

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO**



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ANNA FREITAS FONSECA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O EMBASAMENTO
DE CRITÉRIOS JUDICIAIS**

**Rio Grande
2015**

ANNA FREITAS FONSECA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O EMBASAMENTO
DE CRITÉRIOS JUDICIAIS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Rio Grande, 2015

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

Dedicatória

À minha mãe, por todo amor, carinho e apoio ao longo desta jornada.

Agradecimentos

Aos professores da Faculdade de Direito da FURG pelos ensinamentos durante todos os anos do curso.

À orientadora deste trabalho, Prof^a. Dr^a. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, por tornar este trabalho possível, por toda paciência e conhecimento compartilhado.

Aos meus colegas, em especial àqueles que dedicaram seu companheirismo e me ajudaram nesta jornada.

À Defensoria Pública da União, por me ensinar solidariedade e justiça com o próximo.

RESUMO

FONSECA, Anna Freitas. **JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O EMBASAMENTO DE CRITÉRIOS JUDICIAIS**. 2015. 52p. Trabalho Acadêmico (Graduando). Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

O direito à saúde é consagrado em nossa Carta Magna como um direito fundamental social. Todavia, tem-se verificado, em nosso país, o aumento da judicialização do direito à saúde, ou seja, o acesso, pelo paciente, para atendimento médico, medicamentoso e de procedimentos diagnósticos pela via judicial. Dessa forma, a efetivação do que é previsto na Constituição deve ser levado como prioridade pela Administração Pública, carecendo de políticas públicas de saúde que realmente sejam organizadas e eficazes. Analisando as políticas já existentes, percebe-se que muitos direitos foram adquiridos, mas que o cidadão, ora paciente, ainda está distante do acesso a este direito que envolve o bem mais precioso, a vida. Diante desta realidade, o Poder Judiciário mostra-se legítimo ao garantir o que está previsto constitucionalmente, concedendo a muitas pessoas o direito à vida e à saúde, através de requisitos analisados caso a caso, preponderando a existência do mínimo existencial e a reserva do possível.

Palavras chave: Direitos fundamentais. Judicialização. Políticas públicas. Saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	9
1.1. O direito à saúde como direito fundamental.....	9
1.2. A doutrina da efetividade e o fenômeno da judicialização.....	14
1.3. Aspectos positivos da judicialização	18
1.4. Aspectos negativos da judicialização	19
2. ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	22
2.1. Acesso a justiça e a judicialização	22
2.2. A judicialização da política e das relações sociais.....	23
2.3. Ações, sujeitos e insumos da judicialização da saúde pública.....	26
2.3.1. Usuários	26
2.3.2. Gestores de saúde	28
2.3.3. Judiciário	29
2.3.4. Medicamentos	30
3. POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO: ANÁLISE DE JULGADOS	33
3.1. O dever do Estado e a judicialização	33
3.2. O papel das políticas públicas.....	35
3.3. Responsabilidade Solidária.....	38
3.4. A reserva do possível versus mínimo existencial: análise de casos/julgados.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou especial relevância ao direito à saúde, em seu artigo 6º. Assim, para que este direito fundamental seja protegido, a elaboração de políticas públicas através da Administração Pública torna-se essencial. Mas, apesar destas políticas terem sido implementadas em nosso país, ainda há a exclusão de uma grande parcela da população ao acesso dos serviços de saúde, se tornando frequente a estes buscarem a intervenção do judiciário.

Dessa forma, através do ajuizamento de ações, com o objetivo de requerer procedimentos cirúrgicos, fornecimentos de medicamentos ou outro tipo de serviço relacionado ao cumprimento deste direito fundamental, o povo encontra uma via de acesso à saúde.

A problemática deste trabalho funda-se em ilustrar como o direito à saúde vem sendo exercido e, conseqüentemente, como ocorre o acesso a justiça frente à não atuação da Administração Pública. O método adotado para desenvolvimento desta pesquisa pautou-se pela revisão bibliográfica, com estudos jurisprudenciais, com predominância do método indutivo.

O primeiro capítulo versa sobre o direito à saúde no Brasil, tendo como base a previsão legal quanto aos direitos fundamentais sociais na CF/88. Em seguida há a análise dos aspectos positivos e negativos quanto à judicialização.

O segundo capítulo analisa como ocorrerá o acesso a justiça, a judicialização das políticas sociais, assim como demonstrará quais serão as ações, sujeitos e insumos desta relação de intervenção jurisdicional.

No terceiro, a responsabilidade do Estado será abordada de forma a analisar a efetividade das políticas públicas implementadas por este, a responsabilidade solidária que há entre os entes federativos, bem como os julgados dos Tribunais com visão sobre dois aspectos: a reserva do possível e o mínimo existencial, a fim de elucidar como são os requisitos empregados pelos magistrados para que o pedido seja provido.

1. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A saúde é um tema bastante complexo, que envolve os aspectos da promoção, proteção e recuperação. O conceito atual de saúde é fruto da evolução da sociedade como um todo, em especial do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, fato que gerou importantes transformações no conteúdo do conceito jurídico de saúde. (CARLI, 2006).

Historicamente, a definição de saúde era dividida em dois grupos: de um lado, era entendida pelos que viviam em situações precárias como sendo diretamente ligada às condições de vida, do meio ambiente, do trabalho, da alimentação e de outro lado, havia uma nova corrente, que via na saúde a ausência de doenças. Assim, com a criação da Organização Mundial da Saúde - OMS, através da ONU, complexificou-se o conceito de saúde, passando a abranger além do aspecto da ausência de doenças, que envolve a questão da prevenção e da cura, a promoção do bem estar. (CARLI, 2006)

O Conselho Nacional de Saúde ao emitir o relatório da 12ª Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu no ano de 2013, assim definiu:

O conceito ampliado de saúde elaborado na 8ª Conferência Nacional de Saúde define que “saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”. Essa definição envolve reconhecer o ser humano como ser integral e a saúde como qualidade de vida. O conceito de cidadania que a Constituição assegura deve ser traduzido nas condições de vida e da participação social da população. Essas condições que são historicamente determinadas devem, por sua vez, considerar as desigualdades, diversidade étnico-racial e cultural presentes na sociedade brasileira. Entretanto, no Brasil é histórica e estrutural a divergência entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento humano e social. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2013, p. 25)

Desta forma, será analisado como o direito à saúde é previsto constitucionalmente e qual a participação dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) na efetivação deste direito.

1.1. O direito à saúde como direito fundamental

O direito à saúde como direito fundamental baseia-se historicamente no constitucionalismo contemporâneo. As primeiras constituições modernas exigiam uma

postura negativa do Estado, ou seja, tinham como base um modelo liberal que visava o mínimo de intervenção Estatal nas relações privadas, acreditando que a lei supria a necessidade de regulamentar as relações, sendo aplicada de maneira igualitária, não distinguindo ninguém perante a norma. (ASENSI, 2012)

No início do século XX, a sociedade transformava-se e em meio à luta por direitos trabalhistas, o indivíduo clamava pelo reconhecimento das desigualdades sociais, o que culminou na inclusão dos direitos sociais aos direitos fundamentais, exigindo-se assim a atuação positiva por parte do Estado para que, através de políticas públicas, preste a efetivação desses direitos. Deste modo Sarlet (2007, p.97) leciona que:

Acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e com particular relevo, na Constituição alemã de 1919. (SARLET, 2007, p. 97)

A Constituição Federal de 1988, prevê expressamente no Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-se em cinco capítulos: Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II - Dos Direitos Sociais; Capítulo III - Da Nacionalidade; Capítulo IV - Dos Direitos Políticos e Capítulo V - Dos Partidos Políticos.

As normas de direito fundamental se classificam através da ordem histórica em que foram reconhecidas, podendo ser de primeira geração, segunda, terceira ou quarta. Os direitos sociais, que estão descritos no artigo 6º da Constituição Federal, “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” são classificados como direitos fundamentais de segunda geração.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente no Brasil a partir de 1988 foram um marco histórico no que tange à saúde, pois foram elevados à um direito fundamental. Assim, tanto as normas que regulam o direito à saúde como quaisquer direitos fundamentais estão incluídas no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado (SARLET, 2007).

José Afonso da Silva (2005, p. 286) conceitua os direitos sociais:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições devida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 2005, p. 286)

O direito à saúde deve ser prestado pelo Estado, de forma que garanta a todos as pessoas a sua concretização, sem nenhuma desigualdade, dando a característica de universalização a este preceito. Assim, está positivado no Título VIII da Constituição Federal, notadamente em seu capítulo II que trata sobre a Seguridade Social, o direito à saúde, mais precisamente nos artigos 196 e seguintes:

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

Nesse sentido, o artigo 196 da CF/88, ao tratar do direito à saúde como dever do Estado, assegura que 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.

Já o artigo 198 da Carta Magna prevê:

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:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988)

O referido artigo dá surgimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), que “reforça a política de saúde brasileira como um direito de todos de forma indistinta, e possui não somente regras formais de organização, mas também princípios que orientam o seu desenvolvimento.” (ASENSI, 2011, p. 4-5)

Deste modo, a Lei 8080/1990, que regulamenta as ações e serviços de saúde, em seu art. 7º dispõe que além dos princípios elencados no art. 198 da CF, ainda:

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

De acordo com o Ministério da Saúde (2000), os princípios que dão base ao SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade nos serviços e ações de saúde. Já os princípios organizacionais são a descentralização, a regionalização e a hierarquização da rede e a participação popular.

Em seu artigo 199, a Constituição Federal preconiza que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, o que já havia sido esclarecido no artigo 197, ao tratar que a execução da saúde pode ser “feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

O artigo 200 do aludido diploma preceitua em seus parágrafos as atribuições do Sistema Único de Saúde, que representa um importante referencial para se aferir sobre o conteúdo e o alcance do conceito jurídico de saúde. Segundo esse preceito constitucional, são atribuições do Sistema Único de Saúde, dentre outras:

controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e

tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

A saúde no Brasil será exercida de forma universal e gratuita ao povo, garantindo assim o acesso de todos a este direito, através do Sistema Único de Saúde. Todavia, nada impede que se tenha assistência à saúde pela iniciativa privada, podendo esta ser prestada de maneira complementar, mediante convênio ou contrato de direito público com o SUS ou através de contratação direta pelos interessados com o plano de saúde. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012)

Para estes autores citando Raeffray, o direito fundamental à saúde é importante frente à Constituição de 1988 para:

a) conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como estado de completo bem-estar físico, mental, social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde; f) a submissão do setor privado às normas do sistema público de saúde. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012, p. 28)

A Constituição Federal incorporou o conceito de saúde formado pela OMS - Organização Mundial de Saúde como um bem estar físico, mental e social, não sendo apenas a falta de doenças, mas também um cuidado para que houvesse um equilíbrio entre o bem-estar do homem e sua relação com o meio ambiente e a sociedade. Assim, conforme elucidamos anteriormente, a inclusão dos direitos sociais aos direitos fundamentais ocorreu no século XX, quando apenas os trabalhadores tinham a saúde assegurada, ou seja, parte da população que tinha seu trabalho regularizado frente à Previdência Social, deixando de fora os trabalhadores informais, por exemplo. Na luta pela igualdade, ganhou-se um direito à saúde universal e de amplo acesso para todos.

