

# DELIMITAÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS DOCTRINÁRIOS DO DIREITO À SAÚDE COMO PARÂMETRO MITIGADOR DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

## DELIMITATION OF THE NORMATIVE SENSE OF THE DOCTRINAL PRINCIPLES OF THE RIGHT TO HEALTH AS A MITIGATING PARAMETER OF THE JUSTICIABILITY OF PUBLIC HEALTH POLICIES

ANA CARLA BLIACHERIENE <sup>1</sup>  
JOSÉ SEBASTIÃO DOS SANTOS <sup>2</sup>  
THIAGO FREITAS RUBIM <sup>3</sup>

**RESUMO:** Trata-se de revisão normativa, bibliográfica, jurisprudencial, dos resultados da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal, da Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça e da degravação dos vídeos do I Seminário Brasileiro sobre Direito à Vida e à Saúde e seus Impactos Orçamentário e Judicial, realizado em 2010, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, que abordam, em alguma medida, o conteúdo dos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e equidade do acesso às ações e serviços de saúde, dispostos nos art. 196 e art. 198, II da Constituição da República Federal de 1988 de 1988, como proposta mitigadora da judicialização da saúde. Os problemas de fundo são a oferta e organização insuficientes do acesso dos usuários à rede assistencial do Sistema Único de Saúde e o questionamento sobre a possibilidade do direito à saúde ser interpretado de forma irrestrita, com acesso ilimitado às ações e serviços ou se deve ser limitado, mitigando-se as externalidades negativas decorrentes da judicialização das políticas públicas de saúde.

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

**SUMMARY:** These are regulatory review, literature, case law, the results of the Public Hearing No. 4 of the Supreme Court, of Recommendation 31 of the National Council of Justice and de-recording of videos of the I Brazilian Seminar on the Right to Life and Health and its Budget and Judicial Impacts, held in 2010 at the Law School of Ribeirão Preto, University of São Paulo, that address to some extent the content of the constitutional principles of universality, comprehensiveness and equity of access to programs and services health, arranged in art. 196 and art. 198, II of the Constitution of the Federal Republic 1988 1988 as mitigation proposal of legalization of health. The fundamental problems are the supply and insufficient organization of users' access to health care network of the Unified Health System and the question about the possibility of the right to health be interpreted on an unrestricted basis, with unlimited access to actions and services or whether it should be limited if mitigating them negative externalities resulting from the legalization of public health policies.

**Keywords:** Right to health; Judicialization of health; Reservation possible; Constitutional interpretation; Health Unic System.

1 Livre Docente em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Mestre e Doutora em Direito Social pela PUC-SP. Professora da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Professora da pós-graduação em Gestão das Organizações de Saúde pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da USP e em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da USP. E-mail: acb@usp.br

2 Livre Docente em Cirurgia do Aparelho Digestivo da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FMRP-USP). Professor. Consultor do Ministério da Saúde e Secretário da Saúde do Município de Ribeirão Preto/SP. Foi Coordenador da Unidade de Emergência do Hospital das Clínicas da FMRP-USP. E-mail: jsdsanto@fmrp.usp.br

3 Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Advogado. E-mail: thiagofr112@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A proposta é apresentar uma interpretação possível para a delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde, diante de sua amplitude e variação conceitual, na tentativa de mitigar os efeitos negativos da judicialização da saúde, para o acesso de usuários às ações e serviços de saúde. O problema de fundo é o questionamento sobre a possibilidade ou não de o direito à saúde ser interpretado de forma estrita a partir da aplicação dos princípios constitucionais acima referidos. Como hipótese possível, propõe-se que todo direito, inclusive os fundamentais individuais (como o direito à vida) e os sociais (como o direito à saúde) devem ser interpretados de forma sistêmica, com o fito de conferir lógica e organicidade aos dispositivos constitucionais e viabilizar a gestão do modelo estatal ou de política pública setorial que se encontre pré-estruturado na Constituição da República Federal de 1988 (CRF-88).

Para isso, abordou-se a saúde enquanto direito fundamental social, sua constitucionalização e normatização no Brasil, os princípios doutrinários e organizativos 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, os impactos orçamentários do fenômeno, as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, as vantagens e desvantagens do processo de judicialização, e, por fim, o estabelecimento de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional.

A dificuldade fundamental da pesquisa para a produção do artigo foi a escassez de bibliografia jurídica acerca dos princípios jurídicos constitucionais do Sistema de Saúde (universalidade, integralidade e equidade) e sua conexão com a questão do acesso ao Sistema ou aos reflexos orçamentários. Os textos consultados apresentavam, em sua maioria, uma lógica sanitária e não jurídica, abordando a percepção do usuário, a experiência de profissionais, especialistas e gestores da saúde em relação ao Sistema, ou acerca de estratégias para o oferecimento universal, integral-equitativo dos serviços de saúde. A interpretação constitucional específica em relação aos princípios supramencionados em colisão com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário e da necessidade de políticas públicas de saúde pré-estabelecidas, parece não ter sido amplamente explorada, o que nos levou a focar a análise do fenômeno da judicialização a partir da interpretação dos princípios informadores do SUS e das soluções propostas para a atenuação das externalidades negativas que a judicialização possa provocar.

## 2. O CONCEITO DE SAÚDE E A PERCEPÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A definição de saúde, enquanto bem, depende profundamente das representações sociais sobre o significado de estado de saúde, que inevitavelmente refletirão a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma sociedade. Disso depreende-se 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 refletem sobre ela (SCLIAR, 2007).

A discussão sobre um conceito de saúde permeia a história, e foi apenas com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, que foi reconhecida como direito fundamental de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica, sendo definida como “completo bem estar físico, mental e social” e não apenas como ausência de doença (WHO CONSTITUTION, 1946). Ocorre que, a definição adotada pela OMS tem sido alvo de críticas desde então, pois definir a saúde como um estado de *completo* bem-estar faz com que se torne algo ideal, inatingível e inalcançável para a realidade estrutural da maioria dos grupos sociais organizados na forma de Estado, não servindo a referida definição como meta para a organização das políticas públicas estatais de saúde (GLOBEKNER, 2011).

