a universalidade, sendo que o princípio pode ser definido pela máxima: pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive no que tange a exames de apoio ao diagnóstico, prazos, acomodações, etc. (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010).

A Carta Magna também garante o princípio da equidade quando em seu art. 198 estabelece, entre os princípios organizativos do SUS, a regionalização e a descentralização. Segundo Lucchese (2003), estes favorecem a proximidade com os problemas advindos da realidade local, com a construção de respostas mais específicas grupo de usuários de maneira que alcancem seu potencial de saúde.

A autora afirma que a equidade pode ser assegurada a partir da distributividade e seletividade baseadas em indicadores epidemiológicos e de efetividade das ações e serviços prestados. Para isso, é importante que a gestão pública procure mediar as necessidades/demandas sociais com a administração dos recursos governamentais disponíveis. Esse é o grande desafio do poder público diante da diversidade e da complexidade que envolve as questões sociais brasileiras; assim, convive-se com lacunas que o Judiciário tem sido obrigado a compensar (LUCCHESI, 2003).

Uma das estratégias necessárias para que o campo da saúde adéque-se à equidade, segundo Almeida (2002), é de se distinguir a necessidade de saúde do sujeito da necessidade do sujeito quanto aos serviços de saúde. A primeira se relaciona às desigualdades nas condições de vida e saúde e a segunda, às desigualdades no acesso e consumo de serviços de saúde, na medida em que essa distinção pode priorizar a destinação dos serviços públicos aos de menor poder aquisitivo, além de orientar as decisões judiciais.

Dessa forma, a ideia de equidade foi absorvida e até mesmo substituiu o conceito de igualdade. Igualdade expressaria a distribuição homogênea, a cada pessoa uma mesma quantidade de bens ou serviços. Equidade, por outro lado, acata a noção que as pessoas são diferentes, e têm necessidades diversas. Uma distribuição equitativa responde à noção de “dar a cada qual, segundo suas capacidades; a cada qual, segundo suas necessidades”. Assim sendo, o princípio de equidade firma um critério de distribuição heterogênea. “Se o SUS oferecesse exatamente o mesmo atendimento para todas as pessoas, da mesma maneira, em todos os lugares, estaria provavelmente oferecendo coisas desnecessárias para alguns, deixando de atender às necessidades de outros, mantendo as desigualdades” (BRASIL, 2000)¹⁵.

Como se vê, o princípio da equidade expressa a ideia de justiça social, uma vez que busca reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Isto significa admitir uma postura de tratar desigualmente os desiguais, investindo mais recursos públicos nas Unidades da Federação em que a carência e as deficiências no sistema público de saúde são maiores.

O ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser superadas. Em saúde, especificamente, as desigualdades sociais se

apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, reconhecendo-se a possibilidade de redução dessas desigualdades, de modo a garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos.

Assim, a contribuição que um sistema de serviços de saúde pode dar à superação das desigualdades sociais em saúde implica redistribuição da oferta de ações e serviços, e na redefinição do perfil dessa oferta, de modo a priorizar a atenção em grupos sociais cujas condições de vida e saúde sejam mais precárias, bem como enfatizar ações específicas para determinados grupos e pessoas que apresentem riscos diferenciados de adoecer por determinados problemas.

2.3 SÍNTESE HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO À SAÚDE

Acerca dos princípios constitucionais da saúde, no presente capítulo inferiu-se que:

- i) os princípios jurídicos têm por objeto os valores fundamentais de uma dada sociedade;
- ii) princípio é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental de uma dada sociedade e, estando na base do seu ordenamento jurídico, limita as regras que com ele se relacionam, integra as lacunas legais, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos;
- iii) os princípios possuem as seguintes características: normatividade, imperatividade, eficácia, precedência material e abstração;
- iv) os princípios possuem as seguintes funções: normativa, integrativa e interpretativa;
- v) norma é o gênero da qual os princípios e as regras são espécies;

vi) os princípios possuem uma estrutura aberta e podem ser aplicados a um número indeterminado de casos, enquanto as regras possuem uma estrutura fechada com incidência determinada a situações específicas;

vii) o chamado conflito entre princípios resolve-se pelo método ponderação de valores, sem a exclusão definitiva de algum deles do ordenamento jurídico; o conflito entre regras é resolvido pelo método do “tudo ou nada” (uma regra é aplicada em sua totalidade, enquanto as demais são consideradas inválidas) e da subsunção;

viii) os princípios possuem normatividade e eficácia, podendo ser aplicados diretamente sem a necessidade de alguma regra para a sua concretização.

O princípio da universalidade impõe que a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.

O princípio da integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

Por fim, o princípio da equidade objetiva a diminuição das desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

A partir desta breve delimitação conceitual-doutrinária dos princípios constitucionais da saúde, no próximo capítulo expor-se-á o fenômeno na judicialização e seus respectivos impactos deletérios às finanças públicas, para ao final, no capítulo quarto, com fito na conceituação supramencionada, sugerir-se parâmetros de redução da judicialização.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A discussão sobre o acesso a medicamentos e tratamentos de saúde pela via judicial no Brasil ganhou importância teórica e prática, envolvendo crescentes debates entre acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos e sociedade civil, trazendo para o centro das discussões a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI), dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira; por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, que garantem as mais diversas prestações do Estado, o que, por consequência, ocasionam gastos públicos e impactos significativos na gestão pública de saúde no país.

O direito à saúde é garantido pela Constituição Federal de 1988, expressamente em seu art. 6º, como um direito social. O art. 196 da Carta Magna, por sua vez, estabelece que este direito seja garantido mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado. Massa-Arzabe (2006) e Bucci (2006), concluem que as políticas públicas elaboradas em matéria de saúde representam a própria garantia deste direito social, pois se destinam 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, inerente à própria natureza dos direitos sociais. Neste sentido, Marques e Dallari (2007) sustentam 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.

Como o Poder Judiciário atua sob a perspectiva da justiça comutativa ou, como denomina Amaral (2001), sob o âmbito da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por

meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos poderes legislativo e executivo do Estado.

Se é preciso que o Poder Judiciário avance em relação à incorporação da dimensão política que compõe o direito à saúde, é indispensável também que os gestores públicos avancem em relação à elaboração e implementação das políticas de saúde no Brasil, bem como em relação à organização administrativa da prestação dos serviços de saúde, que, muitas vezes, deixam os cidadãos sem a correta assistência médica e farmacêutica, bem como sem espaço adequado e direto para participação popular, sem um canal administrativo capaz de ouvir e processar as diferentes demandas da sociedade nesta seara, sem informações disponíveis de forma clara a todos que necessitam de um medicamento ou tratamento de saúde. Este é um quadro que, frequentemente, não confere ao cidadão alternativa senão buscar a tutela jurisdicional para ver garantido o seu direito (MARQUES, 2008).

Diante dessa conjuntura, no presente capítulo pretende-se examinar os principais atores envolvidos no contexto da judicialização e suas maiores preocupações; as diferenças entre ativismo judicial e judicialização; a questão da separação dos poderes no âmbito da judicialização; os impactos orçamentários do fenômeno; o embate que o Judiciário vive entre a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, no momento de conceder o bem ou serviço de saúde; e por fim, o entendimento da doutrina acerca de suas vantagens e desvantagens.

3.1 DISTINÇÕES ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente, é essencial estabelecer as diferenças entre os termos “judicialização” e “ativismo judicial”.

A *judicialização*, basicamente, equivale-se ao ato de transferir ao Judiciário decisões que deveriam, na realidade, ser tomadas pelos demais poderes da República: o Legislativo e o Executivo. Assim, questões que envolvem o reconhecimento e concretização de direitos de natureza social geram grande repercussão social e política, aumentando a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais no momento da resolução desses casos. Direitos

estes que presumem uma prestação positiva por parte do Estado—e que só pode atendida através de políticas públicas.

Gandini, Barione e Souza (2010) frisam que a efetivação dessas políticas por determinação judicial não representa sobreposição de poderes, nem ofensa à Constituição, se realizada de acordo com as particularidades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, visando garantir a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e de subsistência (saúde, moradia, educação e alimentação).

Reconhece-se ainda que o Judiciário não é autorizado a *criar* políticas públicas, mas tão somente a *implementar* as que já existem. O Estado, assim, tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, prestigiando o princípio do acesso à justiça, este positivado no art. 5º, XXXV, da Constituição, enunciando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O *ativismo judicial*, por outro lado, é conceituado como uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento de seu trabalho como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional (DELGADO, 2008 apud GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010). Trata-se uma participação mais ativa, de uma real mudança de postura por parte do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais.

Barroso (2007, p. 6), na distinção entre os fenômenos, ensina que

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um [sic] certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Conclui-se que a judicialização e ativismo judicial são fenômenos diferentes e delimitados. A primeira decorre de um dever do Estado de prestar a adequada tutela jurisdicional; o segundo explicita uma opção proativa dos juízes que, diante da inércia dos

demais poderes, tendem a decidir pela efetivação dos direitos considerados, até então, esquecidos.

Parte da doutrina entende plenamente possível a concretização do direito à saúde por meio da intervenção judicial, e isso independentemente do juiz ter (ou não) uma visão ativista (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

Outros autores, entretanto, consideram que a problemática da atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas de saúde decorre da falta de um conteúdo claro para o direito fundamental à saúde (MARRARA; NUNES, 2010). Eles entendem que apesar de o controle judicial sempre ter sido possível em virtude do princípio da unicidade de jurisdição, a indefinição conceitual dos direitos sociais, e especialmente, do direito à saúde, geraram diferentes visões acerca do papel do Judiciário (MARRARA; NUNES, 2010).

Sob a ótica panorâmica (RAMOS, 2004), percebe-se uma evolução ondular do papel da Justiça. Em um primeiro momento, esta apresentava uma postura bastante tímida e conservadora em relação às políticas públicas de saúde. Entendiam-se as normas constitucionais que tratam do direito à saúde como normas tão somente programáticas, assim, de concretização gradual pelo Estado. Em um momento posterior, diversos segmentos do Poder Judiciário alteraram radicalmente seus próprios entendimentos, e passaram a impor ao Estado as formas como este deveria concretizar o direito à saúde.

