



TATIANE FERREIRA DA MATA

**EFEITOS CONTROVERSOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS
POLÍTICAS DE SAÚDE**

LAVRAS-MG

2021

TATIANE FERREIRA DA MATA

**EFEITOS CONTROVERSOS DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS
DE SAÚDE**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dra. Stefania Becattini Vaccaro
Orientadora

LAVRAS-MG

2021

RESUMO

Pretendeu-se, neste trabalho, apontar as principais consequências negativas da judicialização das políticas públicas para a prestação do direito à saúde no modelo instituído pela Constituição Federal de 1988. Para tal, a pesquisa valeu-se do método dedutivo-analítico, partindo-se da premissa de que a saúde é um direito fundamental para fazer a análise, por meio de artigos científicos, da atuação judicial sobre o tema. Assim, a análise intentada diz respeito à verificação da adequação constitucional do Poder Judiciário na judicialização das políticas públicas em saúde, a partir dos contornos constitucionais vigente sobre o tema, das balizas traçadas na Audiência Pública nº 4 e do registro que a literatura tem apontado na atuação dos magistrados e Tribunais no campo das políticas públicas em saúde. Buscando o êxito deste propósito, traçou-se, primeiramente, um panorama do histórico de saúde constituído ao longo do desenvolvimento socioeconômico brasileiro para, posteriormente, discutir sobre o amplo conceito de saúde instituído a partir do texto constitucional de 1988, visando destacar a imensa conquista do povo brasileiro no campo dos direitos sociais, mediante a previsão de saúde enquanto um direito de todos em face do Estado. E, a partir da compreensão do novo paradigma de saúde inaugurado pela Magna Carta, passou-se a discussão sobre a judicialização das políticas públicas em saúde, abordando sobre o conceito, os limites e os efeitos controversos desse fenômeno para o modelo de saúde eleito pela Lei Fundamental. Procedeu-se, por fim, à elaboração de conclusões sobre o estudo da judicialização das políticas de saúde, dentro das quais apontou-se a ameaça à proposta de saúde pública estabelecida, ante a baixa adesão pelos atores do sistema de justiça aos parâmetros estabelecidos na teoria do controle judicial das políticas públicas e da Audiência Pública nº 4. Espera-se que a pesquisa possa prover subsídios para uma reflexão sobre os malefícios da judicialização para a efetivação da saúde enquanto um direito de todos, considerando-se a importância da existência de um sistema de saúde público e de caráter universal para a sociedade brasileira.

Palavras chaves: Judicialização; Políticas; Públicas; Direito; Saúde

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	5
1. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO	9
1.1 Período Imperial (1822 – 1889)	9
1.2. Período Republicano (1889 até os dias atuais)	10
1.2.1. República Velha (1889 – 1930):	10
1.2.2. Era Vargas (1930 – 1945):	12
1.2.3. República Populista (1945-1964):.....	14
1.2.4. Ditadura Militar (1964 - 1985):.....	15
1.2.5. Nova República:.....	19
2. O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:	23
2.1. As bases da concepção da saúde no texto constitucional:	23
2.2. As normas constitucionais de direito à saúde:	24
2.3. Os princípios e diretrizes constitucionais estruturantes do Sistema Único de Saúde (SUS):	28
2.4. As principais referências legislativas infraconstitucionais que tratam sobre o SUS:	31
2. 5. A importância do SUS para a sociedade brasileira e as ameaças ocasionadas pelo fenômeno da judicialização:	32
3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE:	33
3.1. O conceito de políticas públicas para o âmbito do Direito:	33
3.2. O papel do Poder Judiciário no controle judicial das políticas públicas:	34
3.3. Os marcos limítrofes estabelecidos pela Audiência Pública nº 4	37
3.4. Os problemas ocasionados pela judicialização para a concretização do direito à saúde nos moldes constitucionalmente definidos:	40
3.4.1. O conceito de judicialização da saúde e de judicialização das políticas públicas em saúde:	40
3.4.2. O caráter individual do direito à saúde a partir das ações judiciais que versem sobre o tema:	41
3.4.3. A judicialização da saúde e a violação aos princípio da isonomia e da universalidade:	44
3.4.4. Os custos advindos da judicialização: entre a reserva do possível e o mínimo existencial.	45
3.4.5. A judicialização para além das políticas públicas em saúde:	47
3.4.6. Os óbices da judicialização para uma proposta de saúde integral e democrática:	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	53

INTRODUÇÃO

No Brasil, a saúde pública é matéria que perpassa diversos desafios institucionais, sociais, políticos e econômicos. Apesar de ser um direito reconhecido constitucionalmente, não há consenso no debate nacional sobre os limites que permeiam a compreensão dessa temática.

Durante grande parte do desenvolvimento histórico nacional, a saúde não se instituiu como um sólido projeto político institucional de proteção social, de forma que as ações públicas em saúde estavam restritas a medidas de prevenção para controle de certas doenças que atrapalhavam o regular desenvolvimento social. No entanto, quando tais medidas não se mostravam suficientes para impedir o adoecimento, a população era deixada a própria sorte, pois não havia uma rede pública de saúde que proporcionasse assistência terapêutica aos enfermos.

Assim, percebe-se que, durante mais de quatro séculos, o tratamento dos doentes esteve restrito a poucas pessoas, de forma que a assistência curativa era prestada por entidades filantrópicas ou por instituições hospitalares privadas, sendo estas últimas limitadas àqueles que podiam pagar pelos seus serviços.

É somente a partir da Constituição Federal de 1988 que a saúde é erigida à condição de direito fundamental, com caráter social e sob a responsabilidade do Estado. Assim, mediante a ordem institucional fundada a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser direito de todos e dever do Estado, que deverá prestá-lo sob as dimensões curativa e preventiva e em direção à sua promoção.

Sob a influência de um novo paradigma de saúde coletiva e ante a pressão dos movimentos populares, o Texto Constitucional de 1988 inaugura um sentido de saúde que está para além das condições biológicas que acometem o corpo humano, perpassando, sobretudo, as circunstâncias socioeconômicas em que os indivíduos estão inseridos. Observa-se, assim, uma compreensão de saúde que permeia todas as dimensões da vida humana capazes de influenciar os níveis de bem-estar físico e mental, como nutrição, habitação, renda, trabalho e escolaridade.

Assim, para que a proposta de saúde integral prevista na Constituição Federal pudesse se concretizar no amplo modelo proposto, tornou-se indispensável que o Estado, além de ações preventivas e terapêuticas, atuasse sob uma nova dimensão, concernente à adoção de medidas que visem à garantia da dignidade humana a todos os indivíduos nas diversas esferas da vida social capazes de influenciar o nível de saúde individual e coletivo. Nesse sentido, verifica-se

o extenso papel do Estado para a promoção do direito à saúde nos moldes instituídos pelo Texto Constitucional de 1988.

A ampla proposta de direito à saúde estabelecida na Constituição Federal e a concessão desse direito a todos os indivíduos, sem a necessidade de quaisquer contraprestações, influenciaram o surgimento de um importante fenômeno intitulado “judicialização da saúde”, o qual aduz sobre um crescente número de ações judiciais que versem sobre prestações em saúde em face do Poder Público. Desse modo, a partir da judicialização, verifica-se que os indivíduos têm se socorrido ao Poder Judiciário para ver suas demandas em saúde atendidas.

Ocorre que o direito à saúde, assim como todos os direitos que requerem prestações positivas do Estado, possuem limites para a sua efetivação, uma vez que as demandas são infinitas e os recursos financeiros limitados. Para tanto, a assistência em saúde deve compreender as prioridades em saúde veiculadas em instrumentos conhecidos como políticas públicas que, em última instância, dizem respeito às escolhas sociais para a promoção do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu a confecção e execução das políticas públicas aos Poderes Legislativo e Executivo. Essa escolha não foi ingênua ou casual, mas sim, coerente com objetivo de ser uma carta político-jurídica de organização social de viés amplamente democrático.

Os Poderes Executivo e Legislativo se estabelecem pelo sistema de representação política, o que significa dizer que aqueles que ocupam esse poder são escolhidos pela sociedade, a partir de eleições periódicas definidas por prazos estabelecidos na Constituição. Esse modelo expressa, de forma geral, que as escolhas concernentes ao planejamento e execução de políticas públicas são, em última instância, o que a sociedade brasileira almeja para a promoção do direito à saúde.

Assim, tendo em vista que as políticas públicas não dizem respeito ao campo de atribuições precípua do Poder Judiciário, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm se debruçando, nos últimos anos, sob o campo da judicialização, a fim de estabelecer parâmetros para uma atuação deste Poder condizente ao modelo de saúde instituído pela Lei Fundamental.

Nesse sentido, ante o elevado número de pesquisas acadêmicas e decisões judiciais que vem sendo desenvolvidos sobre o tema, nas últimas duas décadas, destaca-se, para as linhas deste trabalho, a teoria do controle judicial das políticas públicas e os marcos decisórios encampados pelo Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública nº 4.

No que concerne à Audiência Pública nº 4, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes à época, determinou a instauração de um amplo debate público sobre o direito à saúde, no ano de 2009, que contou com a participação de diversos atores sociais direta e indiretamente envolvidos na prestação do serviço público de saúde no Brasil. Essa audiência visou esclarecer questões de ordem técnica, científica, administrativa, política, econômica e jurídica relativas às ações em saúde pública, ante o elevado número de ações judiciais requerendo a suspensão de medidas cautelares que determinavam o fornecimento de diversas prestações em saúde pelo Poder Público.

Certo é que, tanto para a teoria do controle judicial como para as decisões encampadas em sede da Audiência Pública nº 4, a interferência do Poder Judiciário no âmbito da saúde se limita às prestações em saúde definidas em políticas públicas, nas situações em que houver omissão dos demais Poderes para a confecção e concretização das escolhas sociais veiculadas por esses instrumentos, delimitando o amplo espectro da judicialização da saúde para a esfera específica das políticas públicas em saúde. A atuação do Judiciário afora esses limites deve ser restrita e amplamente fundamentada, sob pena de corroer as próprias bases do sistema democrático.

No entanto, observando-se o crescente número de ações judiciais sobre o tema e o comprometimento de cada vez mais recursos em saúde para o cumprimento de determinações judiciais, tem-se por hipótese que a atuação do Poder Judiciário, no âmbito da saúde, não tem observado os estritos limites definidos pela teoria do controle judicial das políticas públicas e pela Audiência Pública nº 4. Por esse motivo, a presente pesquisa se debruça a responder à seguinte indagação: quais os efeitos controversos de uma judicialização das políticas públicas em saúde que não observe os estritos parâmetros estabelecidos pela teoria do controle judicial das políticas públicas e pela Audiência Pública nº 4?

Desse modo, esta monografia possui como objetivo discutir sobre as consequências de uma judicialização que não observa os estritos parâmetros traçados para a sua ocorrência, as quais se apresentam como óbice à efetivação do direito à saúde no modelo previsto pelo Texto Constitucional.

O presente trabalho tem natureza eminentemente teórica. Para realizá-lo foram feitas a análise de livros, artigos científicos, reportagens, leis e outros materiais teóricos que aduzem sobre o tema em pesquisa. A metodologia empregada foi o método analítico-dedutivo, tendo como embasamento teórico a pesquisa bibliográfica.

A importância da presente pesquisa reside no fato de que a judicialização vem impactando negativamente a prestação do direito à saúde no Brasil. Tendo em vista que, no País, a maior parte da população depende do acesso à rede pública de assistência médico-hospitalar, dos programas sociais que visem a redistribuição de recursos para a garantia de uma vida digna e dos projetos governamentais de prevenção às enfermidades para a concretização da saúde enquanto direito fundamental, toda e qualquer interveniência que apresente obstáculos à sua efetivação revela-se de marcante interesse social.

Assim, diante do exposto nas breves linhas introdutórias deste trabalho, importa ressaltar que uma judicialização da saúde sem critérios e sem limites aduz sobre um imenso retrocesso na área dos direitos sociais, uma vez que coloca em risco a própria noção de saúde como direito. Certo é que, no Brasil, a saúde enquanto prerrogativa dos indivíduos em face do Estado aduz para um longo caminho trilhado pela sociedade brasileira até que se chegasse a tal compreensão.

Dessa forma, importa, a partir desse momento, analisar o processo histórico em que se desenvolveu a saúde no Brasil, a fim de se ressaltar as adversidades encontradas pelo povo brasileiro até o reconhecimento da saúde ao patamar do conjunto de direitos a ser prestados pelo Estado.

1. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE AO LONGO DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO¹

No Brasil, a saúde pública é uma experiência que se iniciou tardiamente no processo histórico nacional. As primeiras ações em saúde empreendidas pelo Estado brasileiro ocorreram após a vinda da família real ao Brasil, em 1808.

Ao tempo da mudança da família real para o Brasil, o conhecimento a respeito da prevenção, cura e tratamento das moléstias era parco e pouco eficiente, observando-se distintas compreensões sobre as formas de intervenção. Nesta quadra histórica, a sociedade brasileira era formada basicamente por portugueses, outros imigrantes europeus, índios e negros, que detinham diferentes concepções sobre práticas em saúde, advindas de suas culturas originárias. Assim, até o estabelecimento da coroa portuguesa no Brasil, o assistir à saúde era uma prática realizada de acordo com os costumes e conhecimentos de cada um desses grupos étnicos.