De outro lado, a atenção à saúde humana transformou-se em um bem disponível no mercado,

e, paralelamente, objeto de proteção jurídica, pois se insere no campo dos bens de escassez moderada, demandando critérios de justiça para sua alocação (GLOBEKNER, 2011). Assim, a proteção da saúde pelo Direito ganhou contornos constitucionais profundos com a CRF-88, como fruto da evolução histórica do movimento sanitarista que teve suas origens na década de 1970. Assim, pode-se dizer que a CRF-88 foi o final de um ciclo (o da normatização das demandas trabalhadas pelo movimento sanitarista), mas também o início de outro (o da construção do maior sistema público e universal de saúde do planeta, o SUS).

A Constituição reconheceu o direito à saúde como um direito social em seu art. 6º. Definiu competências normativas e material 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 orientadores 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 manutenção da possibilidade de atuação de agentes econômicos privados em suplementação ao novo sistema (arts. 196 a 200). Posteriormente, em 1990, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) regulamentou 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 decorrente do relatado é que a indeterminação ou a determinação ampla do conceito de saúde levou a dificuldades de interpretação do art. 6º da CF. Surgiram questões, tais quais: poderia o direito à saúde ter aplicabilidade imediata, tanto quanto os direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição, uma vez que seu conteúdo é tão aberto? Sua aplicabilidade depende do desenho estrutural da política pública temática? Pode-se falar em direito à saúde se o bem-estar é materializado por tão diferentes ações e serviços?

Diante da divergência apontada tão somente nessas questões, parte da doutrina vê o direito à saúde como tendo eficácia contida, e desta forma, as normas constitucionais que o regulam gozam de eficácia imediata num primeiro momento, mas devem ser detalhadas posteriormente pela atividade legislativa infraconstitucional (MARRARA; NUNES, 2010). Outra parcela de juristas aduz que direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta e imediata, baseada no disposto do art. 5º, § 2º, da Constituição (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

Partimos do pressuposto de interpretação constitucional de 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 (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010) e que os direitos sociais são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Os direitos sociais dizem respeito tanto à pessoa quanto à 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 (SARLET, 2010). Sua aplicabilidade dependerá não só de uma legislação regulamentadora, como também do equilíbrio e ponderação dos princípios constitucionais, não só aqueles relativos ao SUS, como também os equivalentes ao planejamento das políticas públicas e os princípios orçamentários.

### **3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SUAS ORIGENS E POSSÍVEIS SIGNIFICADOS**

Normas são gênero do qual os princípios e as regras são espécies. Os princípios jurídicos têm por objeto os valores fundamentais de uma dada sociedade. São normas com alto grau de abstração,

que expressando valor estão na base do ordenamento jurídico, limita as regras que com ele se relacionam, integram as lacunas legais, servem de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuírem eficácia imediata, pode ser concretizados e gerar direitos subjetivos.

Princípios possuem as características da normatividade, ou seja, capacidade de criar deveres e obrigações, imperatividade ou obrigatoriedade, eficácia ou auto aplicabilidade, precedência material e abstração. Detêm as funções normativa, integrativa e interpretativa do sistema jurídico. Também 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.

Tema essencial é do chamado conflito entre princípios que se resolve pelo método da ponderação de valores, sem a exclusão definitiva de algum deles do ordenamento jurídico. O conflito entre regras é resolvido pelo método excludente do “tudo ou nada” (uma regra é aplicada em sua totalidade, enquanto as demais são consideradas inválidas para aquele caso concreto) e da subsunção de fato à norma. (FAZOLI, 2007).

No caso específico da assistência a saúde, os princípios dispostos nos art. 196 e 198 da CRF-88 não são extraídos do gênio do legislador constituinte, mas de um processo histórico do já referido movimento sanitário brasileiro que, antenado nas discussões que ocorriam na agência temática de saúde da ONU passava a discutir e normatizar uma série de normas sobre direitos humanos que alçava o direito à saúde como, junto ao direito à vida como elemento central à garantia da dignidade do ser humano. E o que propuseram os sanitários no Brasil?

Conforme historia Emerson Elias Mehrs et al (2003), já na década de 1970, durante o Regime Militar, os técnicos começaram a discutir o redesenho do modelo de assistência no Brasil diante da crise do sistema de previdência, da grande massa desassistida e da crescente privatização da infraestrutura de saúde do país. Nessa altura o modelo de saúde pública estava calcada no sistema contributivo, ou seja, quem contribui tem acesso ao sistema público de saúde, aos que não contribuem resta a rede de assistência privada ou as Santas Casas. Mas foi na década de 1980 que os Ministérios da Saúde e da Previdência Social apresentam o anteprojeto do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (PREV-SAUDE), que esvaziado por falta de recursos deu espaço ao “Pacote da Previdência” que aumentou a contribuição previdenciária de empregados e empregadores e visava o equilíbrio financeiro do sistema, mas também apresenta o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social (CONASP) que teve como principais desdobramentos: (i) criação das Ações Integradas de saúde (AIS) para evitar atuações paralelas e simultâneas entre instituições sanitárias; (ii) manutenção dos princípios norteadores trazidos pelo fracassado PREV-SAUDE, quais sejam, universalidade, integridade, equidade da atenção, regionalização e hierarquização dos serviços, descentralização das ações e do poder decisório, democratização (participação da sociedade civil e do controle dos usuários) e planejamento e regulação de todo o sistema pelo setor público (o público, o privado e o filantrópico).

Vê-se então que os princípios espelhados na CRF-88 já encontravam suas bases dentro da estrutura do regime militar graças à atuação técnica, resistente e persistente dos sanitários do Brasil.