Deste modo, tem-se que a Constituição Federal de 1988 gerou um grande passo em relação ao direito social da saúde, quando o consagrou como direito fundamental, positivando normas e princípios para sua concretização. Quanto a

efetivação deste direito e intervenção judiciária para sua concretização, este será tratado no próximo tópico.

1.2. A doutrina da efetividade e o fenômeno da judicialização

O artigo 5º, §1º da Constituição Federal prevê expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL,1988) Assim, conforme explica Alessandra Gotti (2012, p. 65) “o princípio plasmado no referido artigo não abrange tão somente os direitos anunciados nos incisos do art. 5º, mas também os direitos sociais, de nacionalidade e políticos.”

Pode ser aplicado integralmente, aos direitos fundamentais, o princípio da aplicabilidade imediata, visto que o art. 5º, §1º, é claro em garantir não apenas aos direitos e deveres individuais e coletivos, mas a todas as normas que regulam direitos fundamentais. Nesse sentido, elucida Sarlet (2007, p. 282):

Que este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume relevância não meramente secundária. Em hipótese alguma o significado do art. 5º, §1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais. (SARLET, 2007, p. 282)

Todas as normas constitucionais possuem um mínimo grau de eficácia, mas sendo positivada no artigo supracitado, a eficácia dos direitos fundamentais foi privilegiada quanto à sua aplicabilidade. Assim, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível (SARLET, 2007).

Isto não permite dizer que todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal terão esta aplicação imediata absoluta, mas significa dizer que “eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada.” (SARLET, 2007, p. 285).

No que tange ao direito fundamental à saúde, Figueiredo e Sarlet (2012 p. 36) fundamentam que há um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e direito a prestações:

Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde visa à salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental [...] Por sua vez, como direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde abarca as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais [...]. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012 p. 36)

Assim, exige-se que o ente estatal ao tratar dos direitos sociais, foque na efetivação desses direitos, baseando-se na aplicação correta de recursos a partir de políticas públicas. Leciona Alessandra Gotti (2012, p.83) que para “a realização de ações coordenadas para a implementação, no mínimo, do núcleo essencial de cada direito social é imprescindível que seja alocado o máximo dos recursos disponíveis para tanto.”

Com relação à saúde como direito negativo, o Estado não está obrigado a prestar nenhum tipo de serviço, como por exemplo, tratamentos ou fornecimento de medicamentos. Apenas deve zelar pela saúde do cidadão, não interferindo na sua saúde, o que quer dizer também em seu bem-estar físico e moral, pois para preservar a saúde de todos é necessário que ninguém impeça outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. (DALLARI, 2012)

Já a saúde como um direito positivo, ou seja, como uma dimensão prestacional por parte do Estado, está diretamente vinculado à “um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e implementação.” (SARLET, 2007, p. 302).

Figueiredo e Sarlet (2012) notam que não há tantos problemas passíveis de discussão no que tange a eficácia e efetividade das obrigações negativas e também das obrigações protetivas, sendo estas de cunho originário, possuindo aplicabilidade imediata. Já as referidas obrigações positivas em sentido amplo, quando diz respeito a organização e procedimentos que tratam de assuntos como formas de acesso ao sistema, distribuição dos recursos financeiros, dependem de regulações, o que se pode chamar de direito derivado, pois sua eficácia se dá através da implementação de políticas públicas.

No que diz respeito às prestações positivas em sentido estrito, que compreendem ações materiais, como fornecimento de medicamentos, realização de exames, consultas e internações, a sua eficácia sofre grandes debates. Sobre nosso

enfoque, importante ressaltar duas problemáticas, a primeira funda-se na limitação dos recursos a serem implementados para realização do direito fundamental em questão. Assim, Alessandra Gotti (2012), citando Ana Paula de Barcellos elucida que:

A expressão “reserva do possível”, segundo observa Ana Paula de Barcellos, descreve o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da infinidade de necessidades a serem por eles supridas. Nesse fenômeno convivem duas situações distintas: a reserva do possível fática, que corresponde à inexistência fática de recursos (a exaustão orçamentária), e a reserva do possível jurídica, que descreve a ausência de autorização orçamentária para uma despesa em particular. (GOTTI, 2012, p. 92)

Quanto ao fenômeno da reserva do possível¹ fática, este não diz respeito somente às limitações de cunho orçamentário, mas também quanto aos recursos da saúde (aparelhamento, médicos, leitos). A reserva do possível jurídica, por outro lado, baseia-se em dois argumentos distintos, de um lado a interpretação de que seria inviável haver o controle judicial das políticas públicas e a realocação dos recursos públicos através de decisões judiciais, de outro lado, fundamenta-se a garantia prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, positiva a legitimidade do judiciário garantir o direito em tela, quando o Estado não estiver cumprindo o que está disposto constitucionalmente. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012).

A segunda problemática, nos traz Asensi (2012) ao questionar a norma de eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional como sendo subjetiva, vez que o art. 196 dá um caráter programático à sua redação. Certo que, por maior parte da doutrina e da jurisprudência, assegura-se ao direito à saúde a característica de um direito autoaplicável diante do Estado, caracterizando assim a exigibilidade frente ao judiciário, fazendo com que o julgador torne efetivo o conteúdo presente na norma, “seja nas hipóteses de iminente risco para a vida humana, seja naquelas em que a prestação possa ser reconduzida à noção de mínimo existencial.” (FIGUEIREDO; SARLET, 2012, p. 60)

¹ A expressão “reserva do possível” foi utilizada (e criada) pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgado em que se discutia acerca da possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados. Consoante Torres, “a reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais”. Após, o autor afirma que “a reserva do possível não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa” (TORRES, 2009, p. 103-105).

Asensi (2012) ainda ilustra que o artigo 196 da Carta Magna é claro em estabelecer um direito-dever por parte do Estado com relação à saúde. Deste modo, imperioso que os usuários do SUS conscientizem-se da saúde enquanto direito-dever, pois:

(...) tão importante quanto os instrumentos jurídico-institucionais associados à saúde é a superação da cultura política passiva de muitos cidadãos, o que enseja desafios na concepção do que consiste o direito à saúde e quais os limites e as estratégias para sua efetivação por parte dos seus titulares. (ASENSI, 2012, p. 4)

Assim, o cidadão não mais é sujeito passivo desta relação, ou seja, pode-se exigir do Estado a prestação do direito à saúde, primeiramente, através de políticas públicas e orçamentárias. Porém, pela falta de efetividade das normas fundamentais constitucionalmente previstas, o que ocorre faticamente é a crescente procura ao judiciário pela prestação do direito à saúde.

A Carta Magna assegura que o direito à saúde irá ser oferecido a todos, mediante políticas sociais e econômicas, para que concretizem o que está descrito na norma. A realidade do país é inversa, sendo cada vez mais comum a procura por medicamentos que não são disponibilizados por não estarem incluídos em listas específicas do Sistema Único de Saúde, leitos em UTIs que estão em falta, tratamentos de alta complexidade que não são fornecidos e diversos outros produtos de saúde que sofrem defasagem em sua prestação, fazendo com que o Judiciário seja a última solução destes conflitos, pois este garante às pessoas, que levam à sua apreciação o direito fundamental em tela, que não está sendo assegurado pelo Estado.

Por outro lado, importante frisar que a Constituição é ampla ao definir os conceitos de universalidade e integralidade da assistência, problemática trazida por Sarlet (2007) quando contesta qual o limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Assim, não fora definido em normas infraconstitucionais se o dever do Estado seria atender a todos indistintamente ou poderia limitar os usuários.

Diante de tais divergências, surge no Brasil o que chama-se de fenômeno da judicialização, que tem como escopo de assegurar ao indivíduo o que não está sendo prestado materialmente pelos poderes públicos, fazendo com que o Poder Judiciário assegure os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Dessa forma, temos de um lado o Estado, que possui limites orçamentários, afinal, tanto o direito fundamental da saúde quanto todos os outros direitos

fundamentais devem ser efetivamente cumpridos perante à sociedade, enquanto que de outro lado há o cidadão em busca de um dos direitos fundamentais mais importantes: o direito à saúde, que engloba o direito à vida, à dignidade da pessoa humana. Assim, iremos abordar sobre os aspectos positivos e negativos deste fenômeno.

1.3. Aspectos positivos da judicialização

A crescente procura ao Judiciário para a eficácia dos direitos sociais tem sido alvo de diversas discussões. De um ângulo, têm-se o disposto no artigo 2º da Constituição Federal estabelecendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988) Ou seja, todos os Poderes têm legitimidade para assegurar ao povo a melhor forma de concretizar os direitos sociais elencados constitucionalmente.

Angélica Carlini (2012) elucida bem a questão ao colocar em discussão as problemáticas que levam o cidadão ao acesso do judiciário. Primeiramente, tem-se a improdutividade do Poder Legislativo, seja pelo fato das denúncias de práticas de corrupção ou pela facilidade com que o Poder Executivo legisla por meio de medidas provisórias, que por determinação legal somente deveriam ser utilizadas em casos de relevância e urgência, o que não ocorre atualmente.

Assim, com o legislativo defasado e a falta de investimentos em diversas áreas sociais, principalmente na saúde, o indivíduo deposita todo seu prestígio no poder Judiciário. Carlini (2012) cita o Desembargador e Conselheiro Milton Nobre, constatando que os números de ações sobre saúde são ínfimos em comparação com o número de ações, das mais diversas naturezas, em todo o judiciário, afirmando que judiciário está “defendendo os direitos fundamentais dos cidadãos e cumprindo a Constituição Federal”. (CARLINI, 2012, p. 494)

Nesta seara, pode-se perceber que os juristas decidem com base no que a Constituição preconizou, garantindo ao indivíduo o direito à saúde, pois a norma infraconstitucional não estabelece quais seriam os limites em que o Sistema Único de Saúde atuaria e quais seriam as prestações oferecidas pelo Estado. Desta forma, há de se pensar no seguinte caso hipotético: Um homem que possui uma doença raríssima, cujo medicamento custa R\$ 100.000,00 (cem mil reais), não sendo

fornecido pelo SUS, ingressa com uma demanda judicial, pois sem tal medicamento não irá sobreviver.