Segundo Ramos (2004), de uma situação de distanciamento e neutralidade, passa-se a um extremo ativismo. O resultado dessa postura foi a ingerência judicial em quase todos os temas de saúde, e conseqüentemente, nas políticas orçamentárias que afetam os demais setores de ação estatal. Os Tribunais passaram a se posicionar de forma absolutamente extremada, impondo ao poder público, nos três níveis, os mais variados ônus financeiros, consistentes, por exemplo, na prestação de medicamentos de altíssimo custo e eficácias muitas vezes não comprovada. Ou ainda, no fornecimento de próteses e tratamentos médicos financeiramente exorbitantes, ainda que existissem similares economicamente mais viáveis, em detrimento da execução de programas de assistência à saúde e prevenção de doenças de caráter mais abrangente e urgente. Isso também ocorreu em relação à concessão de medicamentos não previstos nas políticas oficiais, bem como em matéria de oferecimento de leitos hospitalares e internações.

Diante desse quadro de intervenção jurisdicional no Executivo e Legislativo, pretende-se examinar no próximo tópico se a judicialização da saúde é legítima dentro do

contexto da separação dos poderes da República, e em caso afirmativo, quais seriam seus limites.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham a autorização da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham inegavelmente um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – eleito pela maioria dos cidadãos votantes – ou do Congresso – cujos 513 membros também foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2008).

A legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular assenta-se, entretanto, em duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica (BARROSO, 2008).

O fundamento normativo decorre do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

Segundo entendimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita, segundo Barroso (2008), com temperamentos, uma vez que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas (como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva) acabam tornando-se co-participantes do processo de criação do Direito.

A justificativa filosófica, por sua vez, parte das ideias que fundamentam o Estado constitucional democrático: constitucionalismo e democracia. A primeira significa trata do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, sendo o Estado de Direito expressão da razão. A segunda significa soberania popular, o governo do povo, o poder fundado na vontade da maioria.

Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por esse motivo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis, segundo Barroso (2008). Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder.

Ocorre que a democracia não se resume ao princípio majoritário. Barroso (2008) exemplifica de maneira jocosa: se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Para o autor, o segundo grande papel de uma Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

O intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal e seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios (não de política) e de razão pública (não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas). Portanto, é o entendimento do autor que a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.

Todavia, a importância da Constituição (e do Judiciário, como seu maior intérprete) não pode suprimir a política, o governo da maioria ou o papel do Legislativo. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser reverente às deliberações do Congresso, segundo Barroso (2008). Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Os membros do Poder Judiciário só poderão atuar legitimamente quando forem capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos

outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, sendo deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, e assim, contribuir para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça (BARROSO, 2008).

Portanto, entende-se que no tocante à saúde, onde não haja lei ou ação administrativa que implemente a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, se existir lei e atos administrativos que implementem a Constituição e sejam regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

3.3 OS ATORES DA JUDICIALIZAÇÃO

A estratégia dos sujeitos de garantirem seus direitos recorrendo ao Poder Judiciário tem acontecido, sobretudo, em duas frentes distintas: uma individual e outra coletiva. A busca pela garantia do direito à saúde tem passado pela atuação de diversas instâncias judiciais: o Poder Judiciário, o Ministério Público (MP) e a Defensoria Pública. Além desses, embora em escala reduzida, soma-se a atuação de escritórios particulares de Advocacia¹⁶. É possível distinguir, considerando a ação de cada uma dessas instituições, seus diversos tipos de atuação (MACHADO, 2008).

Primeiramente, destaca-se a decisiva presença do Poder Judiciário, instituição responsável pelo julgamento das questões referentes à concessão ou negação de determinado pleito. Tal presença se torna manifesta na medida em que a linguagem e os procedimentos do

¹⁶ Conforme estudo realizado por Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005) a respeito da expedição de Mandados de Segurança para a garantia imediata de acesso a medicamentos, os escritórios particulares de Advocacia têm se detido numa atuação voltada à defesa de associações de portadores de patologias e organizações não governamentais. Tais dados são referentes à pesquisa realizada entre 1991 e 2002.

direito mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, tornando-o única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre a legalidade e aplicação das mesmas, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia (VIANA et al, 1997).

Outros dois grupos principais atuam como provocadores do Poder Judiciário. O primeiro deles representa os interesses individuais; inserem-se neste campo a Defensoria Pública e os escritórios privados de advocacia. Suas demandas dizem respeito aos direitos que os indivíduos acreditam que o Estado deveria garantir e, geralmente relacionam-se à compra de determinados insumos necessários à manutenção ou recuperação da saúde dos indivíduos (MACHADO, 2008).

O segundo grupo, composto basicamente pelo Ministério Público¹⁷, representa os interesses coletivos. O Ministério Público é uma instituição permanente incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis (ditos imanescentes à personalidade humana e pertencentes a uma coletividade) e dos direitos coletivos e difusos (caracterizados por abranger não indivíduos ou grupos singulares, mas aqueles que possuem necessariamente algo em comum). Sua competência diz respeito ao cuidado pelos serviços de relevância pública e tem por função principal zelar pela promoção dos direitos constitucionais, sendo que, dentre estes está o direito à saúde. Além disso, tem-se observado o papel do MP na busca pelo direito à saúde, tanto como instituição provocadora da Justiça quanto como espaço extrajudicial de resolução de conflitos (MACHADO, 2008).

Diversos trabalhos¹⁸ têm demonstrado recentemente a atuação desta instituição na busca pela garantia dos direitos sociais. No campo da saúde, seu desempenho está ligado aos grupos organizados da sociedade. Machado (2006) observa que os Conselhos de Saúde têm no Ministério Público um excelente parceiro de luta. Além dos Conselhos, vê-se a atuação conjunta com associações de patologias específicas, como a associação dos renais crônicos, em busca da melhoria ou da implantação de determinados serviços de saúde.

¹⁷ Segundo Messeder, Osório-de-Castro e Luiza (2005), alguns escritórios privados de advocacia, que lidam com ONGs e determinadas associações da sociedade civil, também têm uma atuação voltada para a defesa dos direitos coletivos, embora ainda em escala muito reduzida.

¹⁸ Cf. DALLARI, S. G. Uma nova disciplina: o direito sanitário. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1998; MELAMED, Clarisse; RIBEIRO, José Mendes. O inquérito civil público sobre a Saúde. ENSP/FIOCRUZ, 1995; TORRES-FERNANDES, Marília de Castro. Ministério Público em São Paulo: eficácia da função institucional de zelar pelo direito à saúde. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

3.3.1 Especificamente quanto às atribuições do administrador público

No tocante ao papel do administrador, enquanto ator no contexto da judicialização, cabe a este estabelecer as políticas públicas, isto é, o conjunto de metas, planos de atuação e de recursos empregados com o fim de satisfazer direitos sociais, e concentrar seu empenho para que elas sejam materializadas (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010). Como os direitos sociais caracterizam-se por demandarem uma atuação positiva¹⁹ do Poder Público, necessitam da contrapartida financeira para serem efetivados, ou seja, de prévia dotação orçamentária.

No que se refere especificamente à saúde, a Administração Pública tem a tarefa de estabelecer quais são as necessidades mais importantes (em um universo prático em que todas as necessidades são urgentes e estão intimamente ligadas ao bem mais valioso do ser humano) e ainda garantir que os recursos financeiros disponíveis sejam bastantes para provê-las. A grande preocupação do administrador, portanto, é atender a *necessidade de todos*, ainda que não atenda *todas as necessidades* (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

Para este, é mais razoável garantir a todos os medicamentos de uso contínuo, dedicados à terapêutica de doenças comuns (como diabetes e hipertensão), do que exaurir seus recursos financeiros com o tratamento de alto custo com tipos raros de câncer, por exemplo, que afetam pequena parte da população. O administrador, dessa forma, age baseado na *generalidade* e na *pluralidade de atendimento* (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010). Sua maior preocupação é a garantia do “mínimo existencial” a toda população, por isso é seu dever alocar os recursos (finitos) disponíveis da melhor forma possível.

3.3.2 Especificamente quanto às atribuições do legislador

¹⁹ No contexto internacional, são chamados de direitos de segunda dimensão ou geração.

A intenção do legislador quando positivou o direito à saúde, atribuindo-lhe o status de direito social fundamental, foi de lhe conferir máxima efetividade, oferecendo serviços “de ponta” a toda população brasileira, no entendimento de Gandini, Barione e Souza (2010).

A Constituição Federal de 1988, na tentativa de concretizar esses serviços, estabeleceu percentuais mínimos de aplicação de recursos na prestação de serviços públicos de saúde, fazendo pressupor que o legislador teve a preocupação de atender às necessidades de todos, e que todas as necessidades fossem atendidas. Na regulamentação dos serviços privados de saúde, observa-se preocupação semelhante. Foi criado um complexo normativo na tentativa de garantir integral assistência médica, farmacêutica e hospitalar.

Além da preocupação em regulamentar o direito à saúde, deve o legislador ter como atenção fundamental, já que é o responsável legítimo pelas peças orçamentárias, a garantia dos recursos necessários ao cumprimento de todos os programas e metas previstos na legislação.

Na visão de Gandini, Barione e Souza (2010), necessária se faz uma sintonia entre os anseios do legislador e as políticas públicas de saúde do administrador, que deve investir naquilo que de fato está previsto na legislação. Caso isso ocorra, na opinião dos autores, caminharíamos no sentido de não haver mais a necessidade de intervenção do Judiciário na efetivação da saúde.

3.3.3 Especificamente quanto às atribuições do juiz

Em uma situação ideal, o Judiciário não teria nenhuma atribuição na concretização do direito à saúde. Se o legislador tem a preocupação de atender todas as necessidades da população, e o administrador se esforça em efetivar as políticas públicas de saúde, não é necessária a intervenção jurisdicional.

Ocorre que, em nossa realidade, há nítido desequilíbrio entre a atuação do Legislativo e do Executivo, levando ao desatendimento das necessidades da sociedade. Com a finalidade de ver seu direito à saúde efetivado, a população bate às portas do Poder Judiciário.

Nossa Constituição assegura um sistema de direitos e garantias fundamentais que presume a atuação livre do Poder Judiciário, em todas as situações que este for provocado a decidir. Na opinião de Gandini, Barione e Souza (2010), não pode se eximir de atender ao direito do requerente em função de determinados reflexos da sua decisão. Caso fosse assim, nenhum direito fundamental poderia ser “judicializado”²⁰, já que toda decisão judicial que obriga a Administração Pública ou algum ente de direito privado a garantir efetividade a direito dessa natureza, se proferida reiteradamente, causaria impacto social.