1.1 Período Imperial (1822 – 1889):

Com a vinda da família real à nação, houve um despertar de atenção sobre as condições de vida nas cidades, oportunizando o início de um projeto de institucionalização da esfera de saúde no país e a regulação da prática médica profissional. Foi assim que no mesmo ano de mudança da coroa portuguesa ao território brasileiro houve a inauguração da primeira faculdade de medicina do país, com o intuito de padronizar a prática médica nos moldes europeus.

A regulamentação do exercício profissional da medicina resultou em um maior controle das práticas populares religiosas. Outro efeito desta política de saúde foi a construção de hospitais direcionados ao tratamento de doenças consideradas nocivas à população e de necessário controle do Estado. Desse modo, observa-se que as primeiras ações em saúde pública aplicadas no Brasil foram a proteção e o saneamento das cidades, sobretudo as portuárias, tendo em vista a importância dessas localidades para a comercialização e circulação de produtos

¹ Para a escrita do presente capítulo, utilizou-se exclusivamente como referência bibliográfica a seguinte obra: BAPTISTA, T. W. F. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: Matta, Gustavo Correa (org). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007. Por clareza textual, optou-se por apenas levar ao texto as referências quando da citação direta, embora o estudo em referência tenha servido ao desenvolvimento de todo o capítulo.

exportados; o controle e a observação das doenças e dos doentes, a construção de um saber científico a respeito das doenças e, conseqüentemente, a adoção de práticas em saúde mais eficazes para o tratamento das moléstias (BAPTISTA, 2007). Ainda, de acordo com a autora:

a preocupação maior era a saúde da cidade e do produto; a assistência ao trabalhador era uma consequência dessa política. Nesse sentido, algumas campanhas voltadas para os trabalhadores começavam a ser implementadas, mas ainda eram pouco resolutivas, como a quarentena - afastamento por quarenta dias do doente do ambiente que habita e circula -, principal estratégia utilizada para evitar a propagação de doenças entre os trabalhadores, **sem uma preocupação mais efetiva com o tratamento do doente.** (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 32) (grifos nossos).

Diante dessas breves linhas expostas sobre o período inaugural do pensar em saúde pública no Brasil, observa-se a escolha por um projeto político institucional inteiramente subserviente ao interesse político e econômico do Estado em garantir a manutenção da colônia e a produção de riquezas.

1.2. Período Republicano (1889 até os dias atuais):

1.2.1. República Velha (1889 – 1930):

A Proclamação da República, em 1889, iniciou uma nova fase na política de Estado para a promoção da saúde pública, no contexto de fortalecimento e de consolidação da economia cafeeira. Nesta conjuntura, as políticas de saúde ganharam mais espaço, assumindo um papel mais relevante na constituição da autoridade estatal sobre o território e na formação de uma percepção de nacionalidade, constituindo-se enquanto um marco civilizatório.

A lavoura de café e toda a cadeia produtiva relativa ao armazenamento e exportação do produto eram cada vez mais vinculadas à necessidade de mão-de-obra. De outro lado, havia os surtos epidêmicos que se irradiavam entre os trabalhadores, ante as péssimas condições de saneamento básico, prejudicando o crescimento econômico.

Verificou-se, nesta época, o interesse pelo estabelecimento da burocracia estatal na área da saúde, instituindo-se importantes órgãos públicos direcionados ao desenvolvimento e implementação das práticas em saúde, como o Instituto Oswaldo Cruz (1900), que até os dias de hoje é reconhecido por ser um dos mais proeminentes centros de desenvolvimento e pesquisa científica do país.

Em 1904, o sanitarista Oswaldo Cruz propôs um conjunto de reformas das condições de higiene nas cidades, instituindo a desinfecção, inclusive domiciliar; a demolição de edificações avaliadas como nocivas à saúde pública; a notificação permanente das ocorrências de doenças; a atuação da polícia sanitária e a vacinação obrigatória. A rigidez do conjunto de medidas adotadas de forma autoritária pelo Estado gerou uma grande insatisfação da sociedade, ensejando, em 1904, a eclosão do movimento popular denominado Revolta da Vacina.

A atuação da polícia sanitária dizia respeito à tarefa de identificar os doentes e submetê-los à quarentena e ao tratamento compulsório. Ademais, somada à atuação autoritária da polícia sanitária, o imaginário social estava povoado pela ignorância sobre os mecanismos de atuação da vacina no organismo humano, associado ao medo de se tornar objeto de experiência científica e à desconfiança que a imunização estaria a serviço de interesses dos próprios governantes.

Nas décadas de 1910 e 1920, iniciou-se a segunda fase do movimento sanitarista elaborado por Oswaldo Cruz. O projeto tinha como ênfase o saneamento rural. A partir das expedições no interior do país, os agentes de saúde estruturam um conhecimento mais amplo sobre a verdadeira situação da saúde no território nacional e do quanto se mostrava necessário implementar uma política de Estado nesta área. Estas incursões revelaram um país enfermo e a repercussão dos relatórios médicos sobre as condições de saúde nos sertões propiciou que as doenças generalizadas fossem apontadas como razão para o atraso no desenvolvimento socioeconômico nacional.

Uma das consequências ocasionadas pela segunda fase do projeto de saúde pública desenvolvido por Oswaldo Cruz foi a expansão da autoridade do Estado sobre o território. No entanto, as ações em saúde ainda estavam muito direcionadas às ações preventivas e coletivas, abandonando à própria sorte a parcela social enferma que não possuía condições de custear a própria assistência em saúde. Observa-se, portanto, que o direito à saúde integral não representava uma aspiração pelos governantes neste período, de modo que não havia um interesse na constituição de uma política ampla de proteção social.

Na década de 1920, o Brasil começou a ter problemas no comércio exterior, ante os padrões de qualidade exigidos aos produtos destinados à exportação. A nação brasileira passou a receber represálias de outros países pela qualidade dos produtos destinados ao exterior, uma vez que os portos e navios possuíam condições insalubres de higiene, permitindo que as mercadorias carregassem consigo agentes nocivos à saúde humana.

Às pressões do mercado externo, somavam-se as revoltas populares, os movimentos anarquistas e comunistas que lutavam por ações mais afetivas do Estado na atenção à saúde e, a partir desses movimentos, surgiu uma lei que regulamentava a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões (Caps), formuladas com o intuito de fornecer assistência à saúde para algumas categorias trabalhistas mais atuantes política e financeiramente, como os ferroviários e marítimos, ligados à produção exportadora.

As Caps eram organizadas por empresas e financiadas pelos empregadores e trabalhadores. Essas caixas não foram adotadas integralmente por todas as organizações empresariais, sendo este benefício mais comum às companhias de maior porte. Importa ressaltar que o Estado em nada contribuía para a formação dessas caixas e não tinha a menor responsabilidade pela administração delas, circunscrevendo sua atuação à regulamentação legal.

Com as Caixas de Aposentadoria e Pensão (Caps), uma pequena parcela dos trabalhadores do país passava a contar com assistência médica, aposentadoria e pensão aos herdeiros, em caso de falecimento do segurado. Assim, pode-se dizer que os direitos à saúde e à seguridade social, neste período, estava restrito à condição de contribuinte dessa organização privada.

É de se notar que, apesar do Estado não ter instituído como política pública um sistema de proteção abrangente e ter-se restringido apenas a regulamentar as Caps por meio de lei, esse modelo serviu de inspiração para a constituição de um programa de proteção social abrangente pelo Estado brasileiro, que se estabeleceu a partir de 1930, no governo Getúlio Vargas.

1.2.2. Era Vargas (1930 – 1945):

A partir da década de 1930, o Estado assume ativamente o papel de regulador da economia e define um projeto econômico nacional baseado no fomento à industrialização. O ente estatal passa a direcionar recursos para os setores de energia, siderurgia e transportes, de forma a implementar uma infraestrutura produtiva, o que, conseqüentemente, levou à situação de êxodo rural, tendo em vista a necessidade de absorção de mão-de-obra do campo para as indústrias.

Ainda na década de 30 do século XX, instituíram-se na burocracia estatal o Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp) e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC), importantes organismos que marcaram a trajetória de política em saúde no Brasil. O MTIC, de

um lado, era o responsável pelo desenvolvimento jurídico e material do arcabouço normativo e institucional que definia a assistência médica individual previdenciária, ao passo que o Mesp possuía como atribuição a definição de ações de saúde pública de caráter preventivo.

A política de proteção ao trabalhador iniciada pelo governo Vargas revela uma trajetória de expansão e consolidação dos direitos sociais. Neste período, foram instituídas como políticas públicas a obrigatoriedade da carteira profissional para os trabalhadores urbanos, a definição da jornada de trabalho de oito horas diárias, o direito a férias e a instituição de uma lei que regulamentasse sobre o salário-mínimo. Assim, nesta época, ampliou-se o papel das Caps, a partir da criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (Iaps).

Os Iaps ampliam a proteção da assistência à saúde e seguridade social a uma mesma categoria de trabalhadores, não mais de empresas isoladas, e passam a contar com a presença do Estado na sua administração, controle e financiamento. Desse modo,

com os Iaps, inicia-se a montagem de um sistema público de previdência social mantendo ainda o formato do vínculo contributivo formal do trabalhador para a garantia do benefício. O trabalhador que não contribuísse com os institutos estava excluído do sistema de proteção. Portanto, estavam excluídos: o trabalhador rural, os profissionais liberais e todo trabalhador que exercesse uma função não reconhecida pelo Estado. **A proteção previdenciária era um privilégio de alguns incluídos, o que fazia com que grande parcela da população, principalmente os mais carentes, fosse vítima de uma injustiça social** (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 36) (grifos nossos)

Os Iaps, dentre as categorias profissionais que abarcava, ofereciam a seus contribuintes um rol de benefícios de acordo com a capacidade de financiamento do sistema pelo setor profissional que abrangia. Assim, as categorias com maior poder econômico e político, como os industriais e bancários, tinham maior disponibilidade de verbas, podendo ofertar a seus contribuintes um leque maior de serviços quanto à assistência em saúde e previdenciária. Essa situação demonstra a existência da desigualdade social até mesmo entre os trabalhadores protegidos pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão (Iaps).

Aqueles que não estavam abrangidos pela proteção social dos Iaps contavam apenas com alguns serviços ofertados pelo Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp) em áreas estratégicas, como saúde mental, além do cuidado, controle e prevenção de doenças transmissíveis. Essa atuação estatal, enquanto se mostrava insuficiente para atender a todas as necessidades da população brasileira, era complementada por ações filantrópicas dirigidas por

hospitais particulares e profissionais liberais destinados à assistência das parcelas sociais desassistidas.

1.2.3. República Populista:

A partir de 1950, a sociedade brasileira passou por intensas transformações no sistema de proteção à saúde. O país, a contar desta década, consolidou o processo de industrialização iniciado em 1930, transformando os centros urbanos em grandes polos da dinâmica econômica brasileira, em contraste a anterior política econômica baseada na agricultura exportadora, que concebia o campo como o espaço gerador da riqueza nacional. Essa nova configuração econômica dos espaços engendrou mudanças na disposição geográfica da sociedade ao longo do território brasileiro, uma vez que a produção industrial demandava uma oferta de maior mão-de-obra do que aquela que o número de habitantes das cidades poderia oferecer, ocasionando a mudança de trabalhadores da zona rural para o espaço urbano.

A existência de uma nova massa operária que demandava ser assistida pelo sistema de saúde levou a uma expansão progressiva e rápida dos serviços sanitários, surgindo grandes hospitais, com elevado uso de tecnologia e alto grau de especialização dos recursos humanos. Assim, os hospitais tornam-se a principal estrutura para a promoção da assistência à saúde. De acordo com Baptista (2007, p. 38-39),

o modelo de saúde que passa a se definir baseado no hospital e na assistência cada vez mais especializada também seguia uma tendência mundial, fruto do conhecimento obtido pela ciência médica no pós-guerra. O conhecimento mais detalhado da fisiologia e da fisiopatologia permitiu o desenvolvimento de drogas modernas e possibilitou uma revolução na prática médica, bem como o início de um processo de mudança nos níveis de saúde das populações, que passam progressivamente a viver mais (aumenta a expectativa de vida) e a sofrer de doenças mais complexas (crônicas) ou típicas da modernidade, como os acidentes de carro, violências, entre outras.

Cabe esclarecer que a concepção de Estado de Bem-estar Social diz respeito a uma política de convergência entre as áreas econômica e social, de modo que o desenvolvimento econômico trouxesse, em conjunto, melhores condições de vida à sociedade. Os pilares dessa política eram o pleno emprego, a provisão pública de serviços sociais universais – neste bloco incluídos as esferas da saúde, educação, saneamento, habitação, lazer e transporte – e a assistência social àqueles que não participavam do sistema de produção da riqueza nacional.

Essa concepção desenvolveu-se, após a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, nos países europeus atingidos pelos conflitos como um compromisso para o soerguimento das economias afetadas, com o respeito à democracia e com a promoção de justiça social.

No Brasil, não se configurou na década de 1950 a política de bem-estar social, no entanto, ganhou espaço a ideologia “desenvolvimentista” que apontou a relação entre doença-pobreza-subdesenvolvimento, aduzindo pela necessidade de políticas que aumentassem a qualidade do serviço à saúde como condição de se obter o desenvolvimento socioeconômico almejado.