Está claro que o Judiciário tem suma importância nesta relação, pois o que a Constituição assegura não está sendo, de fato, cumprido pelos poderes Legislativo e Executivo, não podendo em tal caso descrito acima, negar ao indivíduo medicamento que é básico para sua existência, pois analogicamente, a Constituição Federal nega a pena de morte em seu art. 5º, XLVII, ou seja, se houvesse negativa do Judiciário, por ser o último caminho para a obtenção deste medicamento, estaria confirmando a morte de tal cidadão.

Além disso, Sarlet (2007, p. 381) é claro em afirmar que a “reserva do possível está sendo utilizada como impeditivo para a intervenção judiciária e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos”, pois se tais recursos estão escassos, deve-se comprovar de fato tal insuficiência, demonstrando que não há desperdício na alocação destes, e mais, comprovar a eficiência da aplicação dos mesmos.

Certo é que a atuação do poder Judiciário, ao conceder as tutelas de saúde, torna-se importante nesta relação, pois sem este controle, o poder Executivo, responsável por administrar a gestão dos recursos de saúde, descumpriria o que está assegurado constitucionalmente. Salienta-se que esta medida também impõe ao poder público a demonstração da falta de ineficiência perante a sociedade, que deve buscar ao judiciário um meio de obtenção de efetivação de um direito fundamental.

1.4. Aspectos negativos da judicialização

Entre os doutrinadores, a problemática da judicialização que se destaca é quanto o acesso desigual que as pessoas têm perante à justiça. Nesse sentido, Angélica Carlini (2012, p. 498) elucida que:

as decisões judiciais tutelam apenas quem tem acesso à justiça, e que esta é uma minoria da população, e uma minoria que não reflete exatamente o conceito de “necessitado”. Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de modo a promover a emancipação das pessoas menos favorecidas da população – e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem em condições de pobreza ou até de miséria absoluta -, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individualizadas, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade. (CARLINI, 2012, p. 498)

A autora entende que o acesso a justiça estaria limitado às pessoas: 1) que teriam condições de contratar advogados particulares; 2) que teriam maior esclarecimento, informação e grau de instrução, gerando desigualdade entre os usuários, pois todos que necessitam de uma tutela emergencial de saúde não estão inseridos neste acesso. Assim, privilegia parte da população que encontra outra via de ingresso ao SUS. (CARLINI, 2012)

Neste diapasão, as decisões judiciais que envolvem tutelas de saúde fazem com que o Poder Executivo tenha que desprender de valores altos para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos que envolveriam a realocação de recursos destinados às outras políticas públicas em área diversa. Felipe Machado e Sulamis Dain elucidam a problemática em questão, pois “as decisões dos juízes não levam em conta as prioridades de alocação de recursos estabelecidos pelo conjunto da sociedade” (MACHADO; DAIN, 2012, p. 477), fazendo com que medicamentos de alto custo sejam destinado à um só cidadão.

O poder Judiciário, ao conceder à um indivíduo uma prestação material de saúde, imposta ao cumprimento pelo Estado, está deslocando o recurso que poderia ser investido em favor da coletividade, podendo acarretar graves danos à gestão do Sistema Único de Saúde, pois não há limitação quanto a verba do procedimento que está sendo pleiteado, apenas está sendo assegurado o direito fundamental, sem medir consequências. Deste modo, os autores acima citados entendem que os mesmos direitos que estão sendo concedidos à um cidadão pode estar sendo negado para outras tantas pessoas, em virtude da falta de verba orçamentária, que fora alocada um único caso. (MACHADO; DAIN, 2012)

Nesse mesmo sentido, faz-se imperioso destacar que ao judicializar a saúde, pode-se gerar a indicação de médicos particulares que, ao perceberem que certas demandas de saúde estão sendo concedidas judicialmente, induzam seus pacientes a requerê-las, muitas vezes, sem, de fato, necessitarem de tal procedimento, somente por ser mais vantajoso economicamente. Ao analisar o quadro geral destas ações judiciais, Dain e Machado encontram quatro fatores fundamentais:

- 1) insuficiência do sistema (casos em que os serviços de saúde não fornecem aqueles medicamentos que constam nas listas oficiais do SUS);
- 2) vazios assistenciais (casos de doenças que não têm protocolos clínicos elaborados pelos SUS);
- 3) conflitos entre evidência científica e opinião médica (casos de prescrição de medicamentos fora da bula ou discordantes dos protocolos do SUS);
- e 4) mercantilização da saúde (casos de indução de incorporação

tecnológica e de medicamentos ao SUS estimulados por grupos empresariais). (DAIN; MACHADO, 2012, p. 478)

Assim, de um lado tem-se que, a Constituição Federal e a lei que regulamenta o SUS – Lei 8.080/1990, não impõem limites necessários para dizer quem e quais os procedimentos abrangidos por tal sistema, gerando assim, abertura para o acesso ao judiciário. Dain e Machado (2012) entendem que precisa haver um limite quanto à integralidade, fazendo-se o questionamento do SUS que se quer e sobre a pertinência dos princípios conquistados com a Reforma Sanitária, de outro modo, “no contexto em que se vive hoje, de desmoralização do Legislativo, de uma atuação do poder Executivo pautada em medidas provisórias, talvez o judiciário esteja buscando um equilíbrio de poder, e não a ampliação desse poder”. (DAIN; MACHADO, 2012, p. 479) Desse modo, os poderes Executivo e Legislativo carecem de medidas efetivas, fazendo com que o cidadão encontre uma via de acesso através do Poder Judiciário.

2. ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O poder público é responsável pela efetivação do direito à saúde, sendo esta responsabilidade dividida entre as três esferas de governo. Ocorre que com a falta de recursos e políticas públicas na área, a população está buscando através do judiciário a garantia de direitos que podem extrapolar a seara jurídica e interferir em questões políticas, econômicas e estruturais do país.

2.1. Acesso a justiça e a judicialização

O poder judiciário se vê, a cada dia que passa, diante do crescente número de demandas judiciais envolvendo o pleito de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e demais tratamentos de saúde em face do poder público, em sua grande maioria, ou do poder privado. Fato é, que diante deste cenário, conclui-se que a Administração Pública não está conseguindo garantir a efetivação do direito fundamental à saúde.

Dessa maneira, a falta de efetividade, tanto de políticas públicas quanto de investimentos na área proporciona a busca destes direitos através da via judicial, tanto na esfera federal quanto estadual, pela qual o indivíduo vê a última alternativa para que seja assegurado seu direito à saúde.

Não é à toa que os números são expressivos no que concerne à esta questão. O Conselho Nacional de Justiça publicou, em 2010, a Resolução nº 107, a qual “institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.” (CNJ, 2010, p. 1) Este Fórum é formado por um Comitê Executivo Nacional e por Comitês Estaduais, e tem como escopo o levantamento de informações, tanto dos tribunais federais quanto estaduais, com relação às demandas envolvendo saúde.

De acordo com a revista Consultor Jurídico (2014), o número informado através do Comitê, de demandas judiciais que pleiteiam algum tipo de serviço na área da saúde é de 35.287 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é recorde, com 113.953 ações.

A intervenção do poder judiciário na saúde tomou grandes proporções em meados de 1996, em razão da busca no judiciário por medicamentos para o combate a AIDS. Com isto, fora promulgada a Lei nº 9.313/1996, que assegura a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais. Porém, importante ressaltar que antes deste

período, as ações envolvendo a obtenção de medicamentos e tratamentos de saúde eram negadas, baseando-se “na interpretação do art. 196 da Carta Magna meramente como uma norma programática, insuscetível de produzir efeitos jurídicos positivos”. (DAIN; MACHADO, 2012, p. 467-468).

Com a promulgação da lei para tratamento da AIDS, esperava-se que a discricionariedade dos juízes diminuísse, logo a interferência do poder judiciário na saúde também. O que ocorreu fora o inverso, pois o art. 196 da Constituição Federal começou a ser interpretado como norma constitucional de eficácia plena. (DAIN; MACHADO, 2012)

Assim, diante da mudança de interpretação na norma constitucional, o número das demandas judiciais envolvendo a saúde começaram a crescer e obter êxito, fazendo com que o Poder Judiciário resolva as problemáticas sociais no que concerne à saúde.

2.2. A judicialização da política e das relações sociais

A judicialização possui múltiplos conceitos, “desde a normativa (mais usada) até a que emprega o termo como conotação político-social.” (ARAGÃO, 2013, p. 65) Assim, o autor explica que o sentido normativo da judicialização é usado para fazer referência ao dever legal que o Poder Judiciário tem de examinar certo tema que à ele é exposto. Já a conotação político-social diz respeito a propagação do Poder Judiciário e o aumento das demandas judiciais.

Já quanto à conceituação da judicialização da política, Delduque, Marques et al. (2013, p. 182) trazem que:

Tate e Vallinder (1996), em obra expoente sobre o tema, consideram que “judicialização da política” é uma expressão equivalente à “politização da justiça”, e traduz a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, para esses autores, é valer-se de métodos típicos da decisão judicial em disputas e demandas políticas em dois contextos: a) no que se refere à reação do Judiciário, quando provocado, no sentido de revisar a decisão dos Poderes Legislativo e Executivo do Estado, com base na Constituição Federal (controle jurisdicional de constitucionalidade); b) no que se refere, como salientam Maciel e Koerner (2002), à intromissão do *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no âmbito do Poder Executivo (como nos casos de tribunais e juízes administrativos) e no âmbito do Poder Legislativo (como é o caso das comissões parlamentares de inquérito conduzidas pelo parlamento). (DELDUQUE; MARQUES et al., 2013, p. 182)

Nesse sentido, quando algum indivíduo acometido por determinada doença dirige-se ao órgão do Poder Executivo, a fim de que seja realizado algum tratamento de saúde pelo Estado, e este alega que tal necessidade não é abrangida pelos procedimentos do SUS, o indivíduo, com esta negativa administrativa, se dirige ao Poder Judiciário, para que este modifique tal decisão, fazendo com que tal poder deva decidir interpretando o que a Constituição Federal prevê.

Assim, o judiciário proferirá uma decisão procedente ou improcedente ao pedido do autor e “essa decisão (...) pode extrapolar os contornos tradicionais do sistema jurídicos e se imiscuir nas questões oriundas de outros sistemas, como o político e o econômico”. (DELDUQUE; MARQUES et al., 2013, p. 184) Ou seja, as decisões judiciais, muitas vezes, influem em outros sistemas, que até então, era exercido somente pelos poderes representativos (Executivo e Legislativo).