Depois de implantado o AIS, seguiu-se a implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), em 1987, com a transição democrática a todo vapor e às vésperas da promulgação da CFR-88, que vaticinava a necessidade de redefinir as atribuições dos três níveis de governo com delimitação precisa de funções. Nesse período efervescente é convocada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, a Constituinte da saúde no Brasil, para discutir a nova proposta de estrutura e política de saúde para o país. Contou com cerca de 5000 participantes e seu relatório final apresentou o Projeto de Reforma Sanitária Brasileira, cujos princípios norteadores encontraram acolhida, alguns, no texto Constitucional, e outros em toda a legislação infraconstitucional posterior que forjaria o Sistema Único de Saúde (SUS) como visto atualmente.

Os princípios que encontraram acolhida constitucional foram os finalísticos da reforma: (i) participação; (ii) equidade; (iii) descentralização; (iv) integralidade e (v) universalidade.

A participação pressupõe a inclusão representativa da população e de trabalhadores de saúde no processo decisório e no controle de serviços. A descentralização contém a ideia de multiplicação dos centros de poder e irá se realizar principalmente através da municipalização. A universalização significa igualdade de acesso aos serviços. E, por fim, a integralidade aponta para a superação da dicotomia serviços preventivos versus curativos e para a atuação em outras áreas além da assistência individual: a área da prevenção de doenças e a promoção da saúde, extrapolando, inclusive, o setor da saúde (MERHY *et al.*, 2003, p. 40).

Os três princípios doutrinários do SUS (universalidade, integralidade e equidade) serão abordados com maior profundidade por serem fundamentais para a compreensão das questões relacionadas à judicialização. Antes ainda, deve ser estacado que os conceitos “refletem um compromisso de quem os inventa ou emprega com certo entendimento do mundo ou com um determinado conjunto de valores” (CAMPOS, 2006). Assim é que gestores e juristas partem de pressuposto bem distintos, embora legítimos, para qualificar suas ações a partir da interpretação e valoração destes princípios.

### **3.1. Universalidade (Todos)**

No que concerne aos princípios informadores do Sistema Único de Saúde, o princípio da universalidade impõe que a saúde é um direito fundamental 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 (TEIXEIRA, 2011).

A universalidade está ligada umbilicalmente ao acesso universal. Ao acesso de todos ao sistema, mas muitas vezes é confundido como acesso a tudo, numa certa confusão terminológica com a integralidade que não acolhe essa interpretação.

Assim é que não importa se o usuário é nacional ou estrangeiro, qual sua origem e raça, é garantido o seu acesso ao sistema em caso de necessidade.

### **3.2 Integralidade (Tudo?)**

Está expressamente previsto no artigo 198 da CRF-88 que os serviços de saúde devem ser organizados, dentre outras diretrizes, com atendimento integral. A Lei Organiza da Saúde (Lei nº 8.080) no seu artigo 7º ratifica que a integralidade da assistência é entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos em cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Assim como os outros princípios analisados, é um conteúdo preenchido de acordo com gosto, histórico e visão de mundo do interprete, isso justifica a imensidão de enfoques que encontra na literatura.

É importante destacar que a integralidade no sistema de saúde brasileiro está conceitualmente ligada ao princípio da descentralização das ações de saúde. Sem a garantia da integralidade a descentralização poderia se tornar mecanismo de não assistência. Ou seja, embora a descentralização imponha aos entes da federação funções específicas no processo saúde-doença perante o cidadão; este usuário do sistema deverá ser atendido em todas as suas necessidades desde as ações preventivas àquelas de alta complexidade.

Sandra Maria Spedo (2009), revisando o conceito de integralidade na literatura apreendeu algumas das visões mais recorrentes:

(i) A integralidade está incorporada no movimento histórico das concepções do processo saúde-doença e na concepção integral de saúde da política médica alemã do século XIX, que no século XX adquiriu as formas da Medicina Preventiva, Medicina Integral e Medicina Comunitária. De onde se depreende cinco dimensões conceituais de integralidade:

**Apreensão do coletivo enquanto objeto de trabalho das práticas de saúde; concepção da abordagem da totalidade biopsicossocial do indivíduo; a integração sanitária, através da organização das ações articuladas das ações de prevenção e cura, voltadas aos indivíduos e coletivos; a apreensão do conjunto de problemas de saúde da população; e o compromisso com a intervenção sobre os determinantes dos processos de saúde e doença (SPEDO, 2009, p. 20).**

(ii) Como integração das ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação; como forma de atuação profissional; como garantia de continuidade de atenção nos vários níveis de complexidade do sistema e como articulação de distintas políticas sociais, nem sempre sob o encargo do regulador da área de saúde.

(iii) “Integralidade focalizada” e “integralidade ampliada”, sendo a primeira mais centrada na figura dos serviços de saúde que deverá deter equipe capaz de traduzir e atender às necessidades de saúde de uma dada população e a segunda que fruto da articulação de um serviço de saúde específico e sua conexão com uma rede mais complexa, composta por outros serviços e instituições.

(iv) Integralidade como uma “bandeira de luta” uma “imagem objetivo” que ser visualizada por meio das boas praticas em saúde, modo organizador do sistema, orientadora das políticas de saúde ou das respostas governamentais aos problemas de saúde e só teria sentido se não houvesse, junto a ela, o princípio da universalidade como garantidor daquela.

O princípio da integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades de saúde. 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 (MARQUES; MELO; SANTOS, 2011).

Há desafios a serem superados no problema da judicialização, como as reiteradas tentativas estabelecidas nos discursos jurídicos por procuradores, advogados e defensores públicos, Ministério Público e juízes de circunscrever apenas um dos múltiplos sentidos de integralidade (que convenha ao seu argumento, independentemente dos pactos sociais) a um conceito operacional e organizativo do sistema de saúde.

Não obstante a legitimidade democrática do Poder Judiciário para resolver casos concretos, mediante provocação dos interessados, seria este o foro adequado para pactuar o sentido a ser acolhido na rede e no sistema de saúde para os próximos anos?