Os anos que se seguiram à consolidação do desenvolvimento industrial mantiveram a lógica de organização do modelo político instituído na década de 1930, separando-se em diferentes órgãos as ações e os serviços de saúde pública do sistema previdenciário. Desse modo, havia uma política de saúde pública, com ênfase na prevenção de doenças transmissíveis, e uma política de saúde previdenciária, restrita aos contribuintes da previdência e seus familiares, com destaque na assistência curativa. Assim, observa-se que o direito à saúde integral não era à época considerado como um direito de todo e qualquer brasileiro.

Neste contexto, observa-se também que o desenvolvimento das políticas de saúde configurara-se em um importante instrumento utilizado pelo Estado para fomentar a própria atividade econômica, tendo em vista a quantidade de recursos - postos de trabalho, indústrias (de medicamentos e equipamentos), ensino profissional, hospitais, ambulatórios - que o setor da saúde é capaz de mobilizar. Ademais, o desenvolvimento industrial trouxe ao país riqueza suficiente para mobilizar recursos à área da saúde. Assim, a existência de recursos e a percepção do próprio ente estatal sobre as vantagens econômicas advindas da estruturação de um sistema de saúde público lançou as bases para a expansão e consolidação de um complexo produtivo nesta esfera.

1.2.4. Ditadura Militar (1964 - 1985):

Com a mudança do regime político, em 1964, ante a instauração da Ditadura Militar, mudanças ocorreram no sistema de saúde brasileiro, dentre elas a ênfase nas ações de tratamento dos enfermos, o crescimento progressivo do setor privado de saúde e a abrangência das parcelas sociais até então desassistidas no sistema previdenciário.

As primeiras mudanças efetivas ocorrida na organização previdenciária brasileira foram a unificação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (Iaps), em 1966, e a constituição do

Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). A instituição deste órgão estatal permitiu a uniformização dos Iaps, principalmente em termos dos benefícios prestados. Essa padronização causou certa indisposição nos contribuintes que possuíam à disposição a oferta dos melhores serviços de saúde e previdenciário, tendo em vista que com a unificação, a assistência dos institutos mais ricos poderia também ser usufruída pelos contribuintes dos outros institutos, que custeavam o seu financiamento com quantias menores e estavam inseridos em caixas que ofertavam serviços assistenciais de menor qualidade.

Para Baptista essa nova configuração da estrutura previdenciária brasileira trouxe como consequência a

(...) centralização do poder dos Iaps no Estado e ao afastamento dos trabalhadores das decisões a serem tomadas. Com isso, fortaleceu-se a tecnocracia e reforçaram-se as relações clientelistas do Estado, como a troca de favores, a barganha de interesses e o jogo de benefícios para os aliados do poder (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 38-39) (grifos nossos).

Ademais, a unificação ocasionou a inserção de novas categorias profissionais no sistema, tais como trabalhadores rurais, empregados domésticos e autônomos, o que levou ao aumento pela procura de serviços no setor de saúde e, conseqüentemente, à expansão de gastos nesta esfera. O Estado respondeu à nova demanda com a contratação de serviços privados, engendrando o que ficou conhecido como “complexo médico-empresarial.”

Nesta época, verifica-se um aumento vertiginoso com os gastos no setor de saúde. Grande parte dos recursos destinados a esta esfera perfaziam os custos com o atendimento hospitalar, tendo em vista que o tratamento dos enfermos era a nova tendência de política de saúde mundial no contexto histórico do período pós-guerra.

A política de saúde pública brasileira estava subordinada à organização do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Este órgão manteve a estrutura e o funcionamento anteriormente propostos pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão (Iaps), ao oferecer serviços de saúde apenas àqueles que possuíam vínculo com o INPS. Assim, para serem atendidas em hospitais ou para a prestação de quaisquer outros serviços em saúde, as pessoas deveriam apresentar a carteira de trabalho ou o carnê de contribuição previdenciária, de modo a comprovar sua inserção no sistema.

Apesar da inclusão de novas categorias ao modelo de assistência à saúde, a ênfase direcionada ao tratamento dos enfermos em detrimento das medidas coletivas de prevenção às doenças permitiam que o Brasil continuasse vivenciando altas taxas de mortalidade infantil e

baixa expectativa de vida, devido à manifestação das doenças infecciosas e parasitárias que assolavam o país. Desse modo, para Baptista (2007)

a principal razão para o quadro de estagnação social foi **o total descaso dos governantes com relação às políticas públicas comprometidas com o desenvolvimento social. Durante todo o regime militar autoritário, o investimento na área de saúde pública foi precário**, doenças antes erradicadas voltaram, doenças controladas apareceram em surtos epidêmicos, o saneamento e as políticas de habitação populares foram desprezados, aumentou a pobreza e, principalmente, a desigualdade social. (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 42) (grifos nossos).

Com o fim do milagre econômico, em meados de 1970, e em um cenário de crise econômica, política e social, o governo federal iniciou novas estratégias para a manutenção dos militares no Poder. Entre os meios utilizados pelos militares para a manutenção do *status quo*, observa-se o processo de abertura do governo, que concedeu espaço à expansão e expressão dos movimentos sociais, até então, sob forte cerceamento do direito à liberdade de expressão.

Assim, esse contexto significou a possibilidade de fortalecimento do movimento social de direito à saúde, que se alicerçava em importantes instituições acadêmicas públicas. A voz dos intelectuais pertencentes ao setor da saúde denunciava as péssimas condições sociais e sanitárias vivenciada pela população brasileira, ante à condução política omissa do Estado, de modo a reivindicar mudanças efetivas na assistência à saúde no país.

Desse modo, o movimento sanitário apresentou quatro reflexões para se pensar em um sistema de saúde público no Brasil, perpassando os seguintes ideais: a saúde é um direito de qualquer cidadão, independente de contribuição ou de quaisquer outros critérios de discriminação; as ações de saúde devem estar integralizadas em um único sistema, garantindo o acesso ao conjunto da sociedade de todos os serviços de saúde, seja de cunho preventivo ou curativo; a gestão administrativa e financeira das ações de saúde devem ser descentralizadas para que haja a atuação independente dos estados e municípios e, por último, o Estado deve fornecer mecanismos de controle e participação da sociedade nas ações de saúde.

As propostas apresentadas apontavam em direção oposta a tudo aquilo que vinha se desenvolvendo em termos de saúde pública no Brasil, uma vez que o cenário existente até então era de exclusão da maior parte da população do direito à saúde, tendo em vista o fato de que poucos haviam conquistado o direito à assistência médica prestada pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Desse modo, pode-se dizer que

não havia de fato se constituído, até então, no Brasil, uma política de Estado cidadão no sentido mais abrangente; **uma cidadania substantiva que desobrigasse qualquer espécie de vínculo com o processo produtivo e que reconhecesse o cidadão simplesmente pelo valor que tem como membro daquela comunidade.** Prevalencia a lógica da cidadania regulada, em que cidadão era aquele que se encontrava localizado em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas por lei. Portanto, **a proposta de reforma do setor saúde apresentada pelo movimento sanitário também se inseria em uma lógica maior de reestruturação do próprio Estado e de afirmação de uma cidadania substantiva para o povo brasileiro.** (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 43) (grifos nossos).

As pressões sociais por reforma ocasionaram ainda nos anos 70 transformações no setor de saúde favorecendo a construção de políticas universalistas, sem, contudo, deixar de resguardar os interesses do Estado autoritário. Assim, foram criados um conjunto de órgãos públicos que visavam a extensão da oferta dos serviços básicos, de modo a fortalecer a perspectiva de reforma no setor. Ademais, foi também neste período que o setor médico empresarial começou a se fortalecer institucionalmente, de forma que o aumento gradativo dos convênios com o setor privado engendrou o desinvestimento progressivo na criação e promoção dos serviços públicos.

A expansão do capital privado sobre o setor de saúde foi alvo de duras críticas pelo movimento sanitário, tendo em vista que os reformistas almejavam a universalização do direito à saúde; a unificação dos serviços prestados pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e Ministério da Saúde em um mesmo sistema e a integralidade das ações, de forma a abranger os serviços de natureza preventiva e assistenciais.

A partir deste momento, sob a influência de uma corrente latino-americana em prol de uma nova saúde pública, amplia-se o debate sobre o direito à saúde no Brasil, de modo a se discutir a própria concepção da palavra “saúde” para a ordem social e jurídica, enquanto uma prerrogativa dos indivíduos a ser proporcionada pelo Estado. Nesse sentido,

a saúde passava a assumir um sentido mais abrangente, sendo **resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso a serviços de saúde, dentre outros fatores.** Portanto, o direito à saúde significava a garantia, pelo Estado, de **condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação, em todos os níveis, de todos os habitantes do território nacional.** (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 45) (grifos nossos).

Assim, observa-se que a proposta para a reforma em saúde significava, de forma mais abrangente, um projeto de reestruturação do próprio Estado, tendo em vista que este se constituiu sob bases firmadas no patrimonialismo, política de favores, centralização decisória e exclusão social. O projeto de reforma sanitária exigia, nesse contexto, uma retificação do modo de atuar do Estado, sobretudo, da forma de disposição de sua estrutura burocrática, que concentrava poder e receitas, de modo que os representantes do movimento social de direito à saúde passaram a fornecer proposições para mudanças na forma de organização e operação do ente estatal, reconstruindo-o, agora sob bases democráticas.

1.2.5. Nova República:

A década de 1980 iniciou-se com a redemocratização associadas às crises política, econômica e institucional, de modo que o movimento da Reforma Sanitária organizava propostas de expansão da área de assistência médica previdenciária, acentuando os conflitos de interesse com a esfera da previdência social, além de pressões oriundas do setor privado de saúde.

Neste contexto ocorreu a VII Conferência Nacional de Saúde (1980), que apresentou como proposta a reestruturação da política de saúde nacional e a formulação do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde (Prev-saúde), consistindo este projeto em uma proposta de extensão do Programa Nacional de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (Piass), que se desenvolveu na região nordeste do país durante os anos de 1976 a 1979.

O Piass foi uma experiência que levou à implementação de uma estrutura básica de saúde às comunidades de até 20 mil habitantes existentes no nordeste brasileiro. Também neste período, foi elaborado o Prev-Saúde com a ambição de dotar o país integralmente de uma rede de serviços básicos que oferecesse os cuidados primários de proteção, promoção e recuperação da saúde, traçando como meta a cobertura pública de saúde para toda a população.

No entanto, o Prev-Saúde acabou não sendo incorporado pelo Estado, tendo em vista as resistências intraburocráticas e a forte oposição das entidades do segmento médico-empresarial. Apesar de restar frustrada a sua execução, o Prev-Saúde revelou a vigência de um discurso reformista no que tange ao projeto de institucionalização do projeto de saúde pública e estabeleceu as concepções fundantes da atenção básica à saúde.

Em 1981, foi criado o Conselho Consultivo da Administração da Saúde Previdenciária (Conasp) com o intuito de buscar respostas concretas quanto à crise existente no setor

previdenciário. Este Conselho, em uma série de pesquisas realizadas, identificou um conjunto de distorções do modelo de saúde existente. Especificamente, o Conasp observou a existência de serviços de saúde inadequados à realidade; a insuficiência na integração entre os diversos prestadores; recursos financeiros insuficientes; ausência de verbas para situações de emergência; desprestígio dos serviços públicos ofertados e superprodução dos serviços contratados no mercado privado.

A relação do Inamps, órgão responsável pela assistência médica previdenciária, com os demais serviços de saúde ofertados pelo Estado, através dos estados e municípios, era pouco efetivo e contraproducente. As atividades oferecidas pelo Ministério da Saúde, por meio das secretarias estaduais e municipais, funcionavam independente e paralelamente aos serviços prestados pelo Inamps, o que formava uma rede pública desintegrada e sem planejamento para direcionar da forma mais racional e proveitosa os recursos públicos à área da saúde. Esse fato dificultava ainda mais o planejamento de investimentos e gastos no setor, tendo em vista a existência de uma rede de saúde ineficiente, desintegrada, complexa, indutora de fraudes e de desvio de recursos financeiros oriundos do Poder Público.

A partir desta complexa análise sobre o sistema de saúde que se formou no país, foram pensados projetos operacionais para reestruturação do setor. Dentre eles, destacaram-se o Programa de Ações Integradas de Saúde (Pais) e o Sistema de Assistência Médico-Hospitalar da Previdência Social (SAMHPS).

O Pais, posteriormente denominado somente como Ações Integradas de Saúde (AIS), era um projeto que instituía a assinatura de convênios entre o Inamps, os estados e municípios para a distribuição de recursos destinadas à oferta de assistência gratuita para toda a população, não só para os contribuintes da previdência social. Assim, observa-se que o Pais revelou-se como o plano mais importante para a universalização do direito à saúde e representou uma proposta de integração e racionalização dos serviços públicos de saúde e destes com a rede conveniada.

Por sua vez, o SAMPHS visou ao controle de recursos que se destinavam ao setor privado, a partir da inserção de um instrumento gerencial que supervisionava o pagamento baseado nos procedimentos médico-cirúrgicos intitulado Autorização de Internação Hospitalar (AIH). Com esse sistema, foi possível a catalogação das internações, o que permitia melhor controle sobre possíveis fraudes. A AIH ainda hoje é um programa utilizado, inserindo-se no setor público a partir de 1991.