Aragão (2013, p. 70) explica que o acesso ao Poder Judiciário sofreu grande propagação através da implantação dos Juizados Especiais Cíveis, facilitando o ingresso de ações judiciais e ensejando decisões mais rápidas, fazendo com que os cidadãos encontrem, “nessas instituições, forma mais rápida e eficiente de satisfazer suas expectativas por direito, justiça e cidadania”. Ainda, o autor cita ferramentas que dirigem-se à judicialização, como as ações diretas de inconstitucionalidade, ação civil pública, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, ação popular, mandado de injunção e mandado de segurança. (ARAGÃO, 2013)

Felipe Machado e Sulamis Dain (2012, p. 471) citando Tate (1995), elencam condições políticas do processo de judicialização:

- 1) existência de um regime de governo democrático com a separação efetiva dos 3 poderes; 2) existência de uma política de direitos, inscrita ou não em uma declaração constitucional de direitos fundamentais; 3) existência de grupos de pressão que tenham identificado nos tribunais judiciais possíveis arenas para a veiculação de seus interesses; 4) uso eventual das cortes como instrumento político manejado pela oposição para impedir a edição de leis que ela, pelos canais representativos tradicionais, não conseguiria obstar; 5) existência de instituições majoritárias incapazes de reunir em torno de si apoio público suficiente para defender suas políticas, havendo, portanto, a necessidade de buscar no Poder Judiciário a efetivação destas políticas; 6) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas, vindo esse sentimento negativo de receios públicos quanto a clientelismo, personalismo e corrupção; 7) inércia proposital do Legislativo quanto ao trato de certas questões (ou seja, falta de consenso político) e 8) uma postura dos juízes no sentido de aceitarem o desafio de opinar sobre questões políticas. (MACHADO; DAIN, 2012, p. 471)

Importante ressaltar o antagonismo que se depreende desta questão. De um lado, juízes que não possuem legitimidade e representatividade, no entendimento de Mônia Leal, ainda questionando como um poder que não é eleito pelo voto popular pode “controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito”. (LEAL, 2008, p. 86) De outro lado, a população que escolhe os representantes dos poderes Executivo e Legislativo e que veem nestes o crescente número de escândalos envolvendo corrupção e desvios de verba do país, fazendo com que a credibilidade do Poder Judiciário aumente.

Percebe-se que diversas condições políticas interligadas levam à judicialização, podendo ser citados dois eixos interpretativos acerca deste fenômeno: o eixo procedimentalista e o substancialista. Machado e Dain explicam que eixo procedimentalista é representado por Habermas e Garapon, dizendo que o fenômeno da judicialização “contribui para a diminuição ou (privatização) da cidadania.” Por sua vez, elucidam que o eixo substancialista é representado por Cappelletti e Dworkin e que para estes autores “a judicialização é tratada como uma extensão da democracia e uma ampliação da cidadania.” (MACHADO; DAIN, 2012, p. 475)

Nesse sentido, Machado e Dain (2012, p. 481) citando Tate, elucidam que este fenômeno não deve ser analisado isoladamente, sendo necessário analisar os interesses econômicos que estruturam o sistema político e também:

O autor está atento ao fato de que a expansão da política de direitos pode ser mais propriamente definida conforme o sucesso de certos grupos de interesse em alcançar seus objetivos fora do processo majoritário de decisão política. Determinados grupos têm descoberto a cada dia o potencial de os tribunais atenderem às suas reivindicações correlacionando-as a direitos formalmente garantidos pela Constituição. Este aspecto pode estar sendo uma das principais forças que têm levado a ampliação do Poder Judiciário na saúde no Brasil. (MACHADO; DAIN, 2012, p. 481)

Desta forma, estes conflitos que envolvem o Poder Judiciário e as demandas envolvendo o direito fundamental à saúde e outros direitos sociais devem ser analisados conjuntamente, sendo necessárias medidas que melhor definam os limites dos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, pois os rumos do processo de judicialização são condicionados à diversos fatores extrajudiciais, como grau de desigualdade social, nível de escolaridade e mobilização política da população que demanda ações na justiça (DAIN; MACHADO, 2012), dessa forma, quanto mais se

der a insatisfação da população pelo descumprimento de seus direitos, o crescimento das demandas judiciais será inevitável.

2.3. Ações, sujeitos e insumos da judicialização da saúde pública

É presente, no Brasil, o fenômeno da judicialização da saúde pública, que, através de usuários insatisfeitos e necessitados, recorrem ao poder judiciário para efetivação de um direito constitucional. Assim, Borges e Ugá (2009, p. 21) elucidam que:

Nesta situação, temos cidadãos buscando individualmente, e mediante procedimentos judiciais comuns, a efetivação de interesses relacionados ao direito social à saúde, não efetivados na esfera executiva (...) Por ser a saúde um bem provido pelo Estado com recursos públicos, os conflitos judiciais envolvendo este bem dizem respeito a conflitos sobre justiça distributiva, ou seja, àquela que dispõe sobre regras de apropriação individual de recursos comuns” (BORGES; UGÁ, 2009, p.21).

As ações pleiteadas requerendo o cumprimento do direito à saúde perante o Estado provêm da iniciativa não exercida na esfera administrativa. Dessa forma, o cidadão dirige-se ao Poder Judiciário a fim de garantir o medicamento, procedimento médico ou atendimento que necessita. Deste modo, iremos tratar dos sujeitos deste fenômeno: os usuários, gestores de saúde e o judiciário.

2.3.1. Usuários

Os usuários, como sujeitos da judicialização, têm legitimidade para exigir do sujeito passivo, qual seja, o Estado, “a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, efetivando o direito em sua dimensão negativa (...) e positiva” (FIGUEIREDO; SARLET, 2012, p. 40), não excluindo deste dever a iniciativa privada. Os autores também trazem que o direito de todos os cidadãos, no que concerne à saúde, está garantido na Constituição Federal:

o art. 196 do texto constitucional desde logo aponta o caráter de universalidade do direito à saúde (e do próprio SUS) como direito de todos e de cada um, na esteira do disposto no art. 5º, caput, da CF. Vigora, pois, o princípio da universalidade, no sentido que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, e que não impede diferenciações na aplicação prática da norma. (FIGUEIREDO; SARLET, 2012, p. 38)

Como já vimos, historicamente, a Constituição Federal de 1988 trouxe um grande avanço quanto ao tratamento das questões sociais no Brasil, e tratando-se do

SUS, este fora “um dos principais avanços no que concerne ao desenvolvimento de políticas públicas de caráter universalista”. (DAIN; MACHADO, 2012, p. 464) Assim, tais autores trazem que, apesar de a Constituição preceituar a garantia de direitos coletivos na área da saúde, estes não estão sendo assegurados plenamente.

Dessa forma, os usuários do SUS, ao enfrentarem dificuldades de acesso aos medicamentos e tratamentos de saúde, muitas vezes sem mais perspectiva de vida, escolhem a via judicial para ver seu direito assegurado. Nesse sentido, Araújo, Fraga et al. (2013) explicam que os usuários do SUS, ao solicitarem ao Poder Judiciário para que intervenha no acesso às tecnologias, diagnósticos e tratamentos, estão querendo que se cumpra os “direitos essenciais à saúde considerados indispensáveis à manutenção da vida, demonstrado ao longo dos anos as falhas das Políticas Públicas de Saúde e a efetividade violada dos princípios doutrinários do SUS”. (ARAÚJO; FRAGA et al., 2013, p. 50)

Dain e Machado (2012) identificam duas dimensões quanto às estratégias dos usuários ao acesso do judiciário. A primeira são os interesses individuais, sendo realizado através da Defensoria Pública e escritórios privados de advocacia, sendo que neste tipo de demanda os indivíduos buscam do Estado os direitos que acreditam que este deveria garantir “e, geralmente, relacionam-se à compra de determinados insumos necessários à manutenção ou recuperação da saúde dos indivíduos.” (DAIN; MACHADO, 2012, p. 466).

A outra dimensão representa os interesses coletivos e na perspectiva dos autores, pode ser subdividido em dois conjuntos:

O primeiro, representado pelo Ministério Público (MP), que focaria suas ações nas primeiras instâncias da Justiça, tendo sua atuação limitada a determinadas questões específicas e mais pontuais. No segundo conjunto, encontram-se todos os atores com investidura para proporem ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC): os Partidos Políticos, a Procuradoria Geral da República, e Organizações da Sociedade Civil com representação nacional. Tais ações têm, por sua própria definição, um caráter mais geral, e, por este motivo, são encaminhadas apenas ao STF. (DAIN; MACHADO, 2012, p. 466)

De outro modo, Araújo, Fraga et al. (2013) trazem dois perfis de usuários do processo de judicialização: o primeiro, que já recorreu ao órgão administrativo pleiteando o pedido e este fora negado, e aquele que com sua prescrição médica, dirige-se diretamente ao poder judiciário. Ainda, observam que entre estes usuários

podem prevalecer aqueles que tem melhores condições econômicas ou com mais informações e acesso.

Porém, o Judiciário deveria ser o último caso para efetivação dos direitos sociais, devendo em primeiro lugar, ser provocada a Administração Pública para que cumpra a ordem médica solicitada. Também, conforme elucida Angélica Carlini (2012), este fenômeno pode trazer limitação ao acesso do judiciário, pois existem tipos de usuários que diferem em capacidade econômica, instrução, e por isto não teriam recursos financeiros ou conhecimento suficientes para ter acesso ao judiciário, gerando exclusão e desigualdade entre aqueles que pleiteiam por algum serviço de saúde.

2.3.2. Gestores de saúde

Decorre da Constituição Federal que é dever do Estado garantir o direito fundamental à saúde e ainda, que esta responsabilidade deve ser exercida por todas as esferas de governo: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, imperioso destacar que o Sistema Único de Saúde teve origem através de dois aspectos, o primeiro fora a participação social nas três esferas de governo, por meio das Conferências de Saúde e dos Conselheiros de Saúde e o segundo diz respeito ao princípio da descentralização, fazendo com que houvesse um único órgão central em cada esfera de governo. (CARVALHO; MERCHAN-HAMANN et al., 2013)

Assim, a Lei 8.080/1990 em seu art. 9º estabelece que:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:
 I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
 II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
 III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Ainda, os autores Carvalho, Merchan-Hamann et al. elucidam que tal norma define as atribuições de cada uma das instâncias gestoras:

ao nível federal: a formulação da política nacional de saúde; a regulação nacional do Sistema Único de Saúde; a elaboração de normas técnicas, o financiamento e cooperação técnica com estados e municípios; a regulação da relação público-privado; regulação de padrões e registro de produtos destinados à assistência médico-hospitalar e de bens de consumo que se

relacionam com a saúde; coordenação nacional do sistema de informações, o acompanhamento e avaliação das tendências da situação sanitária nacional e do desempenho do sistema nacional de saúde; apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico e ao de recursos humanos; regulação de aspectos éticos de pesquisas e articulação intersetorial no plano federal;

à gestão estadual: a formulação da política estadual de saúde; o planejamento, a coordenação e o estabelecimento de modelos de atenção à saúde; a supervisão, financiamento e cooperação técnica com as secretarias municipais de saúde; a execução de serviços especializados e a responsabilidade pelo desenvolvimento de recursos humanos;

ao nível municipal: a formulação da política local, o planejamento, contratação (quando for o caso), avaliação e controle dos estabelecimentos de saúde e a execução direta dos serviços. (CARVALHO; MERCHAN-HAMANN et al., 2012, p. 78)

Cabe também destacar o importante papel do “Pacto da Saúde”, que surgiu para diminuir as Normas Operacionais, e engloba três outros pactos: “Pacto pela Vida”, o “Pacto pelo SUS” e o “Pacto de Gestão”. Nelson Rodrigues dos Santos e Paulo Amarante (2011) entendem que este pacto tem como finalidade responder aos desafios da gestão e da organização do SUS, atender efetivamente às necessidades de saúde da população brasileira e tornar a saúde uma política de Estado mais do que uma política de governo.