### **3.3 Equidade**

Fortes (2010) realizou um estudo no qual entrevistou vinte especialistas sobre bioética, com o objetivo de atribuir o significado sobre equidade no sistema de saúde por bioeticistas brasileiros. O resultado da pesquisa identificou cinco ideias centrais, no discurso dos entrevistados (i) tratar desigualmente os desiguais conforme suas necessidades; (ii) equidade e desigualdades compensadas; (iii) equidade e maximização de benefícios; (iv) equidade e méritos social; (v) equidade e direitos.

Em sua discussão, o autor relata que o tema da equidade embora tenha suas origens na Declaração de Alma Ata (1978) encontrou grande visibilidade no Brasil na década de 1990 por conta

da instrumentalização do SUS e pela influencia do Banco Mundial que centrava sua interpretação no sentido de atender ao público mais desassistido em contraponto ao princípio constitucional da universalidade, ou seja, acesso de todos ao sistema. A lógica desta interpretação era baseada na teoria da escassez de recursos públicos, hoje travestida da teoria da reserva do possível.

Com a Norma Operacional de Assistência à Saúde de 2002, se faz expresso o termo equidade, antes somente aferido pelo mecanismo de interpretação da norma constitucional, decorrentes do dever expresso do Estado e os princípios da universalidade e integralidade que apontariam para uma orientação ética do texto constitucional. E assim a corrente bioética latino-americana da Bioética da Proteção teria um grande destaque representando o pensamento de Rawls de justiça distributiva.

Mas também, as teorias que abordam os pensamentos utilitários de custo-benefício e custo-efetividade, baseadas nas escolas dos pensadores anglo-saxões Jeremy Bentham e John Stuart Mill também tem destaque argumentativo nos tribunais.

As noções da equidade como direito que deva ser exigido sem contrapontos, nos parece um raciocínio ingênuo, não sustentado em modelo democráticos consolidados em que a decisão e prestação de contas devem se dar dentro dos pactos sociais previamente formulados, não havendo direito que se possa dizer ilimitado.

Já a equidade como mérito social, filha do pensamento aristotélico de que cada um deverá receber do Estado de forma proporcional ao que contribui para o todo, não encontra guarida no sistema atual de proteção dos direitos humanos que visa exatamente incluir na estrutura de proteção do estado aqueles historicamente excluídos do sistema e cuja contribuição para a produção geral de bens da sociedade nem sempre será proporcional as suas necessidades.

Aparentemente a contraposição mais poderosa se daria entre as noções de equidade como motor de justiça e reequilíbrio social entre desiguais e a utilitarista, que foca no custo-eficiência e custo-efetividade. Encontrar o equilíbrio entre essas duas visões e não simplesmente excluí-las mutuamente, como se fossem verdades absolutas e incompatíveis, parece ser o grande desafio do pacto social a se formular em tema de saúde pública. Nossa hipótese é a de que o Poder Judiciário, também pulverizado, em sujeitos e estrutura, não seja o caminho mais adequado para solucionar esta contraposição.

O desafio da incorporação e da evolução das tecnologias de saúde, a partir da análise das suas propriedades terapêuticas, efeitos, impactos, dimensões sociais, médicas econômicas, a decisão sobre quais, dentre as disponíveis, serão incluídas nos sistemas de saúde financiados por orçamentos públicos é um desafio prático para a aplicação do principio da equidade, pois esta dificuldade implica a *priorização* de ações que requer: (i) sustentação filosófica; (ii) um processo de acordos sociais e construção de critérios a serem seguidos e (iii) respeito aos Direitos Humanos (com transparência na escolha e execução da política pública, ampla participação social, revisão de práticas e sua supervisão permanente) (HUNT, 2014).

#### **4. COMO SÃO FINANCIADOS OS SISTEMAS DE SAÚDE**

Os sistemas de saúde são construções relativamente recentes nos Estados e decorrem dos grandes avanços sociais alcançados a duras penas pelos trabalhadores e populações excluídas pós-revolução industrial. Visam garantir aos indivíduos algum colchão de proteção para que façam frente aos riscos sociais, com destaque para o processo de saúde-doença. No caso do Brasil encontra-se albergado dentro de uma noção mais ampla de seguridade social. A literatura aponta dois modelos principais: (i) os universais ou de seguridade social e os (ii) ocupacionais ou de seguro, que também já adotamos em tempos pregressos. Há ainda os modelos mistos, que adotam características de ambos.

O modelo securitário foi criado na Alemanha de Bismark e era calcado na figura do usuário contribuinte que já tinha sua contribuição descontada na folha de pagamento como um tipo de seguro

social. No século XX, este modelo foi seguido de modelos complementares de previdência privada que se destinam a parcelas específicas da população que podem arcar com o modelo diretamente, ou a partir de vantagens do processo de emprego. É comum encontrarmos nos Estados modelos marcados pela universalidade para maior proteção social que esta embasada no envelhecimento da população e sua capacidade laborativa.

Outro fenômeno do século XX é a constitucionalização dos Direitos Fundamentais, que implica na constitucionalização e ampliação dos sistemas de saúde seja com uma premissa filosófica de Estado Social ou do Estado Neoliberal. Em ambos os modelos foram desenhados sistemas de proteção e saúde, o que variou foi a amplitude da cobertura populacional e a oferta de serviços e, consequentemente, as fontes de financiamento.

Basicamente são três os modelos de financiamento: (i) exclusivamente público, por meio de tributação da sociedade e renúncia fiscal para os agentes econômicos da área da saúde (modelo universalista unificado) (ii) fundos privados por meio de desembolso diretos dos usuários ou coparticipação com empregadores ou tomadores de serviços) e (iii) modelos mistos (modelos assistencialista, previdencialista e universalista diversificado).

Atualmente, com a constitucionalização dos Direitos Humanos, modelos exclusivamente privados não são o foco. No mínimo teremos modelos assistencialistas com verbas públicas destinadas exclusivamente para as camadas mais necessitadas e o investimento exclusivo particular das outras camadas.

Nosso modelo é universalista que se alimenta de diversas fontes de receitas, mas que não se destina a somente alguma parte da sociedade, diferenciando-se do universalista diversificado e não se enquadrando no universalista unificado por não alimentar-se exclusivamente de financiamento público.