Esses dois programas, Pais e SAMPHS, expressaram as mudanças de pensamento social orientados a formar uma política de saúde unificada, integralizada e descentralizada. Estas propostas avançaram a discussão sobre a democratização e universalização do direito à saúde, especialmente após o fim da Ditadura e início da Nova República.

No ano de 1986, o Ministério da Saúde convocou técnicos, usuários e gestores de saúde para um debate público sobre a reforma do sistema de saúde, formando, assim, a VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS). Essa Conferência constituiu-se como marco histórico para a política de saúde pública no Brasil, uma vez que congregou, em um mesmo debate, a sociedade civil e os agentes profissionais que atuam no referido sistema.

Essa conferência que reuniu cerca de 4 mil pessoas aprovou, unanimemente, as diretrizes de universalização do acesso à saúde e o controle pela sociedade das práticas em saúde estabelecidas. A VIII CNS representou um retorno às práticas democráticas esquecidas por mais de 20 anos, durante a vigência do período ditatorial. Assim, reconquistava-se o direito à participação nas decisões políticas, acrescido ao direito de assistência à saúde, direcionado a uma população que viveu por séculos em completo abandono pelo Estado.

Importa ressaltar que constou no relatório da VIII Conferência, a ampliação do conceito de saúde enquanto direito fundamental

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. **É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.** (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 49) (grifos nossos).

Compreendido sob este amplo espectro, o direito à saúde tornou-se ressignificado na VIII Conferência Nacional em Saúde, uma vez que, ante este novo amplo sentido, o Estado atua como agente responsável por assegurar circunstâncias sociais, políticas e econômicas adequadas à coletividade para que se possa proporcionar socialmente esse complexo direito. Nesses termos, o

direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (BAPTISTA, T. W. F., 2007, p. 49)

A VIII Conferência Nacional em Saúde teve um papel social muito importante na Nova República, uma vez que foi considerado instrumento de pressão política após a reabertura da experiência democrática no Brasil após 1985.

O modelo de saúde proposto na VIII CNS demorou a ser implementado, tendo em vista a necessidade de recursos, infraestrutura e planejamento para a execução de propostas dessa magnitude. Após a Conferência, por iniciativa do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) e do Ministério da Saúde, foi constituído o Sistema de Unificação e Descentralização de Saúde (Suds), que se apresentou como uma estratégia para a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Suds, enquanto proposta política que surgiu no interior da burocracia do Inamps, foi responsável por medidas de descentralização da saúde e, sobretudo, pela descentralização do orçamento, permitindo uma maior autonomia dos estados no planejamento de atividades do setor, além de avançar nas estratégias de hierarquização, regionalização e universalização da saúde pública no território nacional. Desse modo, o Suds demonstrou-se essencial para o fim da concentração de poder que o Inamps detinha.

Importa ressaltar que, ao mesmo tempo em que o Suds era implementado, ocorria a discussão na Assembleia Constituinte de 1987-1988 sobre o modelo de saúde a ser incorporado na nova carta político-jurídica que dirige o país. Nos centros do debate da Assembleia, o relatório da VIII Conferência Nacional da Saúde foi utilizado como base para a reforma do setor de saúde e, ao final, o Sistema Único de Saúde foi aprovado.

Ante todo o exposto, observa-se que a concepção de uma saúde pública no Brasil é fruto de um longo processo de maturidade político-ideológica dos movimentos sociais e das práticas institucionais. Passemos, agora, à apresentação da proposta de saúde desenhada pela Constituição Federal de 1988, que se traduziu em importante instrumento para operar mudanças efetivas na dimensão do direito à saúde pública brasileira.

2. O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

O contexto de abordagem do direito à saúde pela carta política-jurídica brasileira de 1988 é produto das intensas transformações nas esferas da vida cultural, social, econômica e política pelas quais passaram a humanidade a partir da segunda metade do século XX.

2.1. As bases da concepção da saúde no texto constitucional:

No âmbito da saúde, as modificações do cenário político e social em nível mundial expõem as premissas e perspectivas dos antigos modelos assistenciais. Observa-se que as dificuldades apresentadas não estão necessariamente no nível dos modelos de saúde, mas, de forma mais profunda, no paradigma científico que fundamenta este campo de teoria e prática. Ante os argumentos que enunciam a “crise da saúde pública vigente”, surgem novas referências axiológicas aptas a solucionar os problemas criados pelos sistemas valorativos e de práticas anteriores (PAIM; ALMEIDA FILHO, 1998).

Em relação às ponderações apresentadas dentro do campo de saúde, deve-se destacar as proposições de que o desenvolvimento da saúde supõe a exclusão da doença e que a ciência e a aplicação das técnicas articuladas em seu interior dispõem de um potencial inesgotável para superar as enfermidades. Quanto às críticas emanadas pelas esferas política e econômica no debate social, apontam-se as contenções econômicas que comprometem a capacidade do Estado sustentar, a longo prazo, o custo ascendente de atenção à saúde, sobretudo em relação à assistência médica hospitalar, além de ressaltar o fato de que esse amparo não assegura o maior nível de bem-estar ou produtividade social. Reconhece-se, ademais, sob essa última perspectiva, a iniquidade dos “determinantes da saúde”, seja no nível singular, que se referem à qualidade do ambiente social, seja no nível geral, que diz respeito às disparidades na distribuição de renda e poder entre as classes sociais. (PAIM; ALMEIDA FILHO, 1998).

No entanto, romper com o paradigma vigente não se trata de uma recusa pura e simples de seus axiomas. Impõe movimentos de crítica ao sistema atual, elaboração de novas propostas em saúde e a superação dos problemas constatados. Nos dizeres de Paim e Almeida Filho (1998, p. 308), “trata-se de uma construção no plano epistemológico ao tempo em que se mobilizam vontades no âmbito da práxis para alimentar o pensamento e a ação.”

No caso em específico da América Latina, a construção nas últimas quatro décadas de uma proposta de saúde coletiva tem permitido o desenvolvimento de um diálogo crítico para a

formação de um sistema de saúde transdisciplinar, que vislumbra a saúde como elemento compreendido em todas as esferas que compõem a existência humana. Esse movimento é também o responsável em ecoar os discursos críticos relativos às teorias e práticas anteriores, além de identificar contradições e acordos realizados entre as instituições de saúde coletiva e o Poder Público.

Assim, o campo de apreensão deste saber alargou suas bases, constatando que o processo saúde-doença está além dos aspectos biológicos de interação entre o ser humano e os agentes etiológicos que acometem o seu corpo físico, perpassando, sobretudo, as condições socioeconômicas em que os indivíduos estão imersos. Desse modo, na década de sessenta, o debate sobre a saúde centrou-se em suas relações com o desenvolvimento social e econômico, de modo que ampliou a discussão para a extensão da cobertura dos serviços em saúde nos anos de 1970.

A inserção de novos saberes às práticas e conhecimento em saúde evidencia a superação do biologismo dominante, da submissão à clínica, da dependência ao modelo médico-hegemônico, do desvalor às condições econômicas e sociais, o que representa elementos significativos para o marco conceitual da saúde coletiva. Contudo, mais do que definições formais, a saúde coletiva reivindica

uma compreensão dos desafios que se colocam no presente e no futuro que transcendem o campo institucional e o tipo de profissional convencionalmente reconhecidos como da saúde pública. A possibilidade de redimensionar objeto, instrumentos de trabalho e atividades, considerando sua articulação com a totalidade social reabre alternativas metodológicas e técnicas para pensar e atuar no campo da saúde coletiva no trânsito para o novo milênio. (PAIM; ALMEIDA FILHO, 1998; p. 310)

Conclui-se, portanto, que o fenômeno saúde, sob o viés da saúde coletiva, vem sendo concebido como modo de vida, de forma a ser explicada junto às condições de trabalho, do meio ambiente e do perfil epidemiológico existente em uma dada população. O estudo da situação de saúde, pela perspectiva das condições de vida, vincula o conhecimento tradicional do processo saúde/doença a outras dimensões do saber que integram a vida humana na esfera social.

2.2. As normas constitucionais de direito à saúde:

Pela Constituição da República de 1988, a saúde foi erigida à condição de direito subjetivo público, passando a ser considerada enquanto direito de todos e dever do Estado (art. 196, da CF/88). Assim, a saúde passou a ser uma prerrogativa conferida àqueles que são seus titulares de receber do ente estatal a assistência pública relativa à promoção do bem-estar, nas dimensões física, emocional e social, e não somente pelo aspecto de tratamento de enfermidades.

Pautada pela ótica da solidariedade social, a prestação do serviço público de saúde independe de qualquer contribuição ou de qualquer outro critério discriminatório. De acordo com o Texto Constitucional, este direito deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, de forma a viabilizar “o acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” (art. 196, CF/1988).

Mediante o que estabelece o art. 198 da norma constitucional em vigor, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e se organizam sob as diretrizes de descentralização (inciso I) e atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo aos serviços assistenciais (inciso II), além de contar com a participação da comunidade (inciso III). Observa-se que todas as medidas e atividades prestadas no âmbito da saúde são ordenadas em um sistema único, que tem por objetivo

integrar ações uniformes propostas pelo Ministério da Saúde, com a organização de uma rede de comunicação e de planejamento de assistência pelos estados e municípios. Com isso, serão adotadas ações e serviços mais eficazes e de menor custo, na medida em que é possível o melhor conhecimento dos problemas sociais e de saúde que atingem os territórios. Por consequência, também é obtida a descentralização e enfrentadas as desigualdades regionais. (VACCARO *et al.*, 2017, p. 197-198)

A partir do Texto Constitucional de 1988 verifica-se, portanto, a introdução de profundas mudanças no modo de se conceber e prestar o direito à saúde no Brasil. Inicialmente, importa destacar a ênfase atribuída ao Poder Público em desempenhar uma política de saúde pública no país. Trata-se, em verdade, de uma mudança fundamental em relação aos modelos de saúde anteriormente existentes na nação, haja vista que no passado o exercício desse direito esteve majoritariamente inserido na esfera particular.

Conforme abordado no capítulo anterior, a assistência em saúde, no Brasil, restava-se restrita àqueles que podiam custeá-la com recursos próprios, aos trabalhadores e pensionistas

que contribuíam aos institutos a que profissionalmente estavam vinculados, aos habitantes dos grandes centros urbanos e daqueles que contavam com a boa vontade das instituições filantrópicas.

Ademais, além de excluir um grande contingente populacional, a lógica de intervenção anterior a 1988 pautava-se predominantemente na assistência médico-hospitalar, a abordagem era individualizada e as ações terapêuticas fragmentadas. Assim, as práticas em saúde se circunscreviam a medidas desarticuladas de baixo impacto no perfil epidemiológico da sociedade brasileira, além de significar um alto custo financeiro pela compra dos serviços de saúde no mercado privado (2021, inédito) e pelo desperdício de verba pública, ante a ausência de uma política pública pensada e coordenada.

É a partir do momento em que o Estado assume, mediante norma constitucional, a responsabilidade e compromisso pela prestação da saúde que esse direito passa a ser de todos, sem exceção. Contribuintes ou não, brasileiro ou estrangeiro em território nacional, a lei fundamental é clara em dizer que não haverá óbice ao acesso do sistema de saúde público. A saúde passa a ser concebida, dessa forma, como um direito proporcionado no âmbito coletivo e individual, direcionado aos indivíduos enquanto pessoa humana e, portanto, sujeito de direitos.

Importa ressaltar, no entanto, que a Constituição de 1988 estabelece ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada (art. 199, CF/1988), de modo que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, §1º, CF/1988). Ficou determinado também a proibição da “destinação de recursos públicos para auxílios e subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”, bem como “a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo os casos previstos em lei” (art. 199, §2º e §3º, CF/1988).

Em relação ao extenso projeto de saúde pública que adveio do texto constitucional, deve-se ressaltar que é a primeira vez na história do Brasil que se conseguiu implementar uma proposta de saúde integral. É somente a partir da Carta Magna de 1988 que o Estado assume o compromisso de fornecer assistência à saúde sob as dimensões preventiva, curativa e promocional em todos os seus níveis de intervenção, classificados em baixo, médio e alto grau de complexidade.

Em níveis de saúde pública, conforme abordado no Capítulo 1, pode-se dizer que até o período histórico da Nova República, marcado pela redemocratização, adotou-se

primordialmente insuficientes políticas públicas na dimensão preventiva. No País, a assistência curativa esteve restrita à esfera particular, prestados pelos sistemas privados trabalhista e previdenciário, hospitais particulares e instituições filantrópicas, as quais atendiam uma restrita parcela da sociedade.

Não havia, portanto, a compreensão trazida, sobretudo, pelo Movimento Sanitarista latino-americano, de que a saúde deve ser promovida, de forma que o direito à saúde não se restringe à prevenção das doenças e tratamento dos doentes. É preciso concebê-la e, para tanto, é necessária uma profunda análise das diversas esferas que compõem a vida social, as quais, por sua vez, influenciam determinadamente o nível de saúde individual e coletivo.