Outro ponto que merece destaque é a gestão do financiamento da saúde, que conforme preceitua a Constituição Federal será feita com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Este texto é trazido pela Emenda Constitucional nº 29 de 2000, que assegurou o financiamento do SUS pelos três entes federativos e regulou a aplicação de percentuais mínimos anuais para ações e serviços públicos de saúde por tais entes.

Sérgio Francisco Piola (2013) aponta que o governo Federal e os Estados têm aplicado menos do que está estabelecido na EC nº 29, fazendo com que a luta por um volume maior de recursos ainda seja pauta em nosso país. Ressalta ainda que esta vinculação de recursos não seria necessária se os entes responsáveis realmente demonstrassem preocupação com a efetividade do direito à saúde.

2.3.3. Judiciário

Como já vimos, o Poder Judiciário modificou seu entendimento no que concerne às demandas envolvendo a saúde, decidindo que este direito tem

aplicabilidade imediata e eficácia plena. Deste modo, houve o aumento das demandas judiciais pleiteando ações e serviços de saúde.

Angélica Carlini (2012, p. 491) explica esta expansão do Poder Judiciário:

Nos últimos dez anos pelo menos, o Poder Judiciário tem se destacado no Brasil pelo grande número de temas sobre os quais tem decidido. O Supremo Tribunal Federal tem sido convocado para decidir sobre o uso de células-tronco embrionárias, sobre a utilização de áreas para reservas indígenas, sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, entre outros tantos assuntos de repercussão na sociedade.

Parte significativa desses temas chega ao Poder Judiciário por ausência de uma legislação objetiva e clara, que faça uma leitura correta das modificações sociais e das novas necessidades dos cidadãos, das famílias, dos grupos sociais urbanos e rurais. (CARLINI, 2012, p. 491)

Dessa forma, a procura por decisões que reconheçam e garantam direitos fundamentais crescem em virtude de vários fatores. Nesta seara, o judiciário somente poderá decidir sobre estas demandas quando acionado, conforme elucida Asensi (2010, p. 37) ao explicar que a este poder reina a máxima “*nemo iudex sine actore*” que quer dizer, *não há juiz sem autor*. Ou seja, o usuário deve levar sua pretensão à análise do juiz, para que este decida se há ou não direito.

Nesta seara, a expansão do Poder Judiciário nas questões envolvendo o direito social à saúde gera situações extremas. De um lado, decisões que opinam nas políticas públicas e realocam recursos financeiros que estariam destinados à outra área, o que gera a concentração de recursos em um só caso, excluindo as necessidades da coletividade. De outro lado, o usuário que teve sua demanda atendida e que, em muitos casos, teve sua vida salva através de uma decisão judicial.

2.3.4. Medicamentos

As ações judiciais envolvendo o pedido de medicamento sofreu elevada alta e cada vez mais ações chegam ao judiciário. Desta forma, importante analisar de que forma é feita a distribuição de medicamentos pelo SUS e quais as consequências da aquisição de medicamentos pela via judicial.

Oswaldo Tanaka (2008, p. 140) explica que uma das estratégias para efetivação do direito à saúde, realizada pelo Poder Executivo, é a assistência farmacêutica, prevista na alínea *d*, inciso I, do art. 6º, da Lei 8080/1990, que possibilita o fornecimento de medicamentos “de acordo com uma definição técnica de adequação e de custo/efetividade”, sendo realizada pelas três esferas de governo.

Desta forma, tal autor traz três grandes grupos de medicamentos, insumos essenciais da assistência farmacêutica, que são estabelecidos em normas vigentes:

1. Estratégicos – utilizados para tratamento das doenças de perfil endêmico, cujo controle e tratamento tenham protocolo e normas estabelecidas e que tenham impacto socioeconômico, tais como: tuberculose, hanseníase, Endemias Focais, DST/AIDS e sangue e hemoderivados. No total, são 125 apresentações de medicamentos para dispensação.
2. Básico – essenciais para a garantia da atenção básica referente a patologias mais prevalentes. São dispensados na porta de entrada do sistema de saúde e incluem 87 medicamentos em distintas apresentações.
3. Excepcionais – medicamentos para o tratamento de doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes, os quais, na maioria das vezes, utilizam-nos por períodos prolongados. Compreende um conjunto de doenças bem definidas com protocolos clínicos, em que os medicamentos dispensados se baseiam em custo efetividade e comprovação terapêutica validada. Neste grupo, estão as patologias como: doença de Gaucher, doença de Parkinson, Alzheimer, hepatites B e C, pacientes renais crônicos, transplantados, portadores de asma grave, anemia, dentre outras. A listagem desses medicamentos abrange 226 apresentações. (TANAKA, 2008, p. 140)

Quanto aos medicamentos básicos do SUS, segundo a Política Nacional de Medicamentos (PNM):

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.

Desta forma, Pepe e Osorio-de-Castro (2013) explicam que a seleção dos medicamentos que serão disponibilizados leva em conta o perfil de morbidade e mortalidade da população. Tais autores salientam também que a assistência farmacêutica sofre modificações que podem advir da judicialização, uma vez que, em demandas judiciais individuais que determinam a prestação de um medicamento os recursos para a assistência farmacêutica ficam prejudicados.

Gandini, Barione et al. (2007) explicam que nem sempre a assistência farmacêutica atende as necessidades da população, seja por que estão acometidos por alguma doença que requer medicamentos especiais ou até mesmo por falta de

organização administrativa, havendo algum procedimento que deveria ter sido feito e que barra a aquisição ou distribuição do medicamento.

Desta forma, não deve-se rejeitar do sistema o indivíduo que necessita de um medicamento caro que, por possuir uma doença grave e não estar incluído no rol de medicamentos do SUS esteja condenado à morte. Para tanto, questões envolvendo medicamentos são levadas ao judiciário e, na maioria dos casos obtém êxito, visto que, conforme explicam Borges e Ugá (2008) as normativas referentes à saúde foram elaboradas de forma ampla, deixando para a legislação infraconstitucional a limitação da matéria, o que até hoje não ocorreu.

Nesse sentido, iremos abordar o dever do Estado a fornecer medicamentos, a solidariedade entre os entes federativos assim como as políticas públicas voltadas para tal demanda.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO: ANÁLISE DE JULGADOS

A saúde é efetivada mediante políticas públicas que aloquem de forma eficaz os recursos destinados a este direito, através de programas que visem o melhor desempenho da administração pública para que o povo tenha acesso à medicamentos, tratamentos, leitos e consultas. Desta forma, todos os entes federativos têm o dever de prestar assistência, sendo que, a falta de efetivação leva ao poder judiciário um número crescente de demandas, em que as decisões devem ser criteriosas, vinculadas ao caso concreto.

3.1. O dever do Estado e a judicialização

O art. 196 da CF prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Assim, entende-se que, todas as pessoas que encontrarem-se no Brasil e que estiverem acometidas por alguma doença devem receber medicamentos, fornecidos pelo Estado, para tratamento de sua doença.

Nesse sentido, Giselle Nori Barros (2006, p. 139) explica que:

O estudo do fornecimento de medicamentos pelo Estado está diretamente imbricado com a estática e a dinâmica da discricionariedade, pois, se, por um lado, o Estado deve estabelecer políticas públicas para o atendimento à população no que concerne a esse insumo, por outro, em face do caso concreto, exsurge um direito subjetivo protegido constitucionalmente, que afasta qualquer formalidade burocrática de atendimento do direito fundamental indispensável à cura ou à minoração do sofrimento daqueles acometidos de agravos da saúde. (BARROS, 2006, p.139)

Dessa forma, o dever do Estado em fornecer os medicamentos à população depende da implementação de políticas públicas para sua efetivação, mas, de outro lado, o indivíduo está assegurado constitucionalmente a este direito, e que sofrendo de uma doença grave, não pode esperar até que a administração pública coloque em prática as políticas necessárias. Ou seja, o Estado não pode eximir-se de cumprir com sua obrigação alegando que não há previsão orçamentária ou política para tal medicamento, pois a saúde do cidadão e seu direito à vida vão além desta questão.

É evidente que o Poder Judiciário, ao ter que decidir entre o Estado e a vida de um cidadão, optou por dar a este último o direito ao medicamento ou tratamento necessário, pois a maioria das decisões judiciais dão procedência ao pedido de

fornecimento de medicamentos pelos entes públicos (União, Estados, DF e Municípios). Nesse diapasão, não deve-se rejeitar do sistema o indivíduo que necessita de um medicamento caro que, por possuir uma doença grave e não estar incluído no rol de medicamentos do SUS, seja condenado à morte.

A determinação judicial que mais preocupa o Poder Público é aquela que envolve o alto custo de medicamentos, fazendo com que a realocação de recursos seja necessária para cumprimento das medidas judiciais. Tais medicamentos são chamados “excepcionais”, que, conforme Silva e Dantas (2006, p. 19):

De início, cumpre salientar que os medicamentos comuns, que compõem uma farmácia básica, normalmente de baixo custo unitário, e que, em seu conjunto são destinados ao tratamento da maior parte das enfermidades que acometem a população brasileira, denominam-se *medicamentos essenciais*. São, pois, a regra em contraste com a excepcionalidade dos *medicamentos excepcionais*.

Os *medicamentos excepcionais ou de alto custo, ou de dispensação em caráter excepcional*, a seu turno, são conceituados, na terminologia da Política Nacional de Medicamentos (item 7 da Portaria MS n. 3.916/1998) como aqueles “utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos. (SILVA; DANTAS, 2006, p.19)

Diante de tal conceito, Silva e Dantas (2006) elucidam que, em razão do elevado custo de tais medicamentos, os gestores da saúde justificam, quanto o caráter socioeconômico, a falta de recursos financeiros e os interesses econômicos da indústria farmacêutica para negatizar seu fornecimento. Tais autores alegam que os interesses econômicos ocorrem por que os medicamentos excepcionais estão intrinsicamente ligados à inovação tecnológica e por muitas vezes, as indústrias implementam pequenas alterações em tais insumos e lançam ao mercado, o que faz com que haja aumento da procura por novos medicamentos.