De outro lado, o sistema de saúde pública brasileira não tem condições de infraestrutura nem financiamento suficiente para atender a critérios mínimos de saúde à população, sendo dependente do sistema de saúde suplementar para garantir uma política pública de saúde populacional. Daí a necessidade de regulação e acompanhamento de setor que se apresenta também como grande motor da judicialização da saúde, embora não seja o tema específico a se tratar nesse artigo. Não obstante sejam agentes privados, há compreensão que também devam atender aos princípios da equidade e integralidade que regem o sistema, mas isso seria tema para um artigo a parte, face às divergências ainda não dirimidas.

Retomando a questão fundamental do financiamento da saúde no Brasil, sendo ele fortemente suportado pela tributação e pelo subsídio a agentes econômicos privados da área da saúde, tratam-se de receitas públicas e, como tal, devem ser despendidas a partir de planejamento, lei orçamentária previamente aprovada e deve atender aos critérios da responsabilidade social amplamente acolhidos pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Para além da desorganização do sistema e da indisponibilidade orçamentárias que as decisões judiciais no exercício da micro justiça promovem, há também uma desorganização dos pactos sociais formulados no processo de votação das Leis Orçamentárias. Por certo o processo legislativo orçamentário atual não transparece a vontade popular, mas um modelo de fazer política, marcado pela chantagem subliminar e pelo conchavo entre os Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante isso, o Poder Judiciário deve calcar seus atos e decisões baseadas no princípio da legalidade que não desconsidera a lei validamente produzida e lhe faz cumprir os desígnios. Afinal, esta a missão do Poder Judiciário: dizer o Direito.

Se de um lado o Judiciário, ao ver as inconsistências entre o direito posto (art. 196 CRF-88) e a prática da assistência à saúde, concede reiteradamente liminares ao arrepio das disposições do orçamento aprovado ou da política pública de saúde estabelecida, por outro reitera em seus julgados, inclusive da Suprema Corte, reitera o entendimento caduco de que as leis orçamentárias são formais e, portanto, não geram direitos expressos.



Segundo este olhar as leis orçamentárias são meramente indicativas, são meras expectativas de execução futura de políticas públicas. São atos administrativos travestidos de lei, assim como defendeu o jurista Paul Laband, na Alemanha de Bismarck, no início do século XX, para justificar a desnecessidade de aprovação do orçamento pelo parlamento. Esta interpretação doutrinária, ainda repetida pelos tribunais brasileiros, se contrapõe frontalmente à interpretação sistêmica da CRF-88 que destacou a obrigatoriedade de planejamento para o setor público (art. 170) e reiterou a necessidade do planejamento nacional, regional, local e setorial em vários de seus artigos, além de determinar o papel central do Poder Legislativo no processo de formulação das Leis Orçamentárias (PPL, LDO, LOA).

Pergunto: por que o texto constitucional determinaria a necessidade do planejamento, da transparência, da democracia participativa, da dotação orçamentária mínima para a saúde (só o fez expressamente para a saúde e a educação), da necessidade de três leis orçamentárias que na sua execução deveriam ser resguardadas por uma forte fiscalização do Poder Legislativo, Tribunais de Contas, Controles Internos dos três Poderes e do Ministério Público? Seria isto compatível com a interpretação de que leis orçamentárias – que materializam o plano (documento/norma), fruto do processo de planejamento (processo técnico-político) – sejam meros atos administrativos e que não gerem à cidadania direitos diretos à sua execução? Parece-nos que não.

A nós nos parece obvio que o mesmo Poder Judiciário que entende que judicializar política pública é legítimo na inércia ou ineficiência do Estado joga contra seu argumento ao defender que as principais leis planejadoras das políticas públicas da CRF-88, as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais) são meros prognósticos autorizativos de políticas públicas e não geram direito objetivo ao cidadão.

É o Poder que dá com uma mão ao cidadão, no caso concreto de concessão de bens de saúde, e tira duplamente com a outra, da coletividade, o poder de controlar e fazer executar as políticas públicas.

Não se defende aqui a interpretação restrita da existência de um orçamento impositivo no sistema constitucional brasileiro, sem possibilidades flexibilizadores, mas a existência de um orçamento impositivo moderado que nem precisa de emenda à Constituição para ser observado. Bastam apenas os olhos de ver. Que os tenham o quanto antes o Poder instituído para nos dar luzes e para trazer luzes à democracia. O texto constitucional privilegiou num sem numero de artigos o dever de planejar e a fazê-lo concedeu às leis orçamentárias o *locus* privilegiado para a alocação do planejamento. Não pode assim esta lei ser mera perfumaria jurídica que poderá ou não ser aplicada pelo gestor no exercício de decisão discricionária ampla.

A discricionariedade aqui é estrita, ou seja, dentro do plano e da autorização legislativa (do processo de formulação da lei orçamentária) poderá o gestor escolher qual a melhor forma de executar a política pública, diante da conveniência e da oportunidade. Deixe-se claro que não é opção válida não realizar, ou realizar em desacordo com as metas formuladas no processo de planejamento (ato político interno do gestor), materializadas no plano (leis orçamentárias e iniciativa exclusiva do gestor) sem que haja caso fortuito ou força maior.

Nesse aspecto, fazemos referência expressa à recente emenda à Constituição votada no Congresso Nacional nas contendas institucionais que nós brasileiros estamos acostumados a ver nas relações entre os Poderes Legislativo e Executivo, que instituiu o chamado “orçamento impositivo para emendas parlamentares”. Isto não pode ser visto como algo sério. Se tanto, há que se olhar como mais um mecanismo de aumento de “verbas de gabinete” e não têm com o interesse público da nação, mas com o interesse particular de Suas Excelências em atender às demandas de seus recantos eleitorais. Não à questão fulcral do orçamento impositivo adotados em sistemas democráticos sérios com ativa participação das instituições no processo de controle e transparência do Estado. É mais da tradicional competição de receitas públicas escassas que acabam por prejudicar setores essenciais do Estado, como o é o da Saúde Pública.