Compete, portanto, ao juiz analisar o caso concreto, ponderar os interesses e direitos envolvidos, e diante da primazia do direito à vida, as questões secundárias (mas que não menos importantes) acabam ficando ao segundo plano, pois os reflexos decorrentes da não concessão da tutela podem vir a ser mais gravosos que os potencialmente causados pela concessão. Entre o risco de morte de um paciente, e um possível prejuízo econômico a ser enfrentado pela sociedade, deve o magistrado, segundo Gandini, Barione e Souza (2010), impedir o inestimável prejuízo à vida.

O entendimento dos supramencionados doutrinadores contrasta com a visão daqueles contrários à judicialização da saúde e a intervenção do Poder Judiciário sobre os outros poderes da República. Acerca de uma breve síntese das críticas feitas ao fenômeno, tratar-se-á no próximo tópico.

3.4 SÍNTESE DAS CRÍTICAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Há inúmeras críticas ao ativismo judicial presente na temática da saúde. Far-se-á no presente tópico um levantamento de algumas dessas, na tentativa oferecer uma visão acerca dos problemas que a concessão de bens de saúde pelo Poder Judiciário causa, antes da apresentação dos parâmetros propostos no capítulo seguinte.

A primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apoia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de *norma*

²⁰ Ideia que pode contradizer o sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 88.

programática. No entendimento de Barroso (2008), o art. 196 da Constituição Federal é expresso no sentido de que a garantia do direito à saúde dar-se-á por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do art. 196, que defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

Outra vertente crítica realça a imprecisão de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Segundo Barroso (2008), atribuir-se (ou não) ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, primeiramente, um problema de *desenho institucional*. Há diversas variáveis nesse domínio. Pode-se entender que a melhor maneira de aperfeiçoar a eficiência dos gastos públicos com saúde é atribuir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que tem visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem providas. Esta seria a opção do constituinte originário, ao definir que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, deste modo, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

Uma terceira oposição à atuação judicial na matéria trate-se da difícil questão da *legitimidade democrática*, como mencionado no tópico referente à separação dos poderes. Há quem sustente a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que forma os recursos públicos, obtidos através da cobrança de impostos, devem ser gastos. Segundo esses defensores, é o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, como exemplo, escolher priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (BARROSO, 2008).

A quarta crítica, talvez a mais frequente e cerne do presente trabalho, é a financeira, formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”, que será tratada com mais profundidade no próximo tópico. Segundo quem a defende, os recursos públicos seriam escassos para atender às necessidades sociais, infligindo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setores provoca deixar de investi-los em outros. O orçamento apresenta-se, assim, aquém da demanda social por efetivação de direitos,

sejam individuais ou sociais. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública” (BARROSO, 2008).

Recentemente vem se tornando reincidente a crítica que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. São corriqueiros, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico, além de medicamento. O fato é que quando uma decisão judicial determina a entrega imediata de medicamentos, o Governo tende a remover o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para concedê-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões espoliariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades diretas do jurisdicionado, mas, universalmente, evitaria a otimização das possibilidades estatais referentes à promoção da saúde pública (BARROSO, 2008).

Ainda, na conjuntura da *análise econômica do direito*, critica-se que o proveito adquirido pela população com a distribuição de medicamentos é expressivamente inferior ao que seria contraído caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como por exemplo, as de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Em 2007, ressaltou-se, o Estado do Rio de Janeiro gastou com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00; montante bem superior aos R\$ 102.960.276,00 investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, segundo Barroso (2008), pois é de conhecimento geral que esta política é significativamente mais eficiente que aquela no tocante à promoção da saúde.

Assim, dizem os críticos que a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se sustentaria em uma abordagem individualista dos problemas sociais, sendo que uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser planejada como política social, ou seja, coletiva, sempre norteada pela avaliação de custos e benefícios. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de diminuir as desigualdades econômicas e sociais. Entretanto, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, favorece aqueles que têm acesso qualificado à Justiça, por conhecimento de seus direitos ou possibilidade de arcarem com os custos do processo judicial (BARROSO, 2008).

Assim, segundo Barroso (2008), a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais importaria à classe média que aos pobres. Aliás, conforme mencionado, a exclusão destes se agravaria pelo fato do Governo transferir os recursos que lhes dispensaria em programas institucionalizados para o cumprimento de decisões judiciais proferidas em benefício da classe média.

Finalmente, tem-se a crítica *técnica*, fundada na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico indispensável para organizar políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como analisar se determinado medicamento é efetivamente imprescindível para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista não é apto a ombrear com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, e não a macro-justiça, cuja gestão é mais inclinada à função da Administração Pública (BARROSO, 2008).

3.5 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL EM COLISÃO COM O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Vê-se que o dilema da implementação do direito à saúde no Brasil por meio de decisões judiciais tem levantado discussões das mais diversas. No presente tópico destacar-se-á a colisão direta de dois princípios envolvidos na judicialização: de um lado, aquele que garante ser dever do Estado assegurar aos indivíduos um núcleo mínimo de direitos, sem os quais não há que se falar em vida digna; de outro, o princípio que institui a ação limitada do Estado diante da indisponibilidade de recursos financeiros para atender e efetivar todos os direitos fundamentais sociais. Trata-se do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Primeiramente, tratemos sobre o conceito de mínimo existencial. Sua compreensão passa pela própria noção de dignidade humana. Sarlet (2010, p. 60), ao estudar a eficácia dos direitos fundamentais, entende que

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e

deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Assim, a dignidade da pessoa humana, positivada no art. 1º, III, da Constituição Federal, traduz o valor constitucional supremo (CANOTILHO, 2002), o epicentro de todo o ordenamento jurídico, em torno do qual gravitam as demais normas. Este valor é fortificado por direitos determinados, como os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos sociais.

Ao contrário dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do Código Civil) e dos direitos fundamentais (art. 5º da CF), que impõem, por via de regra, uma obrigação de não fazer ao Estado, os direitos sociais (6º da CF) impõem ao Estado a realização de prestações materiais positivas.

Advém que a doutrina majoritária entende que não seriam todos os direitos sociais elencados no art. 6º da Constituição abarcados pelo conceito de direitos mínimos que permitem uma vida digna (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008). Torres (1995 apud GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008) entende que o direito à saúde, à educação e à alimentação seriam os três pilares que sustentam o conceito de mínimo existencial. Deixar de concretizar algum desses direitos significa violar frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, segundo a teoria do mínimo existencial, apenas alguns direitos sociais – uma espécie de conteúdo essencial desses direitos – apresentaria um grau de fundamentalidade hábil a gerar direitos subjetivos aos seus titulares. O direito à saúde seria um desses direitos.

Ocorre que a mesma dimensão positiva dos direitos sociais é utilizada como argumento contrário à judicialização do direito à saúde, pois parte da doutrina entende estar aí a característica de norma programática que envolve o art. 6º da Carta Magna, possuindo o dispositivo alta densidade semântica e baixíssima efetividade social e jurídica. Seriam, portanto, normas pró-futuro, que se limitam a estabelecer planos e diretrizes a serem implementados por políticas governamentais (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008). Nesse sentido, conforme exposto, 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.

Em oposição à intenção do Judiciário de tornar efetivo o direito à saúde, surge o problema da limitação orçamentária do Estado, que é o principal argumento do princípio da reserva do possível. A idéia é que só se pode exigir do Estado a execução de uma prestação ou o atendimento de um interesse em benefício de alguém caso essa medida não onere os cofres públicos ao ponto de inviabilizar o atendimento de outras pessoas ou comprometer a implementação de políticas públicas em outras áreas sociais (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008).

Parte da doutrina, entretanto, não acolhe o princípio da reserva do possível, pois argumentar que se trata de teoria criada pelo Direito alemão e para o Direito alemão, que em nada atende à realidade brasileira. Nesse sentido, Krell (2002, p. 54 apud GANDINI; BARIONE; SOUZA) defende que

[...] o princípio da reserva do possível consiste em uma falácia, decorrente de um Direito Constitucional comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Européia.

No que se refere ao direito à saúde, o autor entende que

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo 'por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?' (KRELL, 2002, p. 53 apud GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008)

Gandini, Barione e Souza (2008) propõem que a solução para a colisão entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível cai no critério da ponderação, que deve ser feito nos contornos de cada caso concreto. A tônica desse método está na utilização do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 248 TO, consignou que

[...] ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.

Sarlet (2008, p. 13) também reconhece a importância do critério da proporcionalidade a ser utilizado no caso concreto, sopesando os princípios em colisão, e dando-se prevalência à vida.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos [...] em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.

Entende-se, portanto, que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

3.6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA JUDICIALIZAÇÃO

A busca de um modelo de equilíbrio entre os poderes da República, nos termos do art. 2º da CF, em matéria de política de saúde, não pode deixar de passar por uma ponderação das possíveis vantagens e desvantagens da intervenção judicial.

Marrara e Nunes (2010) citam entre as vantagens:

i) *estímulo à concretização do direito social* previsto no art. 6º da Constituição, pois determina aos outros Poderes o respeito a direitos de defesa, de prestação ou de participação, essenciais à realização de um patamar mínimo de bem-estar individual e social;

ii) *desestímulo ao mau funcionamento do Estado*, especialmente na concretização das tarefas constitucionalmente incumbidas ao Executivo e Legislativo. Em um contexto de baixa eficiência estatal, estímulos judiciais podem ser importantes tanto para evitar erros e ilegalidades quanto afastar omissões indevidas;

iii) *inibição do esvaziamento de investimentos* no setor de saúde, e o respeito às regras previstas no art. 198 da Constituição, principalmente no nível municipal, em que os recursos são mais escassos, e o volume de ilegalidades no que se refere ao gasto público é considerável;

iv) *óbice ao retrocesso social*, considerando que veda ao Estado a criação de situações em que os direitos já conquistados passem a ser ignorados. Cabe ressaltar a teoria da vedação do retrocesso social, de origem alemã e já incorporada na jurisprudência de outros países, como Portugal, mas que vem sendo criticada pela doutrina brasileira (LIMBERGER, 2003), pois é questionável a importação dessa teoria em um país como o Brasil, que jamais conseguiu concretizar um modelo de Estado providência ou social em sua história.