Todavia, deve-se atentar para o caso fático de tal alegação, quando o usuário do SUS, que já tentou diversos outros tratamentos sem resposta, obteve em um medicamento excepcional a cura/diminuição da doença, fazendo com que a obtenção de tal medicamento, por ter elevado custo, se torne essencial por parte do Estado.

Ainda, Silva e Dantas (2006) preconizam que os gestores da saúde eximem-se de realizar o fornecimento dos medicamentos excepcionais alegando, em caráter técnico, a não realização de licitação, embora constem em lista oficial do SUS; a não previsão em listas oficiais de medicamentos; a ausência de registro no órgão de vigilância sanitária; o fato de o tratamento estar em fase experimental.

Assim, percebe-se que o dever do direito fundamental da saúde previsto na Constituição Federal, no que concerne ao fornecimento de medicamentos excepcionais, sofre grande defasagem. Deste modo, temos três principais sujeitos: o Poder Público alegando falta de recursos e tantas outras justificativas para não cumprimento de seu dever, o usuário que recebe um diagnóstico grave mas ainda sim curável com um medicamento de alto custo, inacessível para seu orçamento, e o Poder Judiciário, que analisa diversos casos fáticos levados ao seu entendimento e que prioriza o direito à vida.

É imprescindível que o Poder Público (Legislativo e Executivo) elabore e execute políticas públicas para os medicamentos de alto custo, fazendo-se cumprir o disposto no art. 196 e seguintes da Constituição Federal. Deste modo, conseqüentemente, diminuiria as demandas judiciais e aproximaria o usuário do Estado, sem a interferência do Poder Judiciário, ressaltando o importante papel da implementação de políticas públicas, o qual será demonstrado a seguir.

3.2. O papel das políticas públicas

Para Höfling (2001, p. 31) política pública “é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade”. Dessa forma, o exercício do direito social à saúde está diretamente relacionado com a elaboração de políticas da saúde e à prestação de serviços públicos. As políticas públicas, além de produzirem efeitos, realizarem objetivos e proporcionarem bens e serviços para a população, têm uma função maior, de realizarem um objetivo de ordem pública e concretizarem um direito fundamental. (DELDUQUE; MARQUES et al., 2013, p. 185-186)

O art. 196 da Constituição Federal prevê que a saúde será garantida mediante políticas sociais e econômicas. (BRASIL) Delduque, Marques et al. (2013) elucidam que, na área da saúde, o foco deve ser as políticas setoriais e não apenas as políticas gerais de desenvolvimento, e vão além, ao indicar que torna-se imprescindível a formulação de políticas públicas multissetoriais que contribuam para o atingimento do completo bem-estar físico, mental e social da população. Assim, conforme tais autores, pouco vale um atendimento médico em um hospital impecável se o paciente vive em condições insalubres, possui baixa escolaridade ou não tem acesso a lazer, cultura, esportes.

O Sistema Único de Saúde é a mais importante política pública que fora implementada para o cumprimento do direito fundamental à saúde. Ainda assim, existem lacunas que precisam ser normatizadas e que aguardam a ação legislativa para sua concretização. (DELDUQUE; MARQUES et al., 2013, p. 192) Assim, tais autores trazem que:

No entanto, na trajetória da política de saúde, a implantação do SUS notabiliza-se por ser um processo cheio de contradições, em que, no mesmo momento em que o sistema se institucionaliza e se transforma em realidade, o faz em condições precárias e de forma incompleta, desvirtuando-se da sua concepção original. Duas lógicas operam na implementação da política pública de saúde: uma pública baseada no Sistema Único de Saúde e outra baseada nos planos e nos seguros privados de saúde. A política se constrói em uma forma híbrida” (DELDUQUE; MARQUES et al. 2013, p. 193)

Ou seja, ao mesmo tempo que uma política de saúde tão importante fora implementada, as condições de estrutura, planejamento e normatizações desta eram/estão precárias ou incompletas. A lei 8.080/1990, em seu art. 6º, prevê a assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica. Dessa forma, a partir dessa previsão legislativa, tornou-se necessário e prioritária a organização da Assistência Farmacêutica com ênfase na saúde pública, baseada nos princípios e diretrizes do SUS. (PORTELA; LEAL et al., 2010, p. 3)

A primeira política de medicamentos foi a CEME – Central de Medicamentos, regulamentada em 25 de junho de 1971, e, segundo Silva (2000), fora implementada através do Plano Diretor de Medicamentos tendo como políticas e ações prioritárias:

Assistência farmacêutica à população atendida pela rede governamental de saúde;
Ampliação da oferta de medicamentos a custos reduzidos e aumento da participação dos laboratórios oficiais e nacionais;
Ampliação da produção interna de matérias-primas para garantir a fabricação de medicamentos essenciais, paralelamente expandindo a autonomia tecnológica industrial nacional do setor. (SILVA, 2000, p. 119)

A CEME foi desativada em 1997 depois de ter sofrido com o desvio de sua finalidade inicial, ou seja, principalmente em relação a Assistência Farmacêutica, esta tornou-se uma simples distribuidora de medicamentos, e assim, suas competências e programas foram distribuídos entre os órgãos do Ministério da Saúde, Estados e Municípios. Desta forma, fora criada, através da Portaria nº 3.916/1998, a PNM – Política Nacional de Medicamentos, que surgiu após a identificação e análise dos

principais problemas do setor farmacêutico nacional. (PORTELA, LEAL, et al., 2010, p. 2)

O Ministério da Saúde (BRASIL, 2001) diz que a PNM:

Contempla diretrizes e define prioridades relacionadas à legislação – incluindo a regulamentação – inspeção, controle e garantia da qualidade, seleção, aquisição e distribuição, uso racional de medicamentos, desenvolvimento de recursos humanos e desenvolvimento científico e tecnológico. (BRASIL, 2001)

Deste modo, podemos ressaltar que importantes decisões têm sido tomadas na área dos medicamentos, como a revisão da RENAME/99, a transformação da estrutura da Vigilância Sanitária com a criação da ANVS, a Lei dos Genéricos e a CPI dos medicamentos. (SILVA, 2000)

Com relação às políticas públicas voltadas ao acesso de medicamentos de alto custo, o CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde em seu documento “Para entender a Gestão do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional” formulado em 2004, explica que, em 1991, os medicamentos considerados “excepcionais” ou de “alto custo” passaram a ser de competência das Secretarias Estaduais de Saúde.

Ainda, o documento citado aponta as problemáticas envolvidas em torno do acesso aos medicamentos de alto custo, como as dificuldades gerenciais das equipes responsáveis pelo gerenciamento nas Secretarias Estaduais de Saúde, por não possuírem estrutura operacional, logística e de atendimento ao crescente número de demandas:

O planejamento das aquisições, a disponibilidade orçamentária, a administração dos recursos, a definição dos Centros de Referência para avaliação, tratamento e acompanhamento dos pacientes, os mecanismos de distribuição e dispensação dos medicamentos e a emissão de APAC exigiram uma reestruturação das Coordenações Estaduais de Assistência Farmacêutica em função da nova demanda. Isto não ocorreu no espaço de tempo previsto pelo Ministério da Saúde, recaindo o ônus da situação do não atendimento e disponibilização dos medicamentos sobre as Secretarias Estaduais de Saúde.

(...)

Os valores financeiros crescentes aplicados no programa, com significativa participação de recursos estaduais, que vêm apresentando crescimento substancial, também demandam o estabelecimento de novas estratégias, entre elas a realização de um registro nacional de preços, a ser utilizado como parâmetro no estabelecimento dos valores de ressarcimento.

(...)

Outra questão que tem sido motivo de preocupação constante dos Secretários Estaduais de Saúde é o significativo número de mandados

judiciais que demandam o fornecimento de medicamentos de dispensação em caráter excepcional.” (CONASS, 2004, p. 20)

Assim, observa-se que as demandas judiciais são uma fonte de preocupação aos gestores da saúde, visto que, decisões concedendo medicamentos de alto custo não possuem previsão orçamentária ou não estão incluídos no registro do Ministério da Saúde. Mas, deve-se primeiramente destacar que as ações judiciais são fruto da desorganização administrativa, que, com a ineficácia de suas ações, geram ao cidadão o direito de buscar juridicamente a eficácia do direito fundamental à saúde.

Dessa forma, as políticas públicas na área da saúde devem envolver diversos setores, desde moradia, alimentação, cultura, lazer, até o acesso aos medicamentos e atendimento médico. Ainda, deve-se atentar para políticas que envolvam a organização administrativa, importando-se como será gerenciado os programas que envolvem medicamentos, investindo na estrutura operacional e logística das Secretarias de Saúde e também que haja a criação de normas regulamentadoras, para que se tenha o menor desperdício em recursos e maior efetividade na distribuição dos medicamentos.

3.3. Responsabilidade Solidária

A competência comum entre os entes federativos, em relação ao cuidado da saúde, é prevista no art. 23, II da Constituição Federal. A autora Luciana Ohland (2010), elucida a problemática desta questão:

A Constituição Federal dispôs a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Não obstante, a lei dos SUS, no âmbito administrativo, definiu competências para cada um dos entes, de forma que a distribuição de medicamentos se operasse de modo descentralizado. Apesar de existir repartição de competências administrativas entre as esferas federativas, com os Municípios controlando a farmácia básica, os Estados e o Distrito Federal os medicamentos especiais e a União os tratamentos estratégicos, a jurisprudência dos Tribunais tem, conforme veremos adiante, estabelecido uma responsabilidade solidária entre eles, com base na competência comum constitucional, no intuito de garantir maior eficácia no atendimento da prestação ao paciente. (OHLAND, 2010, p. 6).

Podemos perceber que há divergência quanto ao cumprimento solidário das demandas de saúde. O entendimento jurisprudencial acerca da questão é de que essa obrigação deve ser cumprida solidariamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo o usuário ingressar com uma demanda judicial contra um ou

todos os entes federativos. De outro lado, a lei 8.080/1990 prevê competências para cada ente, como por exemplo, a forma descentralizada de distribuição dos medicamentos.

As decisões judiciais sobre o tema têm respaldo nas previsões constitucionais, ou seja, o art. 23, II, que prevê a competência comum; o art. 196 que dispõe a saúde como direito de todos e dever do Estado; o art. 198 que trata sobre a hierarquização e descentralização do Sistema Único de Saúde e os princípios do direito à vida, do direito à saúde, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. (OHLAND, 2010) Dessa forma, tal autora também elucida que estas previsões constitucionais não podem sofrer restrição apenas por que uma lei infraconstitucional, qual seja, a Lei do SUS, divide as competências dos entes em questão.