A constituição da saúde coletiva compreende-se pela articulação entre o conhecimento científico e sua aplicação na realidade social, de modo que o saber e a práxis influenciam-se mutuamente. Enquanto campo de conhecimento, a saúde coletiva colabora para o estudo do fenômeno saúde/doença concebido sob a ótica de um processo social, investiga a produção e distribuição de doenças em sociedade como processos de produção e reprodução coletiva, examina as práticas de saúde na sua articulação com as demais práticas sociais, busca compreender as formas como a sociedade identifica suas necessidades e problemas em saúde, procura explicações científicas e sociais para as carências e óbices relativos ao bem-estar humano, organizando-se para enfrentá-los.

Na América Latina e, em especial, no Brasil, realiza-se nas últimas três décadas, a partir da Constituição Federal de 1988, um esforço para a construção de novas teorias e metodologias comprometidos com a formação de um campo de saúde coletiva capaz de confrontar os problemas existentes nesta esfera. Sob esse esforço de reconstrução teórica e prática, tem surgido nesse campo novos objetos de conhecimento e de intervenção, os quais foram expressamente introduzidos pelo Texto Constitucional de 1988.

Nos termos constitucionais (art. 200 CF/1988), é competência do SUS controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (inciso I). No âmbito da fiscalização, encontra-se, ademais, a inspeção de alimentos, compreendido o teor de nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano (inciso VI) e a participação no controle e vigília da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos (inciso VII).

No espectro de planejamento e execução, estabelece o dispositivo constitucional em referência que está no escopo de atribuições do SUS executar as ações de vigilância sanitária e

epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador (inciso II); ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde (inciso III); participar da formulação política e da execução das ações de saneamento básico (inciso IV); incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (inciso V) e colaborar na proteção do meio-ambiente, nele compreendido o do trabalho (inciso VIII).

Observa-se, a partir das prescrições do artigo 200, o amplo espectro de atribuições ao Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se de medidas abrangentes, que perpassam diversas esferas da vida humana, como nutrição, trabalho, saneamento básico, meio-ambiente, de forma a evidenciar a escolha do texto constitucional em adotar um modelo de saúde que atenda todas as dimensões biológicas e sociais que compõem a existência dos indivíduos.

Assim, para que as amplas ações descritas na Lei Fundamental sejam planejadas e executadas pelo SUS, é preciso que esse sistema se baseie em diretrizes e princípios universais, que orientarão todas as ações e serviços prestados em direção a uma proposta de saúde integral. De forma específica, passa-se à exposição de cada um deles.

2.3. Os princípios e diretrizes constitucionais estruturantes do Sistema Único de Saúde (SUS):

O princípio da universalidade do acesso às ações e serviços de saúde consiste na garantia de que os cidadãos devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema (art. 196, CF/1988). O acesso às ações e serviços em saúde ocorre por meio de uma rede hierarquizada, atendendo do menor ao maior nível de complexidade, com o emprego da tecnologia apropriada para cada nível (art. 198, da CF/1998). No Sistema Único de Saúde, os indivíduos são tratados com igualdade e atendidos de acordo com as suas necessidades, até o limite que o sistema possa oferecer.

Importa ressaltar que a saúde, enquanto um direito, é garantido a todos, independentemente da capacidade econômica do cidadão para a contribuição do sistema. O fato de que os indivíduos não precisam pagar diretamente para receber o tratamento em saúde não quer dizer, contudo, que os serviços são gratuitos. O financiamento do SUS advém dos recursos captados mediante impostos e outras formas de obtenção de dinheiro público (MATTA, 2008).

Assim, não há nenhuma contraprestação direta para o tratamento em saúde e mesmo aqueles que não contribuem para o financiamento do sistema têm acesso aos serviços oferecidos, visto que o projeto de saúde pública estabelecido no texto constitucional aduz sobre

uma política de justiça redistributiva, calcado no princípio da solidariedade social (art. 3º, inciso I, CF/1988).

Por sua vez, o princípio da integralidade da atenção à saúde, insculpido no art. 196 da CF/1998, diz respeito à garantia de acesso a um conjunto estruturado de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema. É dever do sistema de saúde proporcionar aos indivíduos e à coletividade os serviços e ações em saúde, de acordo com as suas necessidades.

O princípio da integralidade da saúde é uma resposta à situação de saúde que ocorria anteriormente a 1988, em que o planejamento da saúde se dividia em ações coletivas preventivas públicas e a assistência terapêutica individual e particular custeada no âmbito do sistema previdenciário. Assim, surgiu uma proposta para a integração dessas ações sob a justificativa de que tanto as medidas terapêuticas quanto as intervenções preventivas eram necessárias e de fundamental importância para a promoção da saúde.

Na organização estrutural da proposta de saúde pública, esse princípio indica a unicidade do sistema e a necessária articulação dos níveis de governo (municipal, estadual e federal) para a formação das políticas de saúde.

Já o princípio da descentralização, com direção única do sistema, com fulcro no art. 198, I, da CF/1988, corresponde à democratização do processo decisório na dimensão da saúde, uma vez que os níveis locais e regionais de Poder (municípios e estados) passam a exercer a tomada de decisões no âmbito de formulação das políticas. A descentralização, ademais, indicou a possibilidade de controle e acompanhamento das ações públicas pela população, de modo que a sociedade civil passou a exercer maior participação na implementação das políticas que seriam direcionadas ao próprio tecido social.

Com a descentralização, foi possível desenvolver um planejamento para o enfrentamento das desigualdades sociais e regionais, considerando a redistribuição de responsabilidades quanto à prestação das ações e serviços em saúde a todos os entes de poder da federação.

O princípio da descentralização estruturou um novo formato de condução das políticas públicas, em um sistema pautado pelas diretrizes de ‘regionalização’ e ‘hierarquização’ dos serviços, com a organização de uma rede de ‘referência’ e ‘contrarreferência’ que integra os diversos graus de complexidade no processo de intervenção no corpo humano.

Quanto à diretriz de regionalização, prevista no art. 198, *caput*, da CF/1988, Baptista (2007, p. 54) aduz que

‘regionalizar’ implica um melhor conhecimento, por parte de estados e municípios, dos problemas sociais e de saúde de suas localidades para que se possa então implementar uma política de saúde condizente. **Quem passa a decidir as prioridades de cada região é o gestor, que leva em consideração as características geográficas, o fluxo da demanda, o perfil epidemiológico, a oferta de serviços e as necessidades expressas pelos usuários.** Estados e municípios devem estar mais integrados no processo de planejamento das áreas e serviços de saúde de modo a atender melhor às necessidades da população. A hierarquização dos serviços segue a mesma lógica, organizando a rede de saúde a partir dos diferentes níveis de complexidade dos serviços e de acordo com as realidades local e regional. (grifos nossos)

Em relação à diretriz de hierarquização, disposta no art. 198, *caput*, da CF/1988, diz respeito à organização dos serviços de saúde de acordo com os diferentes níveis de complexidade e a partir das necessidades aferidas em âmbito local e regional. A referência e a contrarreferência, por sua vez, indicam os pontos de interconexão entre os níveis de complexidade do sistema.

A referência indica o encaminhamento de um paciente a uma outra unidade de saúde, quando o Município ou o ambulatório a que se dirigiu inicialmente não apresentar condições de atender a demanda de saúde disposta a ele. Por seu turno, a contrarreferência significa o retorno do enfermo ao estabelecimento de origem, após a resolução do problema que levou à referência.

Sob a estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), a atenção à saúde começa pelo cuidado direcionado ao

(...) indivíduo, à família e à comunidade por meio dos Agentes Comunitários de Saúde, do Programa de Saúde da Família, das Unidades Básicas de Saúde com seus procedimentos de menor complexidade tecnológica (equipamentos e aparelhos) e da mais alta complexidade de saber e prática humanos. Da atenção primária se vai à secundária (especialistas, exames mais complexos, internações em clínicas básicas, como pediatria, clínica e cirurgia gerais, ginecologia e obstetrícia). Da secundária à terciária com profissionais e hospitais em áreas mais especializadas. Na quaternária se encontram os profissionais e hospitais superespecializados em uma única área, como os de cardiologia, neurologia, cirurgia plástica etc. (CARVALHO, Gilson; 2013; p. 17).

A partir do princípio da descentralização e das diretrizes de regionalização e hierarquização, observa-se, no Brasil, a formação de uma estrutura de saúde muito diferente de

tudo o que país já constituiu ao longo de sua história. Verifica-se, a partir do estabelecimento de tais preceitos, a organização de um sistema amplo e abrangente, pautado nas mais diversas demandas de saúde do cidadão, e organizado de forma a racionalizar os custos públicos, mediante a ampla intercomunicação e solidariedade entre os entes gestores.

Por fim, o princípio da participação popular, descrita no art. 198, III, da CF/1988, é um reclamo social desde a redemocratização do país, com o fim da Ditadura Militar, momento da história em que a liberdade de expressão esteve intensamente cerceada. Esse princípio expressa, assim, o momento de retorno às práticas democráticas e a capacidade de articulação dos movimentos sociais no contexto do embate de ideias em prol de uma política de saúde pública, mediante a participação popular no sistema único de saúde.

A partir desse princípio, instituem-se os conselhos de saúde e a realização periódica dos conferências em saúde. Os conselhos são órgãos existentes no interior do SUS que tem como função precípua a elaboração e controle das ações dos entes políticos nos três níveis. A principal novidade inaugurada pelos conselhos foi a criação de um mecanismo permanente que permitisse a comunicação ente os gestores e a sociedade, de modo a permitir que a população tenha maior controle sobre os seus governantes quanto as ações em saúde adotadas.

Por sua vez, as conferências são reuniões realizadas, a cada quatro anos, entre representantes da sociedade civil e seus respectivos gestores. Esses debates têm por objetivo a participação ativa da sociedade na formulação das políticas públicas em saúde.

2.4. As principais referências legislativas infraconstitucionais que tratam sobre o SUS:

A Carta Magna estabelece que as ações e serviços de saúde devem estar dispostos em lei, de forma que seja estabelecida a regulamentação, a fiscalização e o controle do conjunto de condutas e atividades empenhados pelo Estado em prol da garantia do direito à saúde (art. 198, CF/1988).

Dessa forma, vem à tona, com alguns vetos parciais, a Lei 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Posteriormente, com o intuito de suprir as lacunas existentes na norma anterior, foi editada a Lei 8.142/1990, a qual aduz sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos para o financiamento da rede integralizada e hierarquizada de cuidado e atenção à saúde.

No entanto, ambas as normas eram silentes quanto à regulamentação da integralidade do atendimento a ser fornecido pelo rede pública de saúde, de modo que essa omissão só foi suprida pela regulamentação da Lei 12.401/2011, que altera a Lei nº 8.080, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa norma foi também responsável por definir um conjunto de deveres ao Ministério da Saúde e por criar a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (CONITEC) (VACCARO *et al.*, 2017).

2. 5. A importância do SUS para a sociedade brasileira e as ameaças ocasionadas pelo fenômeno da judicialização:

Nos moldes atuais, observa-se que a gestão e organização do Sistema Único de Saúde compreende a assistência médico-hospitalar, o mapeamento de doenças, a avaliação e incorporação de novas tecnologias, a promoção de ações educativas entre profissionais e sociedade e a articulação entre os atores que circunscrevem essa rede uniforme de promoção à saúde (VACCARO *et al.*, 2017). Desse modo, ante o amplo escopo de abrangência das ações e serviços públicos empreendidos em direção à concretização do direito à saúde, evidente se demonstra a importância desse sistema para a população brasileira, uma vez que a maior parte da sociedade do País depende do serviço público prestado para a concretização do direito à saúde.

De acordo com pesquisa empreendida pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), em pesquisa divulgada no final de 2018, aproximadamente 208 milhões de brasileiros usufruem do Sistema Único de Saúde, o que significa dizer que quase a totalidade da sociedade brasileira, de forma direta ou indireta, é beneficiada pela existência dessa estrutura. Ademais, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre a década de 80 até o ano de 2018, a expectativa de vida aumentou em 13 anos e 8 meses, passando da estimativa de 62 anos e 5 meses, em 1980, para 76 anos e três meses, em 2018.

No entanto, toda essa estrutura se encontra ameaçada caso o Poder Judiciário continue a promover crescentes ingerências em sua gestão, de forma a não se observar os parâmetros fixados em direção a uma interferência que promova o acesso à saúde de acordo com o modelo desenhado pela norma constitucional (VACCARO *et al.*, 2017).

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE:

A judicialização das políticas públicas não é um fenômeno adstrito à realidade brasileira, nem tampouco se restringe à área da saúde. Ao contrário, de acordo com Vaccaro *et al...* (2017), trata-se de um movimento em âmbito mundial que desponta enquanto consequência das transformações axiológicas manifestadas no campo social sobre o papel do Estado e em relação ao caráter vinculatório das normas constitucionais.

No Brasil, o fenômeno da judicialização das políticas públicas na área da saúde irrompe-se na ordem institucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988, que pautou pela escolha política em organizar-se sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, corolário do Estado Social, e também pelo caráter vinculatório, não somente dirigente, das normas programáticas previstos em seu texto.

No contexto brasileiro, a judicialização das políticas no âmbito da saúde tem origem nas ações judiciais reivindicatórias para o tratamento da AIDS. Em seguida, o fenômeno ganhou aderência social e, dessa forma, expandiu-se em direção a um campo infinito de demandas em busca da concretização do direito à saúde (VACCARO, *et al.*, 2017).

Mas, afinal, o que significa a judicialização das políticas públicas em saúde? A compreensão desse conceito perpassa em explicitar a concepção de políticas públicas sob uma perspectiva jurídica.