Os referidos autores também citam as desvantagens da referida intervenção judicial. Entre elas:

i) *a confusão entre microjustiça e macrojustiça*, pois por diversas vezes o Judiciário autoriza demandas dos cidadãos perante o Estado sem considerar a globalidade das políticas públicas existentes, inclusive as orçamentárias. Assim, ao buscar a justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o todo (macrojustiça), alterando os efeitos que deveriam ser gerados pelas políticas públicas praticadas em um mesmo momento e de modo coerente (CASTRO, 2008);

ii) *substituição de decisões técnicas elaboradas pelo Legislativo e Executivo por decisões superficiais do Judiciário*, porque, teoricamente, as decisões judiciais que são impostas ao Estado não seriam desenvolvidas com fundamentos em conhecimentos especializados, mas baseadas em uma visão externa e grosseira das políticas públicas. Dessa forma, essa substituição configuraria sérios riscos ao bom funcionamento das políticas de saúde (BARROSO, 2007). Esse argumento, entretanto tem sua fragilidade exposta por duas razões: nem sempre o Estado exerce suas competências técnicas da melhor forma; uma boa instrução judicial pode permitir que Judiciário supere (e muito) a qualidade técnica de muitas decisões judiciais;

iii) *desrespeito à reserva do possível e ao orçamento*. A teoria da reserva do possível, advinda da Alemanha²¹, associa-se a à antiga máxima de que “ninguém será obrigado ao impossível”, mas aqui é aplicada ao Estado no sentido de que não se pode obrigá-lo a concretizar direitos que exijam esforços materiais e financeiros desproporcionais, e assim impactar significativa e negativamente o orçamento, prejudicando outras políticas públicas (SARLET, 2008). Tal teoria, no entanto, esbarra na regra do *mínimo existencial*, ou seja, na necessidade de se garantir direitos subjetivos mínimos do cidadão ante o Estado na expectativa de serem concretizados padrões básicos e mínimos de bem-estar, conforme mencionado;

iv) *eventual violação da harmonia entre os Poderes*, considerando que ao controlar as políticas públicas, o Poder Judiciário invadiria um campo de atuação que a ele não pertence, violando a harmonia imposta pela Constituição. Por esse e outros motivos, deve-se abandonar posições intervencionistas muito extremadas (MANICA, 2007).

Percebe-se que os argumentos são abundantes para ambos os lados. A ponderação dos efeitos (positivos ou negativos) do controle judicial não deve, entretanto, ser feita de maneira generalizada em relação às diversas espécies de direito à saúde.

Não há uma solução para a postura judicial. Não se trata de ser contra ou pró-Judiciário. O que se deve buscar, em um momento de reflexão sobre o equilíbrio dos Poderes no âmbito das políticas públicas de saúde, é a maior oferta de justiça e bem-estar aos cidadãos (MARRARA; NUNES, 2010).

No próximo capítulo, procurar-se-á estabelecer parâmetros para se evitar a judicialização excessiva e se conceder a maior oferta de justiça possível, diante dos estudos da doutrina e da mobilização do Poder Judiciário junto à sociedade civil.

²¹ Discutia-se na Corte Constitucional Alemã a limitação do número de vagas nas universidades. O direito às vagas na universidade foi extraído do direito decorrente da livre escolha da profissão (art. 12, §1º, da Lei Fundamental alemã, em conjunto com o princípio da igualdade, e do Estado Social). Entretanto, a Corte reconheceu a possibilidade restrição do acesso à universidade desde que cumpridas duas condições: i) existência de limites de capacidade de ensino (razoabilidade) e ii) respeito à igualdade de chances dos candidatos.

4 PARAMÊTROS MITIGADORES DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Com a judicialização, constatou-se um aumento de decisões que sujeitaram a Administração Pública a custear vários tipos de prestação de atendimento à saúde, dentre os quais tratamentos médicos realizados no Brasil ou no exterior e fornecimento de medicamentos de alto custo que muitas vezes não têm o registro brasileiro ou gozam de caráter experimental e eficácia duvidosa. Ademais, não existe um critério sólido para a verificação de qual ente estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizado, o que acaba ensejando, frequentemente, a condenação solidária.

Como consequência do fenômeno descrito, surgiram reações, tanto dos gestores públicos como da doutrina pátria, condenando a suposta formulação de políticas públicas pelos juízes sob o argumento de que este fato constitui uma afronta ao princípio da separação dos Poderes. Outras alegações também foram apresentadas como: o déficit democrático do judiciário; as limitações técnicas dos magistrados para apreciação das políticas em toda a sua complexidade; a discricionariedade administrativa; a cláusula da reserva do possível; entre outros (MARQUES, 2008).

Defende-se que a formulação de políticas públicas constitui atribuição do Poder Executivo como marco normativo definido pelo Legislativo. Ao poder Judiciário caberia, apenas, atuar na execução das referidas políticas.

Por outro lado, uma maior autonomia na intervenção judicial em políticas públicas de saúde é defendida por vários magistrados e parte da doutrina, que se fundamentam nos princípios da supremacia e da máxima efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados. Dessa forma, legitima-se a intervenção do Judiciário com base na omissão do Executivo em dar cumprimento ao art. 196 da CF. Assim, o Judiciário estaria apenas aplicando a Constituição, tarefa esta que lhe é inerente.

Diante de tais polêmicas e do demasiado número de processos nas esferas judiciais, tornou-se imprescindível a estipulação de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional em questões de saúde, especialmente em decorrência do significativo impacto orçamentário causado pelas decisões judiciais.

No presente tópico expor-se-á as orientações da Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, oriunda dos resultados da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal; e algumas proposições no entendimento na doutrina, na figura dos autores Gandini, Barione e Souza, em contraposição com o pensamento de Barroso. Por fim, é feita uma síntese dos pontos convergentes.

4.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4 DO STF E RECOMENDAÇÃO Nº 31 DO CNJ

O Supremo Tribunal Federal realizou Audiência Pública nos dias 27 a 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, visando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como por exemplo: (i) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; (ii) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o relativo pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; (iii) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; (iv) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; (v) obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; (vi) fraudes no Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2010).

Com base nos resultados da Audiência, o CNJ constituiu um grupo de trabalho, por meio da Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009. Os trabalhos do referido grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, a qual traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde²².

²²O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 70, de 30 de abril de 2013) e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi

Os resultados da Recomendação nº 31 de 2010 são importantes para a atenuação do fenômeno de judicialização excessiva, pois essa intenta a adoção de medidas, por parte dos magistrados e dos demais operadores do direito, à procura de maior eficiência na solução das demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde, como forma de garantir a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS.

Uma série de razões foi exposta para justificar a elaboração da Recomendação. Dentre as quais:

- i) O número significativo de demandas em tramitação no Judiciário que tratam da assistência à saúde e os grandes gastos de recursos públicos como consequência desses processos judiciais;
- ii) A relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira;
- iii) A constatação, na Audiência Pública nº 4, da carência de informações clínicas apresentadas aos magistrados no tocante aos problemas de saúde alegados pelos autores dessas demandas;
- iv) Os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil requerem prévia aprovação pela ANVISA, conforme as determinações do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, os quais têm a pretensão de garantir a saúde dos usuários contra práticas cujos resultados não se comprovaram ou mesmo contra aquelas que possam ser danosas aos pacientes;
- v) As constantes reivindicações dos gestores buscando serem ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência, bem como a imprescindibilidade/o dever de dar importância à sua capacidade gerencial, às políticas públicas em vigor e à organização do Sistema Público de Saúde;
- vi) A prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, “p”, da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em 3 jul. 2013

Diante do exposto, recomendou-se aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais a celebração de convênios para criação de grupos de apoio técnico compostos por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na elaboração de seu convencimento para apreciar das questões clínicas trazidas pelas partes nas ações relativas à saúde.

Quanto às corregedorias, recomendou-se a prestação de orientações aos magistrados no sentido de (i) exigir a melhor instrução das com relatórios médicos e descrições das doenças, inclusive CID; (ii) evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, ressalvadas as exceções da lei ; (iii) ouvir os gestores, em especial por meio eletrônico, antes da apreciação de tutelas de urgência; (iv) verificar se os requerentes de assistência à saúde fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que serão estes os responsáveis pela continuidade do tratamento e; (v) determinar, em caso de concessão de medida consagrada em política pública já existente, a inscrição do beneficiário no respectivo programa.

Ademais, foi recomendada a inclusão, pelos Tribunais, da legislação relativa ao direito sanitário como matéria autônoma no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura; e a promoção de visitas de magistrados aos Conselhos Municipais e estaduais de saúde e às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, com a finalidade de proporcionar conhecimento prático de funcionamento.

Por fim, aconselhou-se a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e as Escolas de Magistratura Federais e Estaduais para que incorporem o direito sanitário aos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e promovam seminários para estudo e mobilização na área da saúde, como forma de agregar magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar possibilitar maior adequação sobre a matéria.

Assim, resta clara a magnitude da Audiência Pública descrita, uma vez que esta se tornou um elemento de coordenação de processos judiciais que tratam de políticas públicas de saúde, e referido mérito somente foi alcançado por meio da atuação conjunta dos vários atores

sociais e estatais. Além disso, a Audiência constituiu instrumento de legitimação da jurisdição constitucional, permitindo a adoção, ainda inicial, de critérios e parâmetros para a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos; tudo isso a partir do diálogo do STF com especialistas na matéria e com a sociedade civil.

4.2 CRITÉRIOS PROPOSTOS POR GANDINI, BARIONE E SOUZA

No contexto da judicialização, Gandini, Barione e Souza (2008) propõem critérios a serem seguidos quando da intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público. O objetivo é evitar prejuízos ao Sistema Único de Saúde e, consequentemente, à própria população.

4.2.1 Observância do princípio ativo prescrito

De acordo com os autores supracitados, os médicos brasileiros, tradicionalmente, prescrevem medicamentos mediante indicação do seu respectivo nome comercial. Essa prática passou a ser incansavelmente combatida pelo Poder Público, mormente após a edição da Lei nº 9.787/99, que, ao estabelecer o medicamento genérico e dispor sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, proibiu a prescrição pelo nome comercial, na forma do seu art. 3º, que prevê que

As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).