Para que este modelo proposto funcione, especificamente nas políticas públicas de saúde, é necessário acolher as ideias do jurista e professor neozelandês Paul Hunt (2014) para o qual há grande responsabilidade e desafios da implementação do direito à saúde que é um direito que recursos orçamentários progressivos e de sua compatibilização com as realizações possíveis num determinado tempo espaço.

Não se visualiza caminho sustentável em longo prazo que não passe pelo dever de prestação de contas ampla à sociedade, pela transparência na execução e escolha das políticas públicas, sejam elas quais forem, e pelo novo redimensionamento interpretativo que o Poder Judiciário confira às leis orçamentárias.

Não há prestação de contas sem transparência sendo necessário informar detalhadamente sobre as decisões do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, sobre a escolha dos gastos e sua eficiência. Quais os serviços são prestados, a quem são prestados e quais são os resultados. Transparência é assim um mandato obrigatório disposto nos Tratados Internacionais Direitos Humanos e na Constituição Federal.

Assim, retomando Hunt (2014) defende-se que a prestação de contas à sociedade deva atender a etapas mínimas do ciclo da gestão como: (i) monitoramento; (ii) análise; (iii) aplicação de ação corretiva; (iv) encaminhamento às instâncias alternativas de solução de controvérsias (administrativas e MP) e, por fim (v) responsabilização judicial no setor da saúde, uma vez que, em suas palavras, “não deve ser sobre os ombros dos juízes toda a responsabilidade para o setor de saúde”.

Os Tribunais de Contas, as Controladorias Internas, o Ministério Público e a Sociedade Civil Organizada podem ser um importante adjuvante na análise da prestação de contas de todo este ciclo.

É fundamental a construção de indicadores, inclusive do Poder Judiciário, sobre o impacto positivo ou negativo que gera no sistema. Qual a evidência e impacto das decisões? Quais as mudanças que causaram? Uma decisão sem isso é uma fraude em longo prazo, na medida em que não se analisa o direito à saúde como um direito igualmente coletivo e não exclusivamente individual (HUNT, 2014).

É necessário sistematizar os dados da saúde, os dados da judicialização. Quem diria que os dados levantados hoje, a duras penas pelo CNJ, são confiáveis? É necessário sistematizar e divulgar boas práticas de prestação de contas no direito à saúde. A realização das consultas públicas é primordial, bem como a abertura dos espaços de participação durante todo o ciclo da política e da gestão públicas.

Por fim é necessário *priorizar e fazer escolhas* e para isso a interpretação constitucional da universalidade, integralidade e equidade não poderá ser “tudo devido a todos que peçam”. Essa opção simplesmente não existe no nosso modelo constitucional. Diante de recursos limitados, a priorização deve se basear em três aspectos: (i) uma rigorosa avaliação de tecnologias em saúde nos aspectos assistenciais, éticos e sociais. (ii) definir, a partir de acordos sociais e fundamentos filosóficos, as tecnologias a serem incluídas e as que serão excluídas da oferta no sistema público de saúde, e (iii) resguardar os princípios da igualdade, transparência e participação, sob supervisão judicial. Afinal, o desafio é implementar uma lei que todo mundo tem uma interpretação diferente” dentro de um sistema universal de saúde (Hunt, 2014).

Quando os gestores pensam em prestação de contas vem as suas mentes o “monitoramento”, já os advogados enxergam a “responsabilidade judicial”, sendo que esta é a última opção do ciclo recomendado para a prestação de contas e não pode pautar a agenda da efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. As duas visões (monitoramento e responsabilidade judicial) são possíveis e válidas e devem ser complementares. Os dois significados pouco a pouco têm se aproximado e gestores e juristas vem se afinando para alcançar os objetivos comuns na materialização das políticas públicas de saúde e efetivação dos Direitos Fundamentais.

As duas visões (monitoramento e responsabilidade judicial) são possíveis e válidas e devem ser complementares. Os dois significados pouco a pouco têm se aproximado e gestores e juristas vem se afinando para alcançar os objetivos comuns na materialização das políticas públicas de saúde e efetivação dos Direitos Fundamentais.

## 5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

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

São várias as causas que poderiam ser apontadas para judicialização: (i) crise do Estado, quando sobressai o papel do Poder Judiciário; (ii) falhas da gestão na formulação e execução das políticas públicas do SUS; (iii) amplitude dos direitos sociais estabelecidos na CRF-88; (iv) atuação incisiva do poder econômico da indústria dos bens de saúde (farmacêutica e tecnológica, dentre outras) para inserir produtos, nem sempre eficazes, no mercado e no sistema de saúde pública e privada no Brasil; (v) maior atuação do Ministério Público e das Defensorias para garantia de direitos sociais; (vi) ativismo judicial. Essa listagem aponta motivos justificáveis, como também desvios do sistema, ambos convivendo e influenciando o fato recente da ampla judicialização das políticas públicas de saúde.

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso aos bens de saúde representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, fruto da abertura estrutural promovida pela CFR-88; por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política pública no Brasil e o Poder Judiciário, que passam a receber um número cada vez maior de ordens judiciais, garantidoras das mais diversas prestações, que representam gastos públicos não previstos nos orçamentos e a desorganização as políticas públicas vigentes.

Como o Poder Judiciário atua sob o âmbito da micro justiça, ou seja, a justiça no caso concreto, o desafio de incorporar um usuário do sistema à política pública de saúde pré-existente, ou de incorporar uma nova política pública no sistema público de saúde, pela via de suas decisões, revela-se um fato incontestável na sua jurisprudência. A base teórica disto está fundada na noção de justiça comutativa (corretiva ou retributiva) e de 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 (AMARAL, 2001).