3.1. O conceito de políticas públicas para o âmbito do Direito:

Inicialmente, ressalta-se que este conceito não é ontologicamente jurídico, mas advém do universo de preocupações da teoria política. Para o campo jurídico, defini-lo tornou-se uma necessidade há poucas décadas, a partir, sobretudo, da vigência do paradigma de um Estado Social (BUCCI, 1997).

Assim, a professora e pesquisadora Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 29), com o objetivo de definir o conceito sob o enfoque do âmbito jurídico, aduz que

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

Sob essa definição, verifica-se que políticas públicas são instrumentos qualificados a propiciar, mediante a ação conjunta dos poderes públicos, a efetivação dos direitos sociais. Desse modo, as políticas públicas possuem como pressuposto a contemplação dos interesses da coletividade.

Ademais, a Professora associa o seu conceito de políticas públicas a ideia de um conjunto de processos estatais apropriados e interligados que demonstram a vinculação de atos juridicamente coordenados e determinados.

Com efeito, a autora esclarece que o processo administrativo integra o conceito de política pública ao alcançar a matriz do processo decisório da Administração Pública. O processo legislativo diz respeito à iniciativa governamental na elaboração das leis; enquanto o processo judicial diz respeito ao último foro de decisão sobre os conflitos atinentes à implementação dos direitos objeto das políticas públicas, o qual é realizado pelo Poder Judiciário. Já o processo orçamentário integra o conceito porque trata-se do conjunto de atos destinados à alocação de recursos necessários à execução dessas políticas. O processo de planejamento, por sua vez, orienta comportamentos futuros do Poder Público; enquanto o processo eleitoral permite a eleição pelo povo de seus representantes, os quais irão atuar na elaboração e execução das políticas públicas levando em consideração o interesse coletivo (BUCCI, 2006).

Observa-se, assim, que o conceito de políticas públicas exposto integra o Poder Judiciário enquanto um dos poderes públicos responsáveis pelo controle dos direitos esposados em seu interior. Dessa forma, importa analisar a constitucionalidade da interferência desse Poder no ciclo de formação das políticas públicas.

3.2. O papel do Poder Judiciário no controle judicial das políticas públicas:

As etapas de formação de uma política pública, no modelo cíclico, envolvem a elaboração e planejamento, execução, avaliação e fiscalização (NUNES, 2020). O processo de definição de uma política pública envolve uma série de etapas distintas, mas vinculadas entre si. Ademais, “é importante observar que estas diferentes fases, materializadas na forma de uma sucessão de eventos e acontecimentos de natureza diversa, não ocorrem de forma linear ou estanque, mas constituem um processo cheio de idas e vindas.” (DUARTE, 2013, p.12).

Quanto às ações desenvolvidas em cada etapa, verifica-se a identificação dos problemas e demandas para a definição de prioridades; a formulação de propostas concretas; a implementação da política, com a criação da estrutura necessária e observando-se a burocracia existente, os recursos despendidos e as aprovação de leis; avaliação dos resultados e impactos da política e a fiscalização e o controle da execução da política, a partir da atuação da sociedade civil, do Tribunal de Contas e do Ministério Público (DUARTE, 2013) e também do Poder Judiciário, mediante o controle judicial das políticas públicas.

Observa-se que a legitimidade do Poder Judiciário na fiscalização e no controle judicial das políticas públicas reside no fato de que, de acordo com as premissas axiológicas em que se funda o Texto Constitucional de 1988, todos os Poderes instituídos possuem o dever de promover a efetivação dos direitos fundamentais inseridos em seu bojo. Desse modo, “para cumprir o propósito constitucional, o Poder Judiciário é legitimado a exercer o controle judicial de políticas públicas que, em razão de ação ou omissão dos demais Poderes Executivo e Legislativo, não promoveram a satisfação integral dos direitos fundamentais” (DUARTE, 2013, p. 16-17).

É certo que a interveniência do Poder Judiciário no âmbito da promoção e execução das políticas públicas possui limites que devem ser estritamente observados, sob pena de violação à separação e à harmonia entre os poderes. Mas com isso

(n)ão há que se levantar dúvida sobre a legitimidade do Poder Judiciário pelo fato de os juízes não serem eleitos democraticamente, tal como ocorre com os agentes políticos da Administração Pública e do Poder Legislativo. **A atuação do magistrado ao proferir decisão judicial cujo objeto veicule política pública não é fundada na representatividade, mas sim no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório, fundada na argumentação racional em conformidade à Constituição Federal.** (NUNES, 2020, p. 10) (grifos nossos).

Quanto aos limites de controle pelo Poder Judiciário, deve-se observar que concernem à própria natureza prestacional dos direitos veiculados nas políticas públicas, visto que a destinação, distribuição e criação de bens materiais repercute no dispêndio de recursos públicos necessários para efetivá-los.

Ada Pelegrini Grinover (2010, p. 14) preceitua que a tomada de decisões em sede de controle judicial de políticas públicas deve observar, necessariamente, os seguintes parâmetros:

(1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

A teoria do mínimo existencial aduz à compreensão de que o Estado está obrigado a fornecer condições materiais mínimas para os seus cidadãos. Esse enunciado se fundamenta no princípio da dignidade humana, no direito à vida, no direito à integridade física e no direito de liberdade. Destaca-se que não basta a proibição de que se violem tais direitos, é imprescindível uma postura ativa do Estado em prol de sua efetiva proteção (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Assim, é esse núcleo central que, uma vez descumprido, admite a interferência do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas (GRINOVER, 2010).

A razoabilidade significa, em última análise, a busca do equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. Sob o espectro das políticas públicas, o juiz analisará o caso concreto, observando se o administrador público pautou sua conduta em consonância aos interesses da coletividade estabelecidos na Constituição e nas leis (GRINOVER, 2010).

Por fim, quanto à reserva do possível, Daniel Wei Liang Wang (2009, p. 313) aduz que

os direitos sociais possuem um limite fático à sua efetivação, que está na real existência de meios por parte dos cofres públicos do Estado para cumprir com suas obrigações. Além desse limite fático, existe também limitação quanto à possibilidade jurídica do Estado de dispor desses recursos. Essas duas limitações formam a chamada “reserva do possível”.

Dessa forma, a efetivação dos direitos sociais subordina-se a uma ponderação entre os recursos públicos disponíveis, a possibilidade jurídica de se utilizar dessas verbas, tendo em vista “a distribuição de receitas e competências federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas” (VACCARO *et al.*, 2016, p. 300). É preciso lembrar que

o espaço para as decisões sobre a alocação de recursos é a esfera da política. Afinal, essas escolhas dizem respeito sobre quais bens serão financiados pelo conjunto da sociedade e quem irá apropriá-los. Por isso, **as preferências devem ser adotadas num espaço em que seja garantida a participação e a contestação pública.** De modo que, se o Judiciário ignorar as escolhas trágicas realizadas **irá, inevitavelmente, carcomer o próprio processo democrático.** (VACCARO *et al.*, 2017, p. 203) (grifos nossos).

A despeito de não ser o Poder Judiciário a instância constitucionalmente definida para determinar como serão feitos os gastos públicos, é pacífico o entendimento doutrinário de sua

legitimidade para realizar o controle das políticas públicas dentro dos princípios da legalidade e razoabilidade. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, realizou um debate público para traçar os limites de atuação no âmbito do direito à saúde.

3.3. Os marcos limítrofes estabelecidos pela Audiência Pública nº 4:

A crescente judicialização das políticas públicas em saúde, levou a mais altas instância deste Poder a reagir frente as consequências negativas que tal interveniência opera na harmonia e independência entre os Poderes. Dessa forma, em 2009, foi organizado pelo Supremo Tribunal Federal a Audiência Pública nº 4, que teve por objetivo decidir sobre a legitimidade da interposição do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas em saúde desenvolvidas e executadas pelo Poder Executivo.

A importância da Audiência Pública nº 4 reside em seu amplo caráter democrático, que contou com a participação dos diversos atores sociais envolvidos no problema, abrindo espaço para o diálogo e em busca de soluções conjuntas para os infortúnios advindos da interferência do Judiciário no âmbito das políticas de saúde.

Na referida audiência, os participantes foram uníssomos em ressaltar a saúde enquanto um direito social, em conformidade com o que preceitua o art. 6º da Constituição Federal em vigor. Os direitos sociais são doutrinariamente conceituados como garantias fundamentais que reclamam a ação positiva do Estado para a sua concretização. Nesse sentido, a saúde, como qualquer outro direito social, tem sua eficácia e efetividade condicionada entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Assim, observa-se que o debate teórico na Audiência Pública nº 4 se estabeleceu por meio da discussão desses dois conceitos, os quais já foram explicados no tópico anterior.

Observa-se, portanto, que o direito à saúde, no Estado Democrático de Direito, é um dos corolários do princípio da dignidade humana e do direito à vida, de forma que é dever do ente estatal atuar positivamente para promovê-lo para toda a sociedade (art. 196, da CF/1988). Todavia, a sua prestação deve estar em consonância com as possibilidades fáticas do Poder Público, uma vez que

no plano da concretização dos direitos não há a menor possibilidade de conceder tudo a todos. Afinal, a *justiça distributiva* diz respeito a preferências de destinação de recursos escassos. De modo que **é preciso fazer escolhas**. Daí a importância de compreender que a base do SUS é o tratamento igualitário dos diferentes reclamos. Ou seja, **seu princípio fundante é o**

atendimento integral das necessidades em saúde até o limite que o sistema pode oferecer para todos. (VACCARO *et al.*, 2017, p. 202) (grifos nossos).

Nesse sentido, tendo em vista que o Estado, por todos os seus Poderes constituídos (art. 2º, da CF/1988), tem o dever de garantir o mínimo existencial a todos aqueles que estão sob a sua esfera de subordinação, desde que respeitadas as condições fáticas e materiais existentes, o Supremo Tribunal Federal, em sede da Audiência Pública nº 4, tomou a importante decisão no sentido de que é legítima a interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas desenvolvidas e executadas pelo Poder Executivo, contanto que a atuação do Judiciário esteja em consonância aos parâmetros fixados e coordenados institucionalmente.

De acordo com o art. 102 da Constituição Federal de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda do texto constitucional. Por sua vez, o art. 2º da mesma norma estabelece que “são Poderes da União, harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Nessa perspectiva, a deliberação da Corte Constitucional brasileira que permite a interveniência do Poder sob o qual está vinculado no exercício de atribuições típicas dos demais Poderes aparenta em franca violação à norma que tem o dever de resguardar.

Ocorre que os dispositivos do texto constitucional devem ser interpretados em conformidade ao conjunto de valores que esse documento jurídico-político visou consagrar. Assim, a decisão tomada pelo Supremo na Audiência nº 4 incide nas circunstâncias em que houver omissões do Estado, em situações que não se admite a sua inércia, ante o descompasso da ausência de ação estatal com as premissas axiológicas previstas na Constitucional Federal.

Observa-se, portanto, que a legitimidade da interveniência do Poder Judiciário nas políticas públicas em saúde desenvolvidas pelo Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo está adstrita aos contextos em que estes Poderes forem silentes, em conjunturas que demandam sua expressa atuação. Nesse interim, com o intuito de trazer segurança jurídica e uniformidade às decisões judiciais sobre o assunto, os participantes da Audiência Pública nº 4 empenharam-se em estabelecer critérios precisos sobre as situações em saúde passíveis de interferência.

O STF afirmou a importância de criar distinções de duas naturezas entre as situações de judicialização, de forma a estabelecer parâmetros distintos para a intervenção judicial. Este órgão de cúpula observou que a maior parte das ações de judicialização da saúde advém de um problema na execução administrativa de políticas públicas pelos outros Poderes no âmbito das três esferas federativas. Neste caso, a eventual decisão judicial não configura interferência do

Poder Judiciário na discricionariedade administrativa, uma vez que a política pública já está estabelecida e falta apenas o seu cumprimento efetivo (VACCARO *et al.*, 2016).

Por outro lado, as demandas de judicialização que versem sobre a prestação de serviço de saúde não contemplado em uma política pública devem ser observados sob três ocorrências distintas: a não prestação decorre de uma omissão legislativa; a não prestação decorre de uma decisão administrativa de não fornecimento ou a não prestação advém de uma vedação legal à sua dispensação (VACCARO *et al.*, 2016).

As situações em que a não prestação decorre de uma omissão legislativa dizem respeito à ausência de registro do que está sendo pleiteado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nesse caso, o Supremo entendeu que o Estado não tem a obrigação de oferecer o medicamento. Isto porque o registro do fármaco funciona como um atestado de segurança e efetividade para o seu fornecimento pelo SUS (VACCARO *et al.*, 2016).

Em relação às circunstâncias em que a não prestação do serviço de saúde é consequência de uma decisão administrativa podem ocorrer devido ao fornecimento pelo Sistema Único de Saúde de tratamento alternativo àquele demandado pelo indivíduo ou porque a rede pública não possui nenhum tratamento específico para a patologia em questão. Na primeira hipótese, deverá ser fornecido o tratamento ofertado pelo SUS em detrimento da opção escolhida pelo paciente. A escolha do demandante só deverá prevalecer quando comprovada a ineficácia e a impropriedade da política de saúde ofertada pelo sistema público (VACCARO *et al.*, 2016).