Em que pese a proibição, muitas receitas médicas ainda veiculam o nome comercial, fato este que leva o paciente, quando do ajuizamento de ação que pleiteia a

condenação do Poder Público ao fornecimento do respectivo medicamento, a elaborar o seu pedido com base no nome comercial, como consta da receita.

A condenação do Estado no fornecimento de medicamento prescrito pelo nome comercial pode acarretar prejuízos, pois é possível que o Poder Público disponibilize regularmente o mesmo remédio com menores gastos, porém ele não apresentará a designação prescrita pelo fato de ter sido fabricado por laboratório diverso. Nessa orientação, sugere-se que a formulação do pedido seja feita com base no princípio ativo do medicamento e, caso não o seja, é imperativo que o juiz atente-se para a possibilidade do medicamento estar previsto na listagem do Ministério da Saúde.

4.2.2 Observância da existência de registro do medicamento pleiteado

De acordo com a Política Nacional de Medicamentos instituída pela Portaria MS 3916/98, a prescrição de medicamentos no âmbito do SUS deve observar o “Formulário Terapêutico Nacional”, cuja finalidade é orientar os profissionais de saúde quanto ao manuseio de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado. A comercialização de um composto medicamentoso no território brasileiro pressupõe sua aprovação e registro no Ministério da Saúde, conforme dispõe o art. 12 da Lei 6.360/76, pois a natureza e a finalidade dessa espécie de substância exigem o monitoramento de sua segurança, eficácia e qualidade terapêutica. O inciso XXI do art. 3º do Decreto nº 79.094/77, na redação que lhe foi atribuída pelo Decreto nº 3.961/01 define esse registro

Art. 3º, XXI - Registro de Medicamento - Instrumento por meio do qual o Ministério da Saúde, no uso de sua atribuição específica, determina a inscrição prévia no órgão ou na entidade competente, pela avaliação do cumprimento de caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionada com a eficácia, segurança e qualidade destes produtos, para sua introdução no mercado e sua comercialização ou consumo;

A entidade atualmente competente para receber a inscrição, bem como a alteração, suspensão e o cancelamento do medicamento, nos termos do artigo supracitado e conforme as determinações da Lei nº 9.782/99 e da Lei nº 6.360/76, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Dessa forma, é importante que tanto o profissional médico quanto o

magistrado, quando da prescrição e da apreciação do pedido de fornecimento em sede de ação judicial, respectivamente, devem atentar para a existência de registro do medicamento na ANVISA.

No entanto, na opinião particular dos autores, em algumas hipóteses (contrariando Recomendação nº 31 do CNJ e a opinião de Barroso, como se verá), a inexistência de registro não constitui empecilho para a prescrição a condenação judicial do Poder Público ao fornecimento da substância medicamentosa. Existem produtos modernos e eficazes no tratamento de certas doenças – em especial no daquelas raras ou graves – que são utilizados há anos algum tempo em diversos países, após terem sido aprovadas pelos respectivos órgãos de vigilância, como a agência norte-americana Food and Drug Administration (FDA). Tais medicamentos ainda não são vendidos ou produzidos no Brasil porque não tiveram concluído seu processo de registro na ANVISA, cuja tramitação é sabidamente morosa. Como tal morosidade é reconhecida pelo Poder Público, a ANVISA editou a Resolução RDC nº 28/2007, segundo a qual se deve priorizar a análise das petições de registro de medicamentos que fazem parte da lista dos excepcionais.

Na edição nº 231, de novembro/2006, do jornal do Cremesp – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo -, em matéria publicada sob o título “Medicina e Justiça”, Desiré Carlos Callegari, presidente desse conselho, corroborou o entendimento de que

Se por um lado é proibido prescrever medicamento não reconhecido pela Anvisa [sic], a demora em conceder o registro acaba estimulando ações judiciais. Parte dos medicamentos não são aprovados [sic] por falta de comprovação efetiva de segurança e eficácia, levantando dúvidas sobre a prescrição. Mas alguns já estão aprovados por agências reguladoras de outros países, por exemplo o FDA norte-americano. Alguns medicamentos representam um real avanço na medicina, que mudam dramaticamente o curso de doenças graves²³.

Diante do exposto, a impossibilidade de fornecimento do medicamento prescrito apenas pelo fato de seu registro ainda não ter sido concluído não parece apresentar justificativas. Com efeito, dispõe o artigo 24, da Lei 6.360/76, que “*Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde*”.

²³ Disponível em: < <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=753> > Acesso em: 20 jul. 2013.

Existe a possibilidade de pacientes acometidos por doenças raras e degenerativas, cujos medicamentos existentes no mercado para o seu tratamento sejam ineficazes, pleitear em juízo a condenação do Poder Público a lhe fornecer medicamento em fase experimental, que traduza esperança de tratamento. Nesse caso, a inexistência de registro na ANVISA é dispensada pela própria lei e, como consequência, não impede a condenação do Poder Público desde que atendidas as demais regulamentações pertinentes ao tratamento da doença.

Dessa forma, a inexistência de registro do princípio ativo pleiteado em ação judicial não consubstancia causa de indeferimento do pedido, caso a existência de protocolo de registro na ANVISA, ou as demais circunstâncias trazidas aos autos, sejam suficientes para que o magistrado forme sua convicção.

4.2.3 Observância da pertinência da prescrição no tratamento do paciente

O fornecimento de medicamento pelo Estado, seja por meio dos programas de assistência farmacêutica, ou como decorrência de determinação judicial, não pode perder de vista a preocupação com a racionalização no consumo, ditada pela política nacional de medicamentos e demais normas pertinentes.

A utilização do processo judicial como instrumento de efetivação da assistência farmacêutica tornou-se, indevidamente, alvo da “indústria da ação judicial”, na qual atuam profissionais médicos, advogados e laboratórios. Gandini, Barione e Souza (2008) trazem a informação que recentemente a Secretaria Estadual da Saúde do Estado de São Paulo obteve autorização judicial para retirar da frente do Hospital das Clínicas de São Paulo uma faixa de publicidade que dizia “*Medicamento gratuito é um direito seu. Procure um advogado. Ligue para o número tal*”.

Torna-se imperioso, pois, que o magistrado verifique se a prescrição médica é condizente com o diagnóstico da moléstia que acomete o paciente e com os tratamentos aos quais ele já se submeteu, além de ser necessário constatar se a emissão de receita foi efetuada por profissional habilitado e especialista no trato de problemas da espécie e se a dosagem prescrita atende as finalidades do tratamento.

Em alguns casos, os medicamentos de alto custo são prescritos independentemente da existência – e disponibilidade no âmbito do SUS – de outros medicamentos que podem produzir os mesmos resultados no tratamento da doença. Isso não significa que a utilização de todo e qualquer medicamento disponível nos programas governamentais de assistência farmacêutica, antes do ajuizamento de ação para obtenção de medicamento de alto custo, constitua um critério objetivo a ser utilizado pelo magistrado, pois a variabilidade das condições do organismo e da saúde humanos impossibilita a aplicação desse tipo de critério. Porém, é prudente que o magistrado verifique, no caso concreto, as peculiaridades do tratamento, com a finalidade de impedir que o Poder Judiciário ratifique prescrições negligentes e tratamentos inócuos (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008).

A verificação da habilitação do médico para prescrever o medicamento pleiteado é necessária não só para a constatação da pertinência do tratamento – presume-se que um médico especialista formule prescrições coerentes e racionais – mas também igualmente para coibir o uso desvirtuado do processo judicial. A verificação da dosagem prescrita também tem essa finalidade, afinal não é exagero imaginar que o processo judicial seja utilizado com fins escusos, a exemplo da tentativa de introduzir medicamentos novos no mercado em virtude de interesses econômicos, ou da tentativa de obter gratuitamente grande dosagem, que possa ser comercializada informal e irregularmente.

4.2.4 Observância dos programas de assistência farmacêutica do SUS

Existe a possibilidade do medicamento prescrito e solicitado perante o Poder Judiciário constar da na Relação Nacional de Medicamentos (Rename), contudo figurar na listagem de algum outro programa do Ministério da Saúde ou do Governo do Estado. Um exemplo é o programa de medicamentos de dispensação excepcional, cuja listagem atende aos critérios da Portaria MS 2777, de 27 de outubro de 2006. Essa norma prevê a inclusão do denominado Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE) na Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde.

PORTARIA Nº 2.577, DE 27 DE OUTUBRO DE 2006

Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação

Excepcional.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições, e Considerando as diretrizes estabelecidas pela Política Nacional de Medicamentos, constante da Portaria nº 3.916/GM de 30 de novembro de 1998; Considerando os princípios e eixos estratégicos definidos pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica aprovada pela Resolução nº 338, de 2004, do Conselho Nacional de Saúde; Considerando a necessidade de aprimorar os instrumentos e estratégias que asseguram e ampliam o acesso da população aos serviços de saúde, incluído o acesso aos medicamentos em estreita relação com os princípios da Constituição e da organização do Sistema Único de Saúde; Considerando as Portarias nº 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006, que Divulga o Pacto pela Saúde e nº 698/GM, de 30 de março de 2006, - Organização dos recursos federais de custeio em Blocos de Financiamento; e Considerando a pactuação na reunião da Comissão

Intergestores Tripartite do dia 5 de outubro de 2006,

R E S O L V E:

Art. 1º Aprovar o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, conforme termos constantes do Anexo I a esta Portaria.

.....

ANEXO I**I - DA CONSTITUIÇÃO DO COMPONENTE DE MEDICAMENTOS DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL**

1. O Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE) caracteriza-se como uma estratégia da política de assistência farmacêutica, que tem por objetivo disponibilizar medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde para tratamento de agravos inseridos nos seguintes critérios:

1.1. doença rara ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado; e

1.2. doença prevalente, com uso de medicamento de alto custo unitário ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de custo elevado desde que:

1.2.1. haja tratamento previsto para o agravo no nível da atenção básica, ao qual o paciente apresentou necessariamente intolerância, refratariedade ou evolução para quadro clínico de maior gravidade, ou

1.2.2. o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada.

Dessa forma, tanto os magistrados, quanto os advogados, defensores públicos e promotores de justiça, devem estar atentos a todas as listagens de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica do SUS. Não há dúvidas, portanto, de que os operadores do direito devem observar as questões técnicas relativas à área da saúde, sob pena de majoração das consequências negativas advindas da má-utilização do processo. Para tanto, o ideal é que sejam eles assessorados por profissionais da área da saúde.