Barroso (2007), quando aborda o tema traz a lume uma separação necessária entre os fenômenos da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial. A primeira decorria de um dever do Estado de prestar a adequada tutela jurisdicional aos usuários dos serviços públicos em geral e o segundo explicitaria uma opção proativa dos juízes que, diante da inércia dos demais poderes, tendem a decidir pela efetivação dos direitos considerados, até então, esquecidos. Em matéria de saúde, os limites entre judicialização e ativismo judicial é muito tênue e vem sendo questionado, principalmente por gestores, que encontram nas decisões judiciais pela via de liminares ou de tutela antecipada, um mecanismo de desorganização das políticas públicas de saúde vigentes, bem como uma invasão de competência do Poder Judiciário em atribuições privativas do Poder Executivo.

No que se refere à questão da separação dos Poderes, no fenômeno da judicialização, cabe ao Poder Judiciário aplicar a Constituição, bem como todo o plexo normativo setorial da saúde e o faz para garantir direitos fundamentais e os valores-princípios democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia, para tanto, o Judiciário, notadamente na figura do Supremo Tribunal Federal, deverá: i) acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, ii) respeitar 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: legalidade, racionalidade, motivação, segurança jurídica, correção e justiça (BARROSO, 2007).

Entende-se que no tocante à saúde, onde não haja lei ou ação administrativa baseada em

política pública estabelecida e implementada, deve o Poder 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 implementados e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ser marcada pela autocontenção (BARROSO, 2008).

Ponderando-se as atribuições dos atores do fenômeno da judicialização é necessária uma sintonia entre os anseios dos usuários, do legislador e dos prestadores públicos e privados de bens de saúde (o que inclui a indústria farmacêutica, de órteses, próteses, dentre outras.) com as políticas públicas de saúde pré-estabelecidas pelos gestores que têm o dever de investir naquilo que de fato está previsto na legislação. O entendimento restritivo levaria à interpretação de não mais haver a necessidade de intervenção do Judiciário na efetivação de direitos e, conseqüentemente, do direito à saúde (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

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 (BARROSO, 2008).

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 fundamentais, 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 sociais acolhidos na legislação constitucional e infraconstitucional. Trata-se do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Entendemos que a ponderação de interesses, feita no 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 (SARLET, 2008). Essa regra vale para a análise do caso concreto, no entanto, pesando nas conseqüências coletivas nefastas que esta micro justiça individual pode causar, há caminhos de ponderação que podem ser utilizados, sendo a análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso e uma boa bússola para o juiz.

Por fim, averiguou-se que a busca de um ponto 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 da judicialização das políticas públicas de saúde se destacam: i) concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição; ii) desestímulo ao mau funcionamento dos mecanismos de gestão das políticas públicas de Estado; iii) inibição ao esvaziamento de investimentos no setor de saúde; iv) óbice ao retrocesso social. Entre as desvantagens: i) a confusão entre micro justiça e macro justiça; ii) substituição de decisões técnicas elaboradas pelo Legislativo e Executivo por decisões superficiais do Judiciário; iii) desrespeito à reserva do possível e aos limites orçamentários; iv) eventual violação da harmonia entre os Poderes (MARRARA; NUNES, 2010).

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, pelo Estado, a partir da atuação dos três Poderes.

A Audiência Pública nº 4 trouxe ao debate questões como a da: (i) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; (ii) obrigação ou não do Estado de fornecer prestação de

saúde prescrita por médico não pertencente ao SUS ou sem que o relativo pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; (iii) obrigação do Estado custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; (iv) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais ainda não aprovados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou não recomendados pelos Protocolos Clínicos do SUS; (v) a obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas relações de medicamentos do SUS; (vi) fraudes no SUS. Os pontos levantados nos levam a ponderar as possíveis externalidades negativas que o processo de judicialização podem gerar, desorganizando o SUS e utilizando recursos escassos para a realização da micro justiça, comprometendo a materialização do direito à saúde como um direito social coletivo.

A Audiência Pública nº 4 do STF, resultou na elaboração da Recomendação nº 31, pelo Conselho Nacional de Justiça, que foi didática principalmente, no caso da micro 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.

No sistema democrático, o equilíbrio entre os Poderes é fundamental. Se a judicialização traz algumas vantagens ao cidadão *a priori*, também demonstra um quadro de hipertrofia de um dos Poderes que se sobressai em parte, pela ausência e insuficiência da atuação dos outros dois. O teor da Recomendação nº 31 do CNJ, demonstra claramente os desvios que as decisões judiciais difusas vêm causando no sistema. Mesmo naquilo em que se aponta como positiva a atuação judicial (concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição; desestímulo ao mau funcionamento dos mecanismos de gestão das políticas públicas de Estado; inibição ao esvaziamento de investimentos no setor de saúde e óbice ao retrocesso social) apenas o primeiro e o quarto seriam atribuições reais do Poder Judicial, pois o bom funcionamento da política pública e o investimento setorial em políticas públicas encontra outros foros privilegiados na Constituição para seu controle de eficácia, eficiência e

efetividade que não prioritariamente o Poder Judiciário.

Não obstante o Poder Judiciário venha apresentando um papel desorganizador do sistema e venha sendo instrumento involuntário do poder econômico da indústria de bens e serviços de saúde para atingir fins escusos, o que é uma lástima, também vem sendo uma via importante para a materialização de direitos e, até de forma contraditória, causa reorganizadora dos sistemas público e suplementar de saúde que têm de se adaptar à nova realidade: a da judicialização das políticas públicas de saúde.

## **6. PROPOSTA DE PARÂMETROS MITIGADORES DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Há a imprescindibilidade da estipulação de parâmetros para a racionalização da atuação jurisdicional em questões de saúde, especialmente em decorrência da desorganização que promove no sistema de saúde, bem como do significativo impacto orçamentário.

Gandini, Barione e Souza (2010) propõem critérios a serem seguidos quando da intervenção jurisdicional na efetivação da assistência farmacêutica pelo Poder Público. O objetivo é evitar prejuízos ao SUS e, conseqüentemente, 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 (2008), 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 relação de medicamentos, aqueles 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, considerando ainda o problema da legitimidade passiva dos órgãos estatais.