Quando a rede pública não oferecer nenhum tratamento específico, deve-se ater a duas situações fáticas distintas, ao analisar se o tratamento solicitado é experimental ou se o recurso terapêutico pleiteado ainda não foi testado pelo SUS. Se experimental, o Estado não é obrigado a fornecê-lo, visto que lhe falta registro que ateste sua segurança e efetividade pela ANVISA (VACCARO *et al.*, 2016).

Se, no entanto, o pedido versar sobre novos tratamentos não testados pelos SUS, mas disponíveis no sistema privado, o STF entende que o paciente deve ser atendido em seu pleito, visto que a saúde do cidadão não pode ser submetida aos ritmos da burocracia estatal, à medida em que não se justifica a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e aquelas disponíveis aos usuários da rede privada (VACCARO *et al.*, 2016).

Por fim, nos casos em que a não prestação advém de uma vedação legal à sua dispensação, o pedido deve ser indeferido, haja visto que o Poder Judiciário deve julgar conforme a lei.

No entanto, apesar dos esforços empreendidos pelos Supremo e demais atores sociais em estabelecer parâmetros precisos e uniformes para as decisões jurisdicionais relativas às demandas de judicialização da saúde, observa-se baixa adesão pelos órgãos do Poder Judiciário ao conteúdo emanado por esta audiência. Assim, passa-se à análise dos problemas advindos pela judicialização na esfera da saúde.

3.4. Os problemas ocasionados pela judicialização para a concretização do direito à saúde nos moldes constitucionalmente definidos:

3.4.1. O conceito de judicialização da saúde e de judicialização das políticas públicas em saúde:

A “judicialização da saúde”, como amplamente vem sendo tratado o assunto no mundo jurídico, é a denominação atribuída a um recente fenômeno no Brasil, que aduz sobre o crescimento da propositura de ações judiciais, com pedidos relativos à saúde e movidas simultaneamente contra mais de um ente federativo e referente à saúde suplementar. Por sua vez, a *judicialização das políticas públicas em saúde* diz respeito ao questionamento, pela via judicial, dos instrumentos políticos que veiculam o modo como será prestado o direito à saúde, a partir das escolhas eleitas no campo democrático.

Dessa forma, ressalta-se que a judicialização das políticas públicas em saúde integra o grande campo da judicialização da saúde, de modo que esses conceitos não são sinônimos. A importância em diferenciá-los está no fato de que nem todo pleito compreendido como saúde está abarcado dentro de uma política pública de saúde, pois, tendo em vista que podem ser infinitos os requerimentos individuais, nem todos pressupõem o interesse coletivo necessário para tornarem-se uma política de saúde pública.

O fenômeno da judicialização desperta amplo interesse, uma vez que, enquanto não há consenso sobre os contornos precisos que delimitam o que se compreende como direito à saúde, é amplo o rol de pedidos que abarcam as ações judiciais sobre o tema. Assim, observa-se que as demandas podem ter como causa de pedir a concessão de medicamentos, tratamentos terapêuticos, insumos diversos, cirurgias, vagas em leitos hospitalares, efetivação das políticas públicas já aprovadas, mas não implementadas, entre muitos outros requerimentos, albergando a atuação do Poder Judiciário a um amplo espaço de intervenção. Mas o que têm sido identificado ao longo dos anos em diferentes estudos é que, nesses processos, os demandantes

majoritariamente tratam o direito à saúde em sua dimensão individual, o que passa a ser analisado.

3.4.2. O caráter individual do direito à saúde a partir das ações judiciais que versem sobre o tema:

O STF, na referida audiência pública em 2009, ressaltou que o direito à saúde pode ser visto sob uma dupla vertente: tanto como direito social quanto como direito individual. Na definição do direito à saúde como direito individual, o Supremo defendeu que a saúde é um direito público subjetivo que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional em que o cidadão possui o direito à assistência médica gratuita e o Estado o dever de fornecer os insumos e tratamentos médicos requeridos por esse indivíduo, desde que os pedidos estejam inclusos no que se compreende como direito à saúde. Observe-se, portanto, que o entendimento do STF conjuga o plano individual ao social ao vincular o fornecimento de atendimento à compreensão do delineamento constitucional do direito à saúde.

Repise que a vontade do constituinte originário de instituir a saúde no rol de direitos sociais (art. 6º, CF/1988) obriga os intérpretes e operadores do direito elevá-lo a este patamar, preterindo a concessão de medicamentos, tratamentos ou insumos à esfera estritamente particular, quando se constatar que o deferimento de tais pedidos pode ocasionar prejuízos à prestação do serviço público de saúde à coletividade, sob pena de tornar ineficaz esta garantia fundamental. Dessa forma, a concretização do direito à saúde pela perspectiva individual deve se limitar aos estritos parâmetros fixados para a sua legítima ocorrência.

De acordo com o STF, as decisões judiciais emanadas pelo Poder Judiciário que tutelam o direito à saúde enquanto direito individual estariam restritas ao não comprometimento do SUS. No entanto, a literatura sobre o tema tem fornecido dados que indicam exatamente o efeito inverso e indesejado.

No que tange à judicialização da saúde, observa-se que “nos últimos cinco anos, a quantidade de processos movidos por pacientes para obrigar o Estado a fornecer fármacos e tratamentos que ainda não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou ainda não foram registrados no país aumentou 92%” (PIERRO, 2017, p. 18).

A Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (Codes), criou em 2010, um programa de computador capaz de identificar os processos judiciais movidos em face dos entes federativos que versem sobre direito à saúde. O programa, denominado S-Codes, identificou que apenas no estado de São Paulo, 60% das decisões judiciais resultam de prescrições médicas

do sistema privado de assistência terapêutica para enfermidades ou distúrbios que possuem tratamento similar fornecido pelo Sistema Único de Saúde. Uma das hipóteses defendidas por Renata Santos, advogada da Secretaria de Saúde do estado de São Paulo, é que, em geral,

(...) os médicos da rede privada desconhecem a legislação de saúde e a lista de fármacos incorporados pela rede pública, a Relação Nacional de Medicamentos (Rename) do Ministério da Saúde (MS). “Por essa razão”, diz ela, “alternativas terapêuticas já disponíveis no SUS e similares às solicitadas acabam sendo desconsideradas pelos médicos”. (PIERRO, 2017; p. 19).

Observando-se os contornos decisórios delineados na Audiência Pública nº 4, tais decisões encontram-se em desobediência ao que ficou determinado no referido debate, uma vez que, nos casos em que o tratamento pleiteado for correspondente a procedimento análogo existente no SUS, deve-se fornecer a terapêutica do sistema público.

O contabilista e professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, Carlos Alberto Grespan Bonacin, em pesquisa realizada com base no S-Codes, constatou que, em uma amostra de 900 ações judiciais proferidas entre 2013 e 2015, em Ribeirão Preto – SP, 66% dos medicamentos obtidos pela via judicial não constavam na lista do Sistema Único de Saúde. Os 34% restantes já eram fornecidos pela rede pública, mas os requerentes solicitavam versões de outros laboratórios ou com algum incremento tecnológico (PIERRO, 2017). Dessa forma, observa-se também “a influência das indústrias farmacêuticas como um dos pressupostos da judicialização” (PIERRO, 2017, p. 23).

De acordo com os parâmetros delineado na Audiência Pública nº 4, o deferimento de tratamentos pelo Poder Judiciário apenas se justifica nas situações em que não haja uma política pública para enfrentamento da enfermidade discutida ou nas hipóteses em que a dispensação do fármaco ocorra na rede particular de saúde, sem que haja medida terapêutica similar adotada pelo SUS.

Desse modo, no universo objeto da pesquisa, em todos os 66% dos casos, o fornecimento do medicamento pela via judicial deveria se fundamentar nas hipóteses excepcionais de dispensa traçadas pela Audiência Pública nº 4, de modo que todas as decisões judiciais que não observaram atentamente tais critérios incorreram em desobediência aos parâmetros estabelecidos pelo debate em referência, estabelecido no âmbito do STF.

Quanto aos 34% restantes, observa-se que, de acordo com a Audiência Pública nº 4, não se encontra dentro do escopo de interferência autorizativa do Poder Judiciário nas políticas públicas em saúde, uma vez que o medicamento pleiteado já era dispensado pela via pública.

Nos moldes do que ficou definido na referida audiência, o fornecimento na versão pleiteada apenas seria legítimo se ficasse comprovado, ao longo da instrução processual, a ineficácia e a impropriedade da tecnologia do medicamento fornecido pelo sistema público.

Essa exigência fundamenta-se no fato de que, conforme alertou o Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (2004, p. 18),

muitos dos lançamentos no mercado são de medicamentos com pequenas alterações ou adições nas moléculas já disponíveis. (...). Frequentemente, apresentam preços elevados, com custo/tratamento significativamente superiores ao seu antecessor e **desproporcionais em relação à resposta obtida no tratamento.** (grifos nossos).

Em relação aos dez medicamentos mais onerosos obtidos pela via judicial, 6 deles não possuem registro pela ANVISA. Observa-se que a ausência de inscrição nesta Autarquia é a certificação de que o fármaco

(...) não tem autorização oficial para ser comercializado em ampla escala no Brasil porque, mesmo em seus países de origem, ainda não passou por todos os testes pré-clínicos (em modelos animais) e clínicos (em seres humanos) necessários para evidenciar sua segurança de uso e eficácia (PIERRO, Bruno de; 2017, p. 20).

Nesse ponto, atua em descompasso com as decisões adotadas na Audiência Pública nº 4, a prestação jurisdicional que autoriza a compra de medicamentos não registrados na ANVISA. Certo é que, nos parâmetros delineados na referida audiência, a ausência de apontamentos que atestem a segurança e eficácia por essa Autarquia impedem a concessão do fármaco ou tratamento pleiteado, seja na esfera judicial ou por requerimento na via administrativa.

Assim, antes os fatos alegados e os expressivos dados aduzidos, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário na esfera de atribuições dos demais Poderes, a partir do fenômeno da judicialização da saúde, não vem observando os exatos contornos delimitados na Audiência Pública nº 4. A prestação jurisdicional em saúde, mediante o que se observa nas decisões judiciais sobre o tema, vem ocasionando, em verdade, a quebra de isonomia e do princípio da universalidade entre os usuários do Sistema Único de Saúde, problema sobre o qual importa analisar.

3.4.3. A judicialização da saúde e a violação aos princípios da isonomia e da universalidade:

De acordo com Buíssa, Beviláqua e Moreira (2018), apesar de crescente o número de ações envolvendo a saúde pública, estima-se que apenas 30% dos indivíduos envolvidos em controvérsias requerendo algum recurso em saúde procuram o Poder Judiciário para ter a sua demanda atendida, existindo uma relação entre a litigância e os níveis de desenvolvimento humano. Desse modo, a procura ao atendimento jurisdicional será maior nas regiões que possuem mais recursos humanos.

Nesse sentido, a partir da judicialização, verifica-se que indivíduos com a mesma condição clínica podem obter tratamentos diferentes, a depender da região do país em que se encontram, visto que localidades com maior nível de desenvolvimento socioeconômico impulsionam requerimentos na via judicial. Essa situação fere o princípio da equidade, uma vez indivíduos em idêntica situação são tratados de formas diferentes, privilegiando-se alguns em detrimento da maioria.

Pela judicialização da saúde, é possível que indivíduos que reclamam pelos mesmos recursos na esfera judicial, tenham sua demanda à saúde atendida antes daqueles que já se encontram aguardando há mais tempo na lista do sistema público de saúde. Como bem preceituam Buíssa, Beviláqua e Moreira (2018, p. 37-38),

(...) a interferência do Judiciário quebra a ordem de preferência (fila) nos hospitais, com reserva de escassos leitos médicos para pacientes que, muitas vezes, encontram-se em estado menos grave do que diversos outros. Noticiaram-se casos em que se decretou a prisão de médicos que não atenderam decisão judicial determinando a disponibilização de vagas em UTI, por falta de leitos desocupados. O Conselho Regional de Medicina repudiou tal procedimento, **alegando que caberia ao médico avaliar a gravidade e a prioridade de pacientes nas UTIs (...)** (grifos nossos).

Desse modo, a partir de requerimentos na esfera judicial, é possível que indivíduos consigam o tratamento pleiteado antes de todos os outros que aguardam na fila do SUS, ainda que não haja urgência, retirando-se a prioridade de atendimento aos casos mais graves.

Ademais, o gasto de recursos públicos com insumos e tratamentos médicos determinados por decisão judicial, além de permitir tratamentos mais caros a quem socorre-se ao Poder Judiciário, pode inviabilizar que aqueles que não se utilizem do expediente da litigância fiquem sem receber tratamento pelo SUS. Conforme explica Schulze (2018, p. 16)

(...) a “tragédia dos comuns” é muitas vezes lembrada na Judicialização da Saúde. Vale dizer, enquanto alguns ganham com decisões favoráveis, outros ficam sem a cobertura prometida pelo SUS porque os recursos já foram utilizados por quem chegou na frente. Assim, ganha quem for mais rápido.

Assim, observando que os recursos para o cumprimento das decisões judiciais em saúde compreendem-se dentro de todo o orçamento destinado pelos entes federados ao planejamento e execução das políticas públicas em saúde, importa analisar os impactos da judicialização da saúde aos cofres públicos, a partir da observância dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial.