Embora o foco da problemática seja a saúde do paciente litigante e a deficiência das políticas públicas de assistência farmacêutica, não é exagero lembrar que a atividade jurisdicional também prima pela efetividade e pela preservação do patrimônio público. Daí a afirmação de que a observância, já na propositura da ação, das cautelas necessárias mencionadas neste trabalho pode, em muitos casos, evitar a demanda judicial ou, no mínimo, que ela se prolongue no tempo, causando prejuízos ao paciente e ao erário (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008).

4.3 PARÂMETROS DE RACIONALIZAÇÃO SEGUNDO BARROSO

Barroso (2007) sugere parâmetros de racionalização e uniformização da atuação judicial no fornecimento de medicamento. Suas propostas enquadram-se tanto no âmbito das ações individuais, quanto na das coletivas, além de tecer considerações acerca da legitimidade passiva do Estado.

4.3.1 Em relação às ações individuais

No âmbito de das ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. Segundo Barroso (2007), o art. 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível também assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global

que detêm de tais fenômenos. Além disso, avaliaram também os aspectos técnicos e médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Segundo o autor, esse parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e quais prioridades serão atendidas em cada momento.

A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.

Foi nessa orientação que entendeu a Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Segurança (SS) 3073/RN, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A Ministra enfatizou que o Governo Estadual do Rio Grande do Norte não estava negando a prestação dos serviços de saúde, e que decisões casuísticas, que desconsideram ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde.

Esse mesmo entendimento predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista. Segundo o Ministro Nilson Naves, nas palavras de Barroso (2008), havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos. A princípio, não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista e, se os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não seria razoável a ingerência recorrente do Judiciário.

4.3.2 Em relação às ações coletivas

Para Barroso (2007), a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Um dos fundamentos para o parâmetro é a presunção de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos. Essa presunção, entretanto, não é absoluta ou inteiramente contrária à revisão judicial. Embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos.

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais concederem aos litigantes individuais, segundo o autor, medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para determinar a inclusão de determinado medicamento. O autor propõe que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator), ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

As razões para esse parâmetro são as seguintes, conforme o entendimento de Barroso (2008).

Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra, segundo o autor, não ocorre, por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponíveis como um todo.

Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos (a denominada micro-justiça), o juiz acaba ignorando outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Segundo o autor, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo

que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Barroso (2007) ainda lembra que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.

Em terceiro lugar, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

4.3.2.1 Parâmetros complementares

No contexto das demandas coletivas em que se venha a discutir a alteração das listas, Barroso (2007) também cogita parâmetros complementares.

4.3.2.1.1 O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos

Para o autor, um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve a comprovada eficácia das substâncias. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu

liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Perguilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada.

Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substâncias como o composto vitamínico “cogumelo do sol”, que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia.

Genericamente posto, o entendimento de Barroso (2007) contraria o de Gandini, Barione e Souza (2008), visto que estes vêem a possibilidade da concessão de medicamentos experimentais, desde que imprescindíveis, na condição de exceção.

4.3.2.1.2 O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil

Para Barroso (2007), a inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. Nesse sentido, embora em demanda individual, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no país, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário.

4.3.2.1.3 O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo

Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

4.3.2.1.4 O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

A discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público terá que oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida. Parece evidente que, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência.

4.3.3 Em relação à legitimação passiva

Para o autor, o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido.

Em regra, isto não acontece, pois apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Segundo Barroso, esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por

esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão esta a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo, em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista (BARROSO, 2007)

4.4 SÍNTESE DOS PARÂMETROS PROPOSTOS

Diante da convergência de alguns parâmetros entre a Recomendação nº 31 do CNJ, da obra de Gandini, Barione e Souza (2008) e de Barroso (2007), expõe-se uma síntese daquilo que se acredita como parâmetros razoáveis que tendem a mitigar a judicialização excessiva, evitando abusos e garantindo o direito constitucional à saúde àqueles que necessitam, com fundamento nos já investigados princípios da universalidade, integralidade e equidade:

i) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

ii) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

iii) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só pode determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.

iv) Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

CONCLUSÃO

Na presente pesquisa objetivou-se delimitar o sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde, diante de sua imprecisão conceitual, na tentativa de se mitigar os efeitos do exagero na judicialização pelo acesso aos bens de saúde.

Constatou-se como problema essencial a possibilidade do direito à saúde ser interpretado de forma estrita, conforme a disposição constitucional, o que pode gerar um entendimento de acesso ilimitado de usuários a todos os bens disponíveis de saúde, independentemente das possibilidades orçamentárias do Estado, levando à judicialização excessiva.

Como hipótese possível, propôs-se que todo direito, inclusive os fundamentais individuais e coletivos, devem ser interpretados de forma sistêmica, com o fito de conferir lógica e organicidade aos dispositivos constitucionais e viabilizar a gestão do modelo estatal estruturado na Constituição de 1988.

A pesquisa, assim, teve como objetivo geral procurar conferir forma e conteúdo aos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde e propor parâmetros mitigadores da judicialização excessiva.

Desse ponto de partida, no primeiro capítulo, objetivou-se trabalhar com as questões suscitadas pela noção de saúde enquanto direito, expondo sua constitucionalização e normatização no Brasil, notadamente enquanto direito fundamental social.

No segundo, conceituaram-se os princípios orientadores das políticas públicas do Sistema Único de Saúde, em especial a universalidade, a integralidade e a equidade, na tentativa de conferir-lhes forma e conteúdo, mitigando a judicialização excessiva.

No terceiro capítulo, examinou-se quais são os principais atores envolvidos no contexto da judicialização e suas maiores preocupações; as diferenças entre ativismo judicial e judicialização; a questão da separação dos poderes no âmbito da judicialização; os impactos orçamentários do fenômeno; o embate que o Judiciário vive entre a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, no momento de conceder o bem ou serviço de saúde; e o entendimento da doutrina acerca de suas vantagens e desvantagens.

Por fim, no quarto capítulo, procurou-se o estabelecimento de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional, principalmente em razão do grande impacto orçamentário que as decisões judiciais ocasionam. Analisou-se a opinião da doutrina, bem como os resultados da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal e a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça.

Quanto à metodologia empregada, tratou-se de pesquisa essencialmente exploratória, realizada através do levantamento bibliográfico das obras atinentes aos temas discutidos (artigos científicos em revistas especializadas, livros, capítulos de livros). A lei, em sentido amplo, foi consultada, notadamente a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.080/80, que regulamenta o Sistema Único de Saúde. Outros atos normativos referentes ao direito sanitário, como leis, portarias e resoluções, também foram objetos de análise. A Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, igualmente, foi utilizada na pesquisa. A Audiência Pública nº 4 do STF, que ouviu cinquenta especialistas, foi analisada através dos vídeos das falas de seus participantes. Da mesma fora, foi estudado o I Seminário Brasileiro sobre Direito à Vida e à Saúde e seus Impactos Orçamentário e Judicial, realizado na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da USP. Ainda, a jurisprudência dos tribunais brasileiros foi investigada, com ênfase na do Supremo Tribunal Federal, mas também com a leitura de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais.

A dificuldade fundamental da pesquisa foi a escassez de bibliografia sólida acerca dos princípios jurídicos constitucionais do Sistema de Saúde (universalidade, integralidade e equidade) e sua conexão com a questão orçamentária. As obras encontradas tinham um viés eminentemente médico, tratando sobre a percepção do usuário em relação ao Sistema, ou acerca de estratégias para o oferecimento integral-equitativo dos serviços de saúde. A interpretação constitucional específica em relação aos princípios supramencionados em colisão com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário parece não ter sido devidamente explorada ainda pela doutrina pátria, o que fez o trabalho ter seu foco mais direcionado à análise do fenômeno da judicialização e das soluções propostas pelas autoridades para atenuação de seus efeitos nocivos.

O melhor exemplo que reflete a situação foi a alteração do título original da pesquisa “A delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade no art. 196 da Constituição Federal de 1998” para “A delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à

saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva”. A mudança deu-se por dois motivos. Primeiro, porque os supramencionados princípios não estão dispostos exclusivamente no art. 196 da Constituição. O princípio da integralidade, por exemplo, depreende-se da leitura do art. 198, II. Segundo, porque, em razão da escassez de bibliografia jurídica sobre a temática dos princípios, concentrar o trabalho nela parecia insuficiente. Diante disso, preferiu-se ampliar o tema, dando ênfase no fenômeno da judicialização e nas propostas mitigadoras da mesma, sem perder de vista a análise principiológica.

Quanto aos resultados obtidos, no capítulo primeiro, viu-se que a definição de saúde enquanto bem, no entanto, depende profundamente das representações sociais sobre o que é um estado de saúde, pois este reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma sociedade, sendo que saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas, pois sua noção depende da época, do lugar, da classe social, de valores individuais e também de concepções científicas, religiosas, filosóficas daqueles que reflitam sobre ela. A discussão sobre um conceito de saúde, ademais, permeia a história, e foi apenas com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, que a saúde foi reconhecida como direito fundamental de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica, sendo definida, segundo a Organização, como “completo bem estar físico, mental e social”; e não apenas como ausência de doença. Ocorre que a definição adotada pela Organização tem sido alvo de críticas desde então, pois definir a saúde como um estado de *completo* bem-estar faz com que a mesma se torne algo ideal, inatingível e inalcançável, não servindo a referida definição como meta para os serviços de saúde.

Com o passar do tempo, a atenção à saúde humana transforma-se em um bem disponível no mercado, e, paralelamente, objeto de proteção jurídica, pois esta se insere no campo dos bens de escassez moderada, demandando critério de justiça para sua alocação. Assim, a proteção da saúde pelo Direito ganhou contornos constitucionais profundos com a Constituição de 1998, sendo necessária toda uma evolução histórica. A Carta reconheceu o direito à saúde como um direito social, em seu art. 6º. Definiu normas de competência para a atuação da União, dos Estados e dos Municípios em matéria de saúde (arts. 23, II, 24, XII, e 30, VII). Tratou ainda da criação do Sistema Único de Saúde, de seus princípios fundamentais e dos direitos básicos do cidadão em relação ao sistema. Determinou, por fim, as regras sobre investimentos estatais na área de saúde e a possibilidade de colaboração dos particulares com esse novo sistema (arts. 196 a 200). Posteriormente, em 1990, a Lei Orgânica da Saúde (LOS)

veio para normatizar amplamente o Sistema Único de Saúde no território nacional, disciplinando as ações e serviços de saúde nos três níveis de governo da federação.