Assim, diante de tal problemática, o Presidente do Supremo Tribunal Federal convocou para uma Audiência Pública, no ano de 2009, diversos especialistas para esclarecer questões envolvendo o direito à saúde, para que o debate auxiliasse nas próximas decisões judiciais. Um dos temas discutidos fora a responsabilidade dos entes da federação, que, para o consultor jurídico do Ministério da Saúde, Edelberto Luiz da Silva (2009, p. 3):

Com abstração de todo esse contexto constitucional e legal, em que o Ministério da Saúde vem pautando a sua atuação, chegam-lhe, com frequência cada vez mais crescente, ordens judiciais para oferecer a pacientes condições de recuperação de sua saúde ou controle de sua doença, a pretexto de responsabilidade solidária da União na garantia do direito à saúde.

A responsabilidade solidária não se presume, segundo a lição do Código Civil, mas decorre da lei ou do contrato.

Parece, pois, extremamente discutível que possa ser estabelecida por construção jurídica, quando a Constituição e as leis definiram a quem toca no caso de atendimento à saúde.

A responsabilidade solidária concebe-se no âmbito do SUS sobre o conjunto das ações, mas não em cada tipo de ação nitidamente inserida na competência de cada ente político. Aqui, vale lembrar o princípio da direção única, que repele a existência de mais de um comando nas ações de cada qual." (SILVA, 2009, p. 3)

Já para o Defensor Público da União, André Da Silva Ordacgy: (2009, p. 5-6)

Qual é a ideia conceitual da solidariedade jurídica? É a ideia de que o jurisdicionado, o paciente que precisa de medicamentos pode requerer esse medicamento necessário de um dos entes públicos, Município, Estado ou União Federal, ou de todos eles juntos. O que for melhor para ele. Isso por quê? Porque ele se encontra numa posição de fragilidade. Ele é a parte mais fraca e, ainda por cima, acometido de uma enfermidade. Então, ele necessita deste medicamento. (ORDACGY, 2009, p. 5-6)

Dessa forma, o Poder Judiciário vem consolidando entendimento no sentido do direito à saúde poder ser invocado à qualquer um ou todos os entes públicos, sendo reconhecida, no Recurso Extraordinário 855178, a existência de Repercussão Geral sobre a matéria, pelos Ministros do Superior Tribunal Federal. Ainda, há a proposta de súmula vinculante nº 4, apresentada pelo Defensor Geral da União, para que seja expressa a responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao direito à saúde.

Diante da questão de previsão legal sobre a divisão de competências dos entes públicos, o Defensor Público André da Silva Ordacgy acredita que poderia haver um sistema de compensação financeira, ou seja, quando um ente arca com os custos de um medicamento que não estava em sua competência, teria direito à uma compensação, realizada através do Fundo Nacional de Saúde. (ORDACGY, 2009)

Ou seja, ainda não está solidificada a questão da responsabilidade solidária entre os entes públicos, pendendo ainda de decisão a proposta de súmula vinculante que trata sobre o tema, mas o entendimento dos Tribunais Superiores vêm reafirmando que os usuários do Sistema Único de Saúde possam invocar todos os entes para cumprimento do direito à saúde, tornando-se imprescindível a tomada de decisões, por parte do Poder Público, para melhor organização quanto à compensação de recursos e sistemas operacionais eficientes que controlem a distribuição de medicamentos por cada ente.

3.4. A reserva do possível versus mínimo existencial: análise de casos/julgados

A noção de mínimo existencial consubstancia-se em garantir condições mínimas de existência ao povo, sendo trazido, nessa premissa, pelos autores Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008) que cada direito social possui o seu conteúdo existencial, sendo necessária a interpretação deste mínimo em razão do direito social em questão, salientando que o direito à saúde não se limita ao mínimo existencial, ou seja, a dar somente as condições mínimas para a efetivação deste direito.

Desta forma, a distribuição de medicamentos de alto custo, por exemplo, está abarcada na condição de mínimo existencial, pois tal medicamento é imprescindível para a vida de um indivíduo que está acometido de alguma doença, garantindo à este

o direito a uma vida digna. Por outro lado, tem-se a reserva do possível que, de forma sucinta, pode ser definida como limitadora da efetividade dos direitos sociais, visto que a plena concretização destes direitos depende de prestações financiadas pelos cofres públicos. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008)

Assim, diante de duas vertentes, de um lado o dever do Estado em assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos e do outro a limitação orçamentária para tal efetividade, tem-se que:

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008)

Com a falta de efetividade por parte do Poder Público, leva-se ao Poder Judiciário as questões envolvendo, dentre outras, o fornecimento de medicamentos que possuem elevado valor, mas que são imprescindíveis para a garantia de vida de determinado cidadão, requerendo a análise concreta do caso, por parte do julgador, devendo ser observado diversos critérios para tal concessão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal Federal, na decisão da Suspensão de Liminar 47-AgR na data de 17/03/2010, de acordo com o voto do Ministro Gilmar Mendes, fundamentou através do que fora discutido na Audiência Pública sobre saúde no ano de 2009, que o primeiro dado a ser considerado é a existência ou não de uma política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte e neste último caso, deve-se distinguir se esta prestação não abrangida em uma política pública decorre de “1º) uma omissão legislativa ou administrativa; 2º) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou 3º) de uma vedação legal a sua dispensação.” (BRASIL, 2010, p. 23)

O segundo dado a ser analisado é a existência ou não de motivação para o fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, e neste caso tem-se duas situações: “1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a

determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”, concluindo que através destas considerações iniciais, as demandas judiciais sejam instruídas para que não formem peças processuais padronizadas, sendo cada caso concreto analisado em suas peculiaridades. (BRASIL, 2010, p. 25)

Em seu voto, o Celso de Mello entendeu que:

Não se ignora que a realização dos direito econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de uma inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (BRASIL, 2010, p. 40)

Por outro lado, ao não haver esta comprovação por parte do Poder Público:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (BRASIL, 2010, p. 40-41)

Assim, o Ministro entende que a reserva do possível possa ser invocada quando o Estado comprove a insuficiência dos recursos, caso contrário, estará dolosamente esquivando-se de garantir os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente e explica que, ao adentrar nesta problemática, tem-se de um lado o direito à saúde apresentado como direito subjetivo, e de outro lado um interesse econômico e secundário do Estado, que deve efetivar os direitos à saúde com a alocação correta dos recursos, que estão cada vez mais escassos. Quanto ao papel do Judiciário, este tem “o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.” (BRASIL, 2010, p. 44)

Além destas análises, as decisões baseiam-se em diversos critérios para a concessão ou não do fármaco pleiteado, devendo ser comprovada a hipossuficiência da parte em relação à aquisição do medicamento, a prescrição do medicamento preferencialmente pelo médico do SUS e ainda, se necessária, a realização de perícia judicial.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão ao Agravo de Instrumento 5018774-19.2015.404.0000 da Terceira Turma através do Relator Nicolau Konkel Júnior, em 12/08/2015, utilizou como critério a perícia judicial a fim de atestar a eficácia do tratamento postulado no caso concreto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTO. TRATAMENTO PELO SUS. PERÍCIA MÉDICA. NECESSIDADE.

1. A petição inicial da ação ordinária foi instruída com cópia de relatório médico (LAU10), formulário preenchido pelo médico que acompanha o tratamento da autora, a pedido da Defensoria Pública da União (FORM11), bem como outros elementos que não fornecem informações suficientes acerca da necessidade e da adequação do tratamento cirúrgico postulado, bem como dos riscos da sua realização, ou não, falecendo de fundamentos o receio da ausência do equipamento requerido e a própria verossimilhança do direito alegado.

2. Nesse aspecto, considerando a imprescindibilidade de análise técnica, mostra-se necessária a realização de perícia médica, a fim de atestar a eficácia do tratamento postulado no caso concreto, não prosperando qualquer alegação no sentido da desnecessidade da realização de perícia judicial. (TRF4, AG 5018774-19.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 12/08/2015)

Já a decisão proferida por este mesmo tribunal, em sede de agravo de instrumento pela Terceira Turma através do Relator Nicolau Konkel Júnior, em 12/08/2015, negou o fornecimento de medicamento por ser este fornecido de forma similar pelo Sistema Único de Saúde:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRESCRIÇÃO MÉDICA. MEDICAMENTO SIMILAR CONCEDIDO VIA SUS. PRINCÍPIO ATIVO. FORMA MENOS DISPENDIOSA.

Não há base legal nem científica, para a não-intercambialidade dos medicamentos de referência e genéricos. Dentro da mesma lógica, não há porque se atender a prescrição de medicamentos, se o efeito deste, igual ou mais benéfico à saúde, pode ser alcançado mediante medicamento já fornecido pelo Sistema Único de Saúde ou se a aquisição for possível, por parte do Poder Público, de forma menos dispendiosa, observados os parâmetros clínicos. (TRF4, AG 5016312-89.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 12/08/2015)

Conforme aludido acima, as decisões do Poder Judiciário baseiam-se em critérios relevantes para a concessão ou não de determinado medicamento. Em suma, a reserva do possível poderá ser invocada por parte do Poder Público de forma comprovada e não apenas genérica, importando em interpretação de omissão por parte destes. Por outro lado, há requisitos que devem ser observados, diante do caso concreto, a fim de que seja utilizado o medicamento adequado e efetivo para tal enfermidade mas também com o menor custo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade analisar de que forma o direito à saúde, previsto constitucionalmente como um direito fundamental, é assegurado à população, partindo da premissa de que, com a falta de efetividade de ações pela Administração Pública, este direito é levado à apreciação do Poder Judiciário, analisando, dessa forma, qual o embasamento das decisões dos magistrados.

No primeiro capítulo, tratamos da saúde no Brasil, analisando como este direito fora, historicamente, sendo definido e também de que forma fora inserido como um direito fundamental através da elaboração das Constituições em nosso país. Através da análise dos dispositivos constitucionais, observamos que o direito à saúde é dever do Estado, devendo ser prestado a todas as pessoas, tendo como características a universalidade e a gratuidade, sendo este acesso formalizado através do Sistema Único de Saúde – SUS, tendo como escopo a tutela prestacional material por parte do Poder Público. Sobre o enfoque da efetivação, analisamos as problemáticas que envolvem as prestações positivas, frisando que de um lado temos a argumentação de que falta recursos orçamentários e de outro o cidadão que necessita de algum serviço de saúde para garantir o seu direito primordial: o direito à vida. Nessa seara, o Poder Judiciário é acionado para que resolva a lide, surgindo o que chama-se de fenômeno da judicialização, sendo avaliado os aspectos positivos e negativos de tal fenômeno.