De todo o apanhado vê-se que os diversos conceitos e princípios aqui dispostos nos remetem a condição de escassez e competição por recursos no campo da saúde, daí apresentarem-se como medidas mitigadora das externalidades negativas da judicialização das políticas de saúde os seguintes tópicos:

i) Os usuários devem poder postular judicialmente, em ações individuais, os bens de saúde constantes das relações de medicamentos 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 relação o bem requerido solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado.

ii) Deve ser dado conta ao Poder Judiciário, em períodos temporais razoáveis, a necessidade ou não de continuidade da prestação jurisdicional (manutenção da decisão) e da efetividade do tratamento para o usuário atendido.

iii) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos bens de saúde, desde que precedida dos estudos e cuidados recomendados pelos protocolos internacionais de incorporação de tecnologias para atendimento a humanos, nas relações referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem prioritariamente às Agências Reguladoras na área de saúde, sob a alçada do Poder Executivo.

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

v) Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por bens disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os bens de eficácia comprovada, deve privilegiar

aqueles de menor custo, como os medicamentos genéricos.

vi) As análises de caráter orçamentário também devem ser consideradas, não como um motivo para o impedimento da concessão do bem em questão, mas como um limite ao abuso de poder econômico que se estabelece na prática da indústria tecnológica e farmacêutica, principalmente no que se refere a medicamentos, órteses, próteses, materiais especiais e sínteses. A disparidade de valores e toda a cadeia comissionada (que inclui muitas vezes o médico) geram abuso na cobrança de valores. Infelizmente, utiliza-se da desconsideração orçamentária do Judiciário nessas ações, para fixar no mercado um preço exorbitante e fictício destes bens onerando o orçamento que é eminentemente coletivo e impactando negativamente nas políticas de saúde preventivas e igualmente coletivas.

v) Além disso, uma reformulação do entendimento do Poder Judiciário sobre a natureza jurídica e o papel das Leis Orçamentárias como parte material do processo de planejamento tão valorizado no contexto constitucional, ajudará a materialização da macro justiça no que se refere às políticas públicas em geral com destaque especial para as de saúde pública.

vi) Urge que se viabilizem os meios de real participação social e democrática no SUS por meio de consultas públicas. As organizações participativas do sistema sempre serão diminutas diante da complexidade dos usuários e interesses envolvidos. Em tempos em que todos “dialogam” e pouco se resolve, os órgãos institucionais de participação no SUS (não obstante sua relevância histórica) parecem transparecer um tipo de assembleísmo que não tem sido capazes de apresentar caminhos de convergência e zonas de diálogos institucionais (entre sociedade, gestores e os Poderes Legislativo e Judiciário) efetivos ou suficiente para minimizar os excessos da judicialização ou as externalidades negativas que promove no sistema. A Audiência Pública nº4, promovida pelo STF mostrou que o caminho da abertura traz efeitos práticos poderosos.

## 7. CONCLUSÃO

Há que se analisarem distintamente os casos concretos de atendimento de um usuário pela via judicial, da visão coletiva da materialização do direito social à saúde. O processo judicial, assim como construído, privilegiará, na maioria das vezes, a análise individual do caso concreto, no entanto, o diálogo das instituições extraprocessual (Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, Ministério Público, Defensoria, Associações de Usuários, Gestores e Prescritores) parece ser a via mais adequada para a solução da questão coletiva e sistêmica.

Parece válido que a efetivação de direitos sociais, com destaque para o direito à saúde, que tem natureza individual e coletiva, pela via judicial é o pior caminho a ser tomado. Pensar sistemicamente outros mecanismos parece ser o mais adequado para garantir um equilíbrio entre desejos e necessidades de usuários e da indústria, visando as possibilidades e sustentabilidade, em longo prazo, das políticas públicas de saúde e dos próprios sistemas único e suplementar de saúde.

Para tanto, o Poder Judiciário faria um grande serviço à nação se revisse seu entendimento sobre o processo de planejamento e a natureza das leis orçamentárias podendo atuar em termos de macrojustiça distributiva, beneficiando as políticas públicas de saúde enquanto um bem de fruição coletiva.

Por fim, cabe ressaltar que diante da polissemia empregada na literatura jurídica ou especializada sobre os princípios da universalidade, integralidade e equidade não é uma interpretação constitucional válida ou sequer possível, aquela que defende que o sistema público de saúde desenhado pelo texto da CRF-88 atenderá integralmente aos desejos ou necessidades de todos os usuários que aportarem ao sistema.

Escolhas e prioridades são de direito e devem ser apontadas a partir da participação e dos pactos sociais que lhe sejam decorrentes. Nesse processo a lei orçamentária deve ser observada. Aí estará o legítimo poder/dever de decidir, a ser apresentado ao Poder Judiciário. Daí a necessidade de execução

do planejamento (ato político) materializado no plano (ato normativo) que obrigatoriamente deverá estar espelhado nas leis orçamentárias, cuja análise de execução será elemento central no processo de prestação de contas das políticas públicas de saúde como também na concessão da tutela judicial.

## REFERÊNCIAS

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.

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. *Degração eletrônica*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>.

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>>.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonoivo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonoivo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>.

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.

CAMPOS, G.W.S. Reflexões *Temáticas sobre equidade e saúde*: o caso do SUS. *Saúde e Sociedade* 2006; 15(2):23-33.

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>>.

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

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>>.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós 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.

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

HUNT, Paul. *Aula ministrada na Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Bogotá*, Colombia. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=A3UPt8OTitM>.

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.

MEHRS, Emerson Elias *et al.* *O Trabalho em Saúde – olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. São Paulo: HUCITEC, 2003.



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.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *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](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>.

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

SPEDO, Sandra Maria. *Desafios para implementar a integralidade da assistência a saúde no SUS: estudo de caso no município de São Paulo (SP)*. Tese de Doutorado. Faculdade de Saúde Pública da USP. Orientador: Oswaldo Yoshimi Tanaka. 2009.

TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do Sistema Único de Saúde*. 2011. Disponível em: <[http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf)>.

---

**Recebido em:** 06/11/2016

**Aprovado em:** 13/02/2017