O problema é que a indeterminação do conceito de saúde leva a dificuldade de interpretação do art. 6º da CF. Surgem questões como: poderia o direito à saúde ter aplicabilidade imediata, tal como os art. 5º da Constituição, uma vez que seu conteúdo é tão aberto? Pode-se falar em direito à saúde se o bem-estar é materializado por tão diferentes atividades? Diante da divergência, parte da doutrina vê o direito à saúde como tendo eficácia contida, e desta forma, são normas de eficácia imediata em um primeiro momento, mas delimitadas posteriormente pela atividade legislativa infraconstitucional. Outra parcela dos juristas aduz que direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta e imediata, baseada no disposto do art. 5º, § 2º, da Constituição.

Ressaltou-se também que a saúde consiste em um direito fundamental social e universal, que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir a sua efetividade, dada a essência do Estado Democrático de Direito, por nele vigorar o constitucionalismo, o respeito aos princípios democráticos e a proteção aos direitos humanos. Por fim, demonstrou-se que os direitos sociais são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Os direitos sociais importam-se com a relação da pessoa com a comunidade, destacando-se a ideia de grupo social, e tendo a coletividade assumido a titularidade de sujeito do direito fundamental. Os direitos sociais, assim, apresentam uma dualidade, sendo individuais e também coletivos, pois protegem bens jurídicos cuja incidência é simultaneamente individualizada e coletiva.

No capítulo segundo, inferiu-se que: i) princípios jurídicos têm por objeto os valores fundamentais de uma dada sociedade; ii) princípio é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental de uma dada sociedade e, estando na base do seu ordenamento jurídico, limita as regras que com ele se relacionam, integra as lacunas legais, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos; iii) os princípios possuem as seguintes características: normatividade, imperatividade, eficácia, precedência material e abstração; iv) princípios possuem as seguintes funções: normativa, integrativa e interpretativa; v) norma é o gênero da qual os princípios e as regras são espécies; vi) princípios possuem estrutura aberta e podem ser aplicados a um número indeterminado de casos, enquanto as regras possuem uma estrutura fechada com incidência determinada a situações específicas; vii) o chamado conflito entre princípios resolve-se pelo método ponderação de valores, sem a exclusão definitiva de algum

deles do ordenamento jurídico; o conflito entre regras é resolvido pelo método do “tudo ou nada” (uma regra é aplicada em sua totalidade, enquanto as demais são consideradas inválidas) e da subsunção; viii) os princípios possuem normatividade e eficácia, podendo ser aplicados diretamente sem a necessidade de alguma regra para a sua concretização.

O princípio da universalidade impõe que a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais.

O princípio da integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente com o princípio da universalidade, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

Por fim, o princípio da equidade objetiva a diminuição das desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo-se mais onde a carência é maior.

Já no capítulo terceiro, viu-se que a discussão sobre o acesso a medicamentos e tratamentos de saúde pela via judicial no Brasil ganhou importância teórica e prática, envolvendo crescentes debates entre acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos e sociedade civil, trazendo para o centro da discussão a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde. Trata-se do fenômeno da judicialização da saúde.

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a aos bens de saúde representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira; por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantidoras das mais diversas prestações do Estado, que representam gastos públicos não previstos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país.

Como o Poder Judiciário atua sob o âmbito da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões revela-se indispensável

para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos poderes legislativo e executivo do Estado.

Concluiu-se que a judicialização e ativismo judicial são fenômenos distintos e delimitados. A primeira decorre de um dever do Estado de prestar a adequada tutela jurisdicional; o segundo explicita uma opção proativa dos juízes que, diante da inércia dos demais poderes, tendem a decidir pela efetivação dos direitos considerados, até então, esquecidos.

Quanto à questão da separação dos poderes, no fenômeno da judicialização, demonstrou-se que Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário, notadamente na figura do Supremo Tribunal Federal, deverá i) acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, ii) sendo deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, iii) bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, e assim contribuindo para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. Entende-se que no tocante à saúde, onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Inferiu-se, discutindo-se as atribuições dos atores do fenômeno da judicialização, que necessária se faz uma sintonia entre os anseios do legislador e as políticas públicas de saúde do administrador, que deve investir naquilo que de fato está previsto na legislação. Caso isso ocorra, caminhar-se-ia no sentido de não mais haver a necessidade de intervenção do Judiciário na efetivação da saúde.

No que se refere às críticas à judicialização, fez-se uma síntese das mais recorrentes, entre elas: i) na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática; ii) o problema de desenho institucional; iii) a questão da

legitimidade democrática; iv) a questão da “reserva do possível”; v) a desorganização da Administração Pública que o fenômeno causa; vi) a questão da análise econômica do Direito; vii) a crítica técnica.

Destacou-se ainda a colisão direta de dois princípios envolvidos na judicialização: de um lado, aquele que garante ser dever do Estado assegurar aos indivíduos um núcleo mínimo de direitos, sem os quais não há que se falar em vida digna; de outro, o princípio que institui que a atuação do Estado é limitada diante da indisponibilidade de recursos financeiros para atender e efetivar todos os direitos fundamentais sociais. Trata-se do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Concluiu-se que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

Por fim, averiguou-se que a busca de um modelo de equilíbrio entre os poderes da República, nos termos do art. 2º da CF, em matéria de política de saúde, não pode deixar de passar por uma ponderação das possíveis vantagens e desvantagens da intervenção judicial. Entre as vantagens: i) estímulo à concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição; ii) desestímulo ao mau funcionamento do Estado; iii) inibição do esvaziamento de investimentos no setor de saúde; iv) óbice ao retrocesso social. Entre as desvantagens: i) a confusão entre microjustiça e macrojustiça; ii) substituição de decisões técnicas elaboradas pelo Legislativo e Executivo por decisões superficiais do Judiciário; iii) desrespeito à reserva do possível e ao orçamento; iv) eventual violação da harmonia entre os Poderes.

Percebeu-se que os argumentos são abundantes para ambos os lados, mas a ponderação dos efeitos (positivos ou negativos) do controle judicial não deve, entretanto, ser feita de maneira generalizada em relação às diversas espécies de direito à saúde. Concluiu-se que não há uma solução para a postura judicial e não se trata de ser contra ou pró Judiciário. O que se deve buscar, em um momento de reflexão sobre o equilíbrio dos Poderes no âmbito das políticas públicas de saúde, é a maior oferta de justiça e bem-estar aos cidadãos.

No derradeiro quarto capítulo, conferiu-se a imprescindibilidade da estipulação de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional em questões de saúde, especialmente em decorrência do significativo impacto orçamentário causado pelas decisões judiciais. Assim, expôs-se as orientações da Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, oriunda dos resultados da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal; e

algumas proposições no entendimento na doutrina, na figura dos autores Gandini, Barione e Souza, em contraposição com o pensamento de Barroso.

Quanto à Audiência Pública nº 4, constatou-se que as questões trazidas no debate foram essencialmente: (i) a responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; (ii) a obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o relativo pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; (iii) a obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; (iv) a obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; (v) a obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; (vi) fraudes no Sistema Único de Saúde.

A Audiência resultou na elaboração da Recomendação nº 31, pelo Conselho Nacional de Justiça, e teve como principais justificativas: i) o número significativo de demandas em tramitação no Judiciário que tratam da assistência à saúde e os grandes gastos de recursos públicos como consequência desses processos judiciais; ii) a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira; iii) a constatação, na Audiência Pública nº 4, da carência de informações clínicas apresentadas aos magistrados no tocante aos problemas de saúde alegados pelos autores dessas demandas; iv) os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil requerem prévia aprovação pela ANVISA, conforme as determinações do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, os quais têm a pretensão de garantir a saúde dos usuários contra práticas cujos resultados não se comprovaram ou mesmo contra aquelas que possam ser danosas aos pacientes; v) as constantes reivindicações dos gestores buscando serem ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência, bem como a imprescindibilidade do dever de dar importância à sua capacidade gerencial, às políticas públicas em vigor e à organização do Sistema Público de Saúde; vi) a prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, “p”, da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde.

Recomendou-se assim aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais a celebração de convênios para criação de grupos de apoio técnico compostos por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na elaboração de seu convencimento para apreciar das questões clínicas trazidas pelas partes nas ações relativas à

saúde. Quanto às corregedorias, recomendou-se a prestação de orientações aos magistrados no sentido de (i) exigir a melhor instrução das demandas judiciais com relatórios médicos e descrições das doenças, inclusive CID; (ii) evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, ressalvadas as exceções da lei ; (iii) ouvir os gestores, preferencialmente por meio eletrônico, antes da apreciação de tutelas de urgência; (iv) verificar se os requerentes de assistência à saúde fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que serão estes os responsáveis pela continuidade do tratamento e; (v) determinar, em caso de concessão de medida consagrada em política pública já existente, a inscrição do beneficiário no respectivo programa.

Ademais, foi recomendada a inclusão, pelos Tribunais, da legislação relativa ao direito sanitário como matéria autônoma no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura; e a promoção de visitas de magistrados aos Conselhos Municipais e estaduais de saúde e às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, com a finalidade de proporcionar conhecimento prático de funcionamento.

Partindo para o entendimento da doutrina, Gandini, Barione e Souza propõem critérios a serem seguidos quando da intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público. O objetivo é evitar prejuízos ao Sistema Único de Saúde e, consequentemente, à própria população. Entre os critérios: i) a observância do princípio ativo prescrito; ii) a observância da existência de registro do medicamento pleiteado; iii) a observância da pertinência da prescrição no tratamento do paciente; iv) a observância dos programas de assistência farmacêutica do SUS.

Já Barroso, em síntese, discorre sobre parâmetros nas ações individuais e coletivas, cada qual com seus critérios. Propõe ainda que o Judiciário só possa determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; que deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; que deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; e que deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. Por fim, trata acerca da legitimação passiva dos órgãos estatais.

Ao fim do trabalho, faz-se uma síntese das proposições convergentes da doutrina, bem como da Recomendação nº 31 do CNJ. Em suma:

i) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda deverá ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

ii) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

iii) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só pode determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.

iv) Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.