No segundo capítulo, abordamos que o acesso do povo à via judicial está intrinsecamente ligado à forma com que o Estado promove a efetivação do direito à saúde, sendo evidente que a falta de investimentos e políticas públicas na área contribuem para o crescente número de demandas judiciais que pleiteiam algum serviço de saúde, analisado conjuntamente com outros fatores, como a desigualdade social e o nível de escolaridade. Dessa forma, os usuários são os sujeitos ativos desta relação, tendo legitimidade para exigir do Estado o cumprimento de seu dever, qual seja, garantir o direito fundamental à saúde. Logo, o SUS, o “Pacto da Saúde”, a Emenda Constitucional nº 29, são ações dos gestores de saúde a fim de efetivar este direito. De outro lado, o que está positivado em tais normas seriam as hipóteses em que queríamos ter como realidade, sendo esta diversa do que está preconizada em lei, podendo perceber a deficiência do Sistema Único de Saúde e também o não repasse das verbas previstas na Emenda nº 29.

Dessa maneira, as demandas judiciais envolvendo as tutelas de saúde cresceram, sendo o Poder Judiciário acionado através do usuário, que, diante de uma negativa por parte da Administração Pública, leva sua pretensão à análise do juiz, para que este decida se há direito ou não. Ainda, consideramos que as ações judiciais, especialmente aquelas envolvendo o pedido de medicamentos sofreram elevada alta, avaliando como é normatizada a Assistência Farmacêutica e como se dá a distribuição dos medicamentos pela rede pública de saúde.

No terceiro capítulo, evidenciou-se que o dever do Estado perante o cidadão, em garantir a saúde, deve se dar por meio da implementação de políticas públicas, mas ao analisar o caso concreto, temos um direito subjetivo que não pode estar submetido às ações do Estado para sua efetivação, pois o direito à vida e à saúde vai além das questões políticas ou orçamentárias. Destacou-se que as demandas judiciais que envolvem medicamentos excepcionais são as que mais preocupam os gestores de saúde, tendo em vista seu elevado custo, sendo diversas as justificativas para o não fornecimento de tais fármacos por parte do Poder Público. Por essa razão, concluiu-se imprescindível a formulação de políticas públicas efetivas que envolvam uma melhor organização administrativa e também o desenvolvimento de projetos que incluam desde saneamento básico, educação, moradia digna, até o aparelhamento de hospitais (leitos, exames, medicamentos, médicos).

Nesse contexto, ressaltou-se o conflito que há entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sendo analisada, primeiramente, a decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal em sede de suspensão de liminar, a qual o Ministro Gilmar Mendes fundamentou seu voto analisando um por um dos aspectos discutidos na Audiência Pública da Saúde em 2009 e posteriormente destacando o voto do Ministro Celso de Mello ao entender que a reserva do possível poderá ser invocada como argumento plausível neste tipo de demanda desde que comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômica por parte do Estado, caso contrário, este estaria dolosamente eximindo-se da obrigação material, utilizando a reserva do possível como mero argumento.

Na segunda decisão analisada, proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de agravo de instrumento, o magistrado fundamentou a necessidade de perícia médica para decidir se o tratamento médico pleiteado tem realmente eficácia, enquanto na terceira decisão, proferida pela mesmo Tribunal, em sede de agravo de instrumento entendeu pela não concessão do fármaco pleiteado, tendo em

vista que o mesmo princípio ativo do medicamento estava sendo fornecido gratuitamente pelo SUS.

Nesse aspecto, as decisões acima elencadas são de suma importância para o embasamento do presente trabalho, tendo em vista que os magistrados que proferiram-nas fundamentaram suas decisões analisando o caso concreto, tendo como base a eficácia do tratamento/medicamento pleiteado, a necessidade do autor da demanda e a forma menos onerosa.

O Poder Judiciário, através do que lhe foi conferido, deve tornar efetivo o direito social à saúde, assegurando, desta forma, o que está previsto na Constituição Federal do nosso país, sendo inaceitável a inércia do Poder Público diante das pessoas acometidas por doenças que necessitam de cura, pois há a ameaça ao bem jurídico mais precioso: a vida. Torna-se imperioso destacar que a atuação do judiciário é legítima, pois serve para controlar a recusa por parte da Administração Pública em tornar efetivo os direitos do povo.

Conforme já foi dito, as demandas envolvendo o direito à saúde são ponderadas e decididas conforme o caso, tendo como base diversos critérios pertinentes até sua conclusão. No entanto, da análise dos julgamentos citados, entre a reserva do possível e o fornecimento do insumo pleiteado, o direito à vida é o que prevalece.

Por fim, o direito à saúde deve ser exercido pelo Poder Público, sendo este responsável pela implementação de políticas públicas que cumpra a prestação material imposta, e, sempre que necessário, seja encaminhado à apreciação judiciária o descumprimento injustificado das normas previstas constitucionalmente, para que haja o controle dos atos do Estado perante o cidadão.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 8080/90: Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 20.09.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm> Acesso em: 07/07/2015.

_____. Superior Tribunal Federal. Ag.Rg. na Suspensão de Liminar 47, Rel. Ministro Presidente GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/03/2010, DJe 29/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>> Acesso em: 19/08/2015

_____. Superior Tribunal Federal. Audiência Pública. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em: 01/08/2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ag. nº 5016312-89.2015.404.0000, Rel. Juiz Federal NICOLAU KONKEL JUNIOR, 3ª TURMA, julgado em 07/08/2015, D.E. 12/08/2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ag. nº 5018774-19.2015.4.04.0000/SC, Rel. Juiz Federal NICOLAU KONKEL JUNIOR, 3ª TURMA, julgado em 07/08/2015, D.E. 12/08/2015.

ACURCIO, Francisco de Assis et al. **Perfil demográfico e epidemiológico dos usuários de medicamentos de alto custo no Sistema Único de Saúde**. Revista Brasileira de Estudos de População. São Paulo: v. 26, n. 2, p. 263-282, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v26n2/07.pdf>> Acesso em: 04/08/2015.

ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; NETO, Nicolao Dino (organizadores). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: ESMPU, FIOCRUZ, 2013.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ARAUJO, Liliam Mendes de et al. **Judicialização da Saúde: uma revisão da literatura**. Revista Enferm UFPI. Piauí: v. 2, n. 1, p. 49-54, 2013. Disponível em: <<http://revistas.ufpi.br/index.php/reufpi/article/view/766/pdf>> Acesso em: 25/07/2015.

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde**. Revista Physis. Rio de Janeiro: v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 25/07/2015.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (organizadores). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista direito GV. São Paulo: v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100003&script=sci_arttext> Acesso em: 21/07/2015.

BARROS, Giselle Nori. O dever do Estado no fornecimento de medicamentos. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012416.pdf>> Acesso em: 03/08/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 05/08/2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 24/07/2015.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial**. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144/14950>> Acesso em: 27/07/2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Saúde. **12ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: 2013. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_12.pdf> Acesso em: 10/08/2015

BRASIL, Ministério da Saúde e Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107**. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 10/08/2015

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Para entender a Gestão do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional**. Brasília: 2004. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta3.pdf>> Acesso em: 10/08/2015

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários da Saúde. **Assistência farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 07/07/2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos. 2001. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf> Acesso em: 15/08/2015

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Promoção da Saúde**. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://pesquisa.bvsalud.org/bvsmms/resource/pt/oai-bvs-ms-ms-24382>> Acesso em: 10/08/2015

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

CARLI, Rita Felber de. **Direito à saúde como direito humano fundamental: em busca de efetividade**. Ijuí: 2006.

CHIAVASSA, Rosana et al. **Direito à saúde: dever do Estado – considerações sobre a judicialização do acesso à saúde nas hipóteses de doenças raras**. Revista J BrasEcon Saúde. Supl. 1, p. 30-40, 2014. Disponível em: <<http://www.jbes.com.br/images/edicao-especial2014/jbes-especial05.pdf>> Acesso em: 01/08/2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, RAMIRO ROCKENBACH. **Medicamentos excepcionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

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**. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 05/08/2015.

GOTTI, Alessandra. **Direito sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Cadernos CEDES. Campinas, v. 21, n. 55, p. 30-41, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>> Acesso em: 30/08/2015

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: caracterização e efetividade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15657-15658-1-PB.pdf>> Acesso em: 07/08/2015.

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, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

NETO, André Perin Schmidt. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>> Acesso em: 29/07/2015.

OHLAND, Luciana. **A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. Revista Direito & Justiça. Rio Grande do Sul: v. 36, n. 1, p. 29-44, 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8857/6313>> Acesso em: 11/08/2015.

OLIVEIRA, Neilton Araujo de. DIREITO SANITÁRIO: Oportuna discussão via coletânea de textos do 'blog Direito Sanitário: Saúde e Cidadania'. 1 ed. Brasília: ANVISA, CONASEMS, CONASS, 2012.

OLIVEIRA, Renan Guimarães de. **Judicialização do direito à saúde pública do município de Leopoldina-MG:** um estudo de caso. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/pgsaudecoletiva/files/2014/02/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Renan-Guimar%C3%A3es-de-Oliveira.pdf>> Acesso em: 02/07/2015.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: v. 15, n. 5, p. 2405-2414, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015> Acesso em: 25/07/2015.

PORTELA, A. S. et al. **Políticas públicas de medicamentos:** trajetória e desafios. Revista de Ciências Farmacêuticas Básica e Aplicada. Paraíba: v. 31, n. 1, p. 09-14, 2010. Disponível em: <http://servbib.fcfar.unesp.br/seer/index.php/Cien_Farm/article/viewFile/930/930> Acesso em: 05/08/2015.

REIS, Adriana Rosa dos; PAMPLONA, Gustavo. **A judicialização da saúde:** limites e possibilidades do poder judiciário. Disponível em: <<https://jurisprudenciaemrevista.wordpress.com/2013/09/16/a-judicializacao-da-saude-limites-e-possibilidades-do-poder-judiciario>> Acesso em: 23/07/2015.

Revista Consultor Jurídico. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-11/1139-mil-processos-tj-rs-lidera-demandas-area-saude>> Acesso em: 11/08/2015

SANTOS, Nelson Rodrigues; AMARANTE, Paulo (organizadores). **Gestão pública e relação público-privado na Saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 24, 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 20/08/2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf> Acesso em: 24/07/2015.

SCHWARTZMAN, Simon. **Os desafios das políticas sociais para a América Latina.** 2007. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/polsoc.pdf>> Acesso em: 21/07/2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, Regina Célia dos Santos. **Medicamentos Excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil.** Disponível em: <<http://arca.icict.fiocruz.br/handle/icict/5127>> Acesso em: 04/08/2015.

SOUZA, Mônica Vinhas de et al. **Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas.** Revista Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: v. 15, supl. 3, p. 3443-3454, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232010000900019> Acesso em: 04/08/2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (organizadores). **Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social.** Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

STOLZ, Sheila; KYRILLOS, Gabriela (organizadores). **Direitos humanos e fundamentais: o necessário diálogo interdisciplinar.** Pelotas: Editora Universitária/UFPEL, 2009.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica.** 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13109/14912>> Acesso em: 21/07/2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103-105.

XIMENES, Júlia Maurmann (organizadora). **Judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia.** Brasília: IDP, 2014.