Como consequência desses resultados, espera-se assim que pesquisa tenha contribuído com a construção de uma visão jurídica mais adequada acerca do direito fundamental à saúde e seus princípios norteadores, e também sobre o fenômeno da judicialização da saúde, seus efeitos, e as propostas das autoridades para a mitigação da mesma. Deseja-se que os resultados da pesquisa sirvam de utilidade prática tanto para os operadores do direito (advogados, defensores, procuradores, promotores, juízes) quanto para os gestores das pastas da saúde e orçamento público, passando pelos acadêmicos e pesquisadores do tema.

Por fim, consigna-se que caso houvesse mais tempo e recursos bibliográficos, o tema específico da colisão entre os princípios constitucionais da saúde e o princípio do equilíbrio orçamentário poderia (e deveria) ser dogmaticamente mais bem investigado. É o que se pretende em futuras pesquisas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Célia Maria. Reforma de sistemas de servicios de salud y equidaden América Latinayel Caribe: algunas lecciones de los años 80 y 90. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 905-925, 2002.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. A Emergência do Direito Sanitário como um Novo Campo do Direito. In: ROMERO, L. C.; DELDUQUE, M.C. (Org.). **Estudos de Direito Sanitário**: A Produção Normativa em Saúde. v.1. Brasília: Senado Federal, 2011.

ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel de et al. **Gestão de finanças públicas**. 2. ed. Brasília: 2008.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, , v. 217, n. 55-66, p. 00, jul./set. 1999.

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, G. **Direitos, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Marluce Maria Araújo et al. A expressão *saúde*, organização da rede de serviços e cuidado integral do SUS: descompasso entre o marco normativo e a legitimidade social. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

AUDIÊNCIA PÚBLICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 4, 2009, Brasília. **Degravação eletrônica**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BADURA, Peter. **Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland**. 2. ed. Munique: Beck, 1996.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse público**, Belo Horizonte, n. 46, 2007. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em:

<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996.

BETTI, Emílio. **L'Interpretazione della Lege e degli Atti Giuridici**. Milão: Giuffré, 1949.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e a saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 jul. 2013.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

_____. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

_____. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

_____. Ministério da Saúde. **Carta dos direitos dos usuários da saúde / Ministério da Saúde.** Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 8 p. (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_integra_direitos_2006.pdf>. Acesso em: 5 fev 2013.

_____. Ministério da Saúde. Secretária Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas.** Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

_____. Ministério da saúde. **Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares:** atitude de ampliação de acesso. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política nacional de medicamentos 2001.** Brasília: Ministério da Saúde, 2001 (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n.25). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.12, n.3, p.153-168, out./dez. 2002.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, Desiré C. Medicina e Justiça. **Jornal do CREMESP**, São Paulo, n. 231, nov./2006. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=753>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** 497 f. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASTRO, José Augusto de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28447>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

CAÚLA, César. **Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil**. São Paulo: Podium, 2010.

COHN, Amélia et al. **A saúde como direito e como serviço**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In: COSTA, Alexandrino Bernardino et al (org). **O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

_____. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA. Conferência internacional sobre cuidados primários de saúde. Alma-Ata, URSS, 1978. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2013.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 5 jul. 2013.

DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial**: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. Processo Civil - Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios jurídicos. **Revista UNIARA**, Araraquara (SP), n. 20, p. 00, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema de saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GADELHA, C. A. G.; QUENTAL, C.; FIALHO, B. C. Saúde e inovação: uma abordagem sistêmica das indústrias da saúde. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 47-59, 2003.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **BDJur**, Brasília, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

_____. Judicialização do direito à saúde: pros e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião do (org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação dos recursos sanitários escassos**. Curitiba: Juruá, 2011.

GOUVÊA, Marcos Masilli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KEINERT, T. M. M. Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Papel do Executivo, Legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo. In: KEINERT, T. M. M.; PAULA, S. H. B. et al.(Org.). **As Ações Judiciais no SUS e sua Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 87-108.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José de Souza e Brito e José Antonio Veloso. 2. eed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os Poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 57, set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36002>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCCHESE, Patrícia Tavares Ribeiro. Equidade na gestão descentralizada do SUS: desafios para a redução de desigualdades em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 439-448, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento partidário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 73-91, jul./out. 2008.

_____. **Direito à saúde, integralidade e participação**: um estudo sobre as relações entre Sociedade e Ministério Público na experiência de Porto Alegre. 000 f. 2006. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

MANICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível**: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Disponível em: http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf. Acesso em: 3 fev. 2013.

MARQUES, Onofre Ricardo de Almeida; MELO, Marilene Barros de; SANTOS, Alessandra Patrícia de Souza. Ações judiciais no âmbito do sistema único de saúde do Brasil, 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.

MARQUES, Silvia Badim. O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei n. 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Poder Judiciário. **Journal of Health Law**, v. 10, n. 2, p. 64-86, 2009. Disponível em: <http://revistas.usp.br/rdisan/article/view/13163/14970>. Acesso em: 8 jul. 2013.

_____. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 9, n. 2 p. 65-72, jul./out. 2008.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista Saúde Pública, São Paulo?**,v. 41, n. 1, p.00, 2007.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE; Ana Carla, SANTOS, José Sebastião do (org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. **Integralidade e atenção primária em saúde: avaliação da organização do processo do trabalho em unidades de saúde da Secretaria Municipal da Saúde de São Paulo**.Disponível em: <<http://www.cealag.com.br/Trabalhos/INTEGRALIDADE%20E%20ATEN%C3%87%C3%83O%20PRIM%C3%81RIA%20EM%20SA%C3%9ADE/Relat%C3%B3rio.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MASSA-ARZABE, P. H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.).**Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva; 2006.p.??

MASTRONADI, Philippe. **Verfassungslehre: allgemeines Staatsrechtals Lehrevomguten und gerechten Staat**.Berna; Stuttgart; Viena: Haupt, 2007.

MATTA, Gustavo Corrêa; MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães. Atenção à saúde. In: Fundação Oswaldo Cruz – Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio. **Dicionário da Educação profissional em Saúde**. 2009. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/atesau.html>>. Acesso em: 30 de setembro de 2012.

MATTOS, Ruben Araújo de. **Os sentidos da integralidade:** algumas reflexões acerca de valores que merecem ser defendidos. Disponível em: <http://www.uefs.br/pepscentroeste/arquivos/artigos/os_sentidos_integralidade.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 9. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.

MAZZA, F. F. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal:** uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal. [dissertação de mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública/Universidade de São Paulo; 2013.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito a saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDICI, André César. **Integralidade da Assistência:** A Questão do Direito Individual e as Escolhas em Nome do Coletivo. 2009. Disponível em: <http://www.ibedess.org.br/imagens/biblioteca/406_Andre%20Medici.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2013.

_____. **Judicialização, integralidade e financiamento da saúde.** 2010. Disponível em: <http://iepecdg.com.br/uploads/artigos/Medici_a81-87.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **O Brasil conta com uma excessiva judicialização da saúde.** 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-18/hugo-cavalcanti-brasil-conta-excessiva-judicializacao-saude>>. Acesso em: 8 jul. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 21. ed.; São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. **Principios, fines y derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2000.

NETO, Wilson Maingué. **O mandado de segurança e o direito à assistência à saúde**. Curitiba: JM, 2011.

NOBRE, Milton Augusto de Brito, SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os deságios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. **Boletim do Instituto de Saúde**, v. 12, n. 3, dez. 2010. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/bis/pdfs/bis_v12_3.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição (1946)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

_____. Organização Mundial de Saúde. **Relatório Mundial de Saúde 2008**: cuidados de saúde primários agora mais que nunca. Lisboa: Alto Comissariado de Saúde; 2008. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2008/whr08_pr.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 8 jul. 2013.

_____. **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1992)**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 8 jul. 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PETRAMOLE, Clarice Alegre; NISHIZAWA, Claudio. O papel da ANVISA e do Ministério da Saúde e a qualidade dos medicamentos no Brasil. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

PINHEIRO, Roseni. **Integralidade como princípio do direito à saúde**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/intsau.html>>. Acesso em: 24 fev. 2013

RAMOS, Marcelene Carvalho Silva. **O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2013.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2011.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTANA, José Lima de. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião do (org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p.??

SANTOS, José Sebastião dos et al. A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do Sistema Único de Saúde e da indústria. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 277-288.

SANTOS, J. S.; BLIACHERIENE, A. C.; UETA, J. A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários do Sistema de Saúde e da Indústria. BIS. **Boletim do Instituto de Saúde**, Cidade, v. 13, p. 66-75, 2011.

SANTOS, Lenir. **Saúde: conceitos e atribuições do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id387.htm>>. Acesso em 5 fev. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1998**. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Contribuições da sociedade civil à Audiência Pública nº04 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2013.

SCLIAR, Moacyr. **História do conceito de saúde**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SLAIBI, Nagib Filho. **Hermenêutica constitucional**. Disponível em: http://elerj.files.wordpress.com/2011/08/hermenc3aautica_constitucional.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STARFIELD, B. **Atenção primária**: equilíbrio entre necessidade de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: Ministério da Saúde/Unesco/DFID, 2004.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of judicial power? In: VALLINDER, Torbjorn (Org.). **The global expansion of judicial power**. New York, London: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do Sistema Único de Saúde**. 2011. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2013.

THEODORO, Mário; DELGADO, Guilherme. **Política social**: universalização ou focalização – subsídios para o debate. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/ensaio3_Mario7.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2013.

TOJAL, S. B. B. **A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social**: o direito sanitário. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRAVASSOS, C.; CASTRO, M. S. M. Determinantes e desigualdades sociais no acesso e utilização dos serviços de saúde. In: GIOVANELLA, L; ESCOREL, S; LOBATO, L. V.; CARVALHO, A. I.; NORONHA, J. C. **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2008.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva. 2007.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, 2011. Disponível em <<http://200.144.183.67/ojs/index.php/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em 7 fev. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Jorge Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória – o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: **Participação e Processo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In: SOUZA, André Evangelista de et al. **Direito à saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

WHITEHEAD, M. The concepts and principles of equity in health. **International Journal of Health Services**, 1992. Disponível em: <http://salud.ciee.flacso.org.ar/flacso/optativas/equity_and_health.pdf> Acesso em: 5 fev. 2013.