3.4.4. Os custos advindos da judicialização: entre a reserva do possível e o mínimo existencial

A pesquisa “Judicialização da Saúde: perfil das demandas, causas e propostas de solução”, elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revelou que o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou em 130% entre 2008 e 2017. O Ministério da Saúde, por sua vez, divulgou que o seu orçamento registou, em sete anos, um crescimento de 13 vezes nos gastos com as demandas judiciais. (CNJ, 2019).

Um levantamento no Ministério da Saúde aponta que, desde 2010, houve um aumento de 727% nos gastos da União com demandas judiciais envolvendo a aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realizações de cirurgias e depósitos judiciais (CONASEMS, 2016).

Apenas no ano de 2016, constata-se que a soma dos gastos para compra de medicamentos por cumprimento de determinação judicial pelos entes federativos tenha chegado ao montante de R\$ 7 bilhões. Parte significativa desse valor foi utilizada para custear medicamentos de alto preço. O Ministério da Saúde registra que gastou R\$ 654 milhões na compra de 10 medicamentos para atender 1.213 pessoas. Em São Paulo, 4% dos fármacos comprados por deferimento de ações judiciais equivalem a 90% dos gastos com as demandas de judicialização em todo o estado (PIERRO, 2017).

Ademais, verifica-se que de 20 a 30% dos pacientes que conseguem o fármaco através da esfera judicial, em São Paulo, não comparecem para retirá-lo nas Secretarias de Saúde. Os principais motivos são a mudança de ideia do paciente, a desistência do tratamento ou a opção por outro método de assistência terapêutica. Nesses casos, tenta-se direcionar o medicamento para outra pessoa que tenha a mesma condição clínica, embora mais da metade dos pedidos

sejam de uso exclusivo. Quando não é possível o redirecionamento, estoca-se o fármaco, mas quando passa a sua validade, é preciso incinerá-lo (PIERRO, 2017).

A partir dos dados apresentados, constata-se a trágica transferência de recursos destinados à assistência de saúde a toda a coletividade para o cumprimento de determinações judiciais capazes de beneficiar uma ínfima parcela da sociedade. Os gastos em saúde para custear insumos e tratamento de saúde de alto custo, mediante decisão judicial, vem ocasionando questionamentos entre os juristas sobre a capacidade do Estado em sustentar, a longo prazo, os gastos cada vez mais excessivos em saúde para atender poucos indivíduos, em detrimento das necessidades coletivas em saúde pública.

Conforme aduz Wang (2009, p. 309),

(...) os efeitos de uma decisão que concede um direito social para um demandante não se limitam ao Estado que deve gastar um montante de dinheiro e ao cidadão que receberá um determinado bem ou serviço. **Mas eles se estendem aos outros membros da coletividade que, dada a realidade da escassez de recursos, poderão deixar de ter algumas de suas necessidades atendidas pelo poder público em razão da escolha alocativa determinada judicialmente ter favorecido aquele que impetrou a ação.** (grifos nossos)

Certo é que o cumprimento das decisões judiciais vem sobrecarregando o orçamento destinado à saúde, de modo que o custeio de terapêuticas excessivamente onerosas para poucos indivíduos vem prejudicando a prestação do direito à saúde para a coletividade, que passa a contar com bem menos recursos para atender as inúmeras demandas em saúde capazes de beneficiar um grande contingente populacional.

Assim, observa-se que o fenômeno da judicialização na área da saúde não vem respeitando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, que correspondem aos parâmetros de constitucionalidade do controle judicial das políticas públicas e dos contornos decisórios delineados na Audiência Pública nº 4.

De um lado, o comprometimento de grande parte dos recursos em saúde para atender a determinações judiciais demonstra a impossibilidade do Estado em continuar arcando com tratamentos médicos tão elevados, encontrando, assim, limites na reserva do possível. Por outro lado, a escassez de recursos engendrada pela judicialização ocasiona a ausência de assistência à coletividade, denegando à maioria dos indivíduos o direito ao mínimo existencial.

Desse modo, considerando que os elevados gastos em judicialização não estão se pautando nos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, necessário observar

sobre quais prestações de saúde vem recaindo as decisões judiciais sobre o tema, de forma a se verificar se os insumos e tratamentos fornecidos pela prestação jurisdicional correspondem ou deveriam corresponder a uma política pública em saúde.

A importância dessa análise reside no fato de que, no âmbito dos direitos sociais, a legitimidade da interferência do Poder Judiciário está circunscrita aos contornos que tais instrumentos políticos delimitam para o que se compreende como saúde enquanto direito a ser prestado sob um viés coletivo.

3.4.5. A judicialização para além das políticas públicas em saúde:

De acordo com dados do Ministério da Saúde, somente no âmbito da União, insumos como loção hidratante, protetor solar, álcool em gel, fita crepe e xampu anticaspa constam na lista de gastos com a judicialização da saúde, desde 2010 (CONASEMS, 2016).

Observa-se, portanto, que além de tratamentos médicos, diversos outros tipos de insumo vêm sendo dispensados pela via judicial. No entanto, é preciso questionar se é legítima a concessão de tais bens por determinação judicial, uma vez que insumos como os mencionados não integram nenhuma política pública em saúde.

Esses produtos tratam-se, em verdade, de bens adquiridos de forma privada no mercado de consumo, sem nenhuma obrigação do Estado em prestá-los. Certo é que, no âmbito dos direitos sociais, é preciso delimitar o campo em que se projetará a prestação de bens materiais, uma vez que os recursos são escassos e as necessidades individuais infinitas, sendo impossível conceber tudo a todos.

Por esse motivo é que tanto a doutrina majoritária de controle de constitucionalidade quanto a Audiência Pública nº 4 foram uníssonas em pautar a judicialização apenas sob o estrito limite das políticas públicas, sem ampliar o campo de atuação do Poder Judiciário para compreensões de direito à saúde que não estejam amparadas nas leis, na Constituição e nas escolhas políticas eleitas e veiculadas através desses instrumentos.

Nesse sentido, verifica-se que, a partir da judicialização da saúde, não apenas insumos diversos têm sido fornecidos pelo Estado, a partir de ordem judicial. Há também a dispensa, pela via jurisdicional, de inúmeros medicamentos, cirurgias, leitos e equipamentos não incluídos em políticas públicas, o que vem ocasionando uma crise de legitimidade na interferência do Poder Judiciário na área da saúde pública.

Na maior parte dos casos, o que vem acontecendo é a recusa pelo demandante da política pública de saúde adotada e efetivamente prestada pelo SUS, sem a comprovação de ineficácia ou impropriedade da tecnologia terapêutica incorporada pelo sistema público (PIERRO, 2017). Todavia, de acordo com as decisões encampadas em sede da Audiência Pública nº 4, situações como essa inviabilizam a concessão de quaisquer tratamentos pela via judicial, de modo a ser prestado ao requerente o procedimento existente no Sistema Único de Saúde (SUS).

Assim, se não há omissão do Poder Público na prestação à saúde, ilegítima é a interferência do Poder Judiciário nas políticas de saúde, pois, conforme a teoria do controle judicial e as decisões encampadas em sede da Audiência Pública nº 4, um dos marcos autorizativos da judicialização diz respeito à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização de direitos fundamentais.

Dessa forma, constata-se que a tensão entre os Poderes é fruto da insistente violação aos marcos autorizativos que legitimam a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas em saúde. Fato é que o Judiciário, a partir de sua atuação, vem restringindo o conceito de direito à saúde, em sentido contrário à proposta integral e democrática de saúde instituída pela norma constitucional, infortúnio sobre o qual interessa discorrer.

3.4.6. Os óbices da judicialização para uma proposta de saúde integral e democrática:

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde passou a integrar uma proposta ampla, em que as condições de saúde estão alicerçadas nas circunstâncias socioeconômicas em que os indivíduos estão inseridos. Assim, a promoção da saúde pelo Poder Público perpassa a garantia pelo Estado ao mínimo existencial em todas as áreas da existência humana que sejam capazes de influenciar o nível de saúde dos indivíduos, como nutrição, trabalho, saneamento básico, escolaridade, moradia, renda e meio-ambiente.

No entanto, a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, a partir da judicialização, aponta para a transferência de grande parte dos recursos em saúde a fim de atender demandas de aspecto curativo, em que a ênfase está direcionada ao tratamento das doenças que acometem a condição física de alguns indivíduos.

A partir da judicialização, portanto, observa-se o elevado comprometimento dos recursos em saúde para atender a demandas individuais, em detrimento das ações políticas que visam a proporcionar condições de saúde para a coletividade como um todo. Ademais, sob o manto da judicialização, verifica-se que a saúde é reduzida ao tratamento dos doentes,

esquecendo-se das dimensões preventiva e promocional a que a Constituição Federal visou enfatizar.

Assim, considerando que, no âmbito dos direitos sociais, os recursos serão sempre limitados, ante as infinitas demandas a que o Estado é instado a proporcionar, é preciso fazer escolhas. No entanto, na dimensão da saúde pública, tais escolhas vêm sendo eleitas pelo Poder Judiciário, em completo descompasso ao que a Constituição Federal visou consagrar.

Certo é que, a partir do Texto Constitucional de 1988, a participação da sociedade no âmbito do direito à saúde alcançou o status de garantia constitucional, após longos séculos de árdua batalha no campo dos movimentos sociais em prol da integração social nas decisões políticas.

A participação da comunidade, prevista no art. 198, III, da CF/1988, dispõe sobre a influência direta exercida pela sociedade sobre as ações políticas adotadas no âmbito da saúde, mediante a organização das Audiências Públicas, dos Conselhos e Conferências em Saúde. Ademais, a participação também ocorre de forma indireta, a partir da escolha dos representantes políticos que, por sua vez, são responsáveis pela concepção e efetivação das políticas públicas em saúde. Contudo, essa prerrogativa social vem sendo constantemente ameaçada, a partir da atuação do Poder Judiciário além dos estritos limites que admitem a sua intervenção.

Dessa forma, a atuação do Judiciário, para além dos problemas já enfrentados, importa em um duplo retrocesso para a promoção da saúde pública no Brasil, pois, se de um lado reduz a proposta do direito à saúde à dimensão terapêutica e curativa, por outro, torna sem efeito a participação social no direito de escolha das prioridades em saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampla proposta em saúde estabelecida pelo Texto Constitucional de 1988 aduz para uma grande conquista alcançada pela sociedade brasileira no campo social, após um longo processo de maturação político-ideológica. Verifica-se que a saúde passou de parcas ações preventivas governamentais e da assistência terapêutica restrita à esfera particular para uma ampla prestação pública que, além de adotar medidas profiláticas e curativas, elevou esse direito a uma dimensão promocional, a partir, sobretudo, das políticas públicas que visem à garantia do mínimo existencial a todos os indivíduos nas mais diversas esferas da vida social.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o direito à saúde será prestado em um Sistema Único de Saúde (SUS) pautado pelos princípios da universalidade, da integralidade, da descentralização e da participação popular. A partir do princípio da universalidade, as prestações em saúde são direcionadas a todos os indivíduos, independente de quaisquer contribuições ao financiamento do sistema, de acordo com as necessidades de cada um e no limite do que a rede pública possa oferecer igualmente a cada pessoa.

Pelos princípios da integralidade e da descentralização, as demandas em saúde podem se referir a intervenções de baixo, médio e alto grau de complexidade, de forma que a rede pública se estrutura para atender tais solicitações nos níveis de organização federativa municipal, estadual e federal. Por fim, mediante o princípio da participação popular, a sociedade tem direito à participação direta nas escolhas em saúde, a partir dos mecanismos de comunicação com os gestores públicos e de fiscalização das ações em saúde empreendidas.

Todavia, a concepção de direito à saúde inaugurada pela nova ordem institucional estabelecida a partir de 1988 vem sofrendo óbices para a sua efetivação. Certo é que, na última década, a partir da interferência do Poder Judiciário nas demandas que versem sobre pedidos relativos à saúde em face do Poder Público, a concepção de saúde coletiva instituída pelo Texto Constitucional tem sofrido graves deturpações ainda que sejam assegurados alguns tratamentos individualizados.

Por esse motivo, a interveniência do Judiciário no âmbito das políticas públicas em saúde vem se tornando objeto de preocupação e investigação pelos juristas e atores do sistema de justiça, uma vez que esses instrumentos de veiculação de direitos dizem respeito ao campo precípuo das escolhas sociais que, por isso, remetem aos Poderes Públicos que se regem pelo sistema de representação política.

Assim, a interferência do Poder Judiciário nas demandas de direito à saúde não deve substituir a atuação do Poder Legislativo e Executivo. Não sendo os magistrados escolhidos

pelo sistema de representação política, não estão subordinados à expressão da vontade popular pelas escolhas veiculadas em políticas públicas. Nas ações de judicialização, o juiz deve, assim, examinar a legalidade da omissão do gestor, visto que nem todos os pedidos de insumos e tratamentos médicos estão abarcados na compreensão de direito à saúde.

Desse modo, compreender os elementos que integram o direito à saúde, de acordo com os critérios desenhados pela Constituição é, portanto, um dos primeiros parâmetros (e limites) para o deferimento das demandas judiciais na área da saúde que chegam diariamente à mesa dos magistrados em todo o país. Entender o que se compreende por direito à saúde, mediante o que expõe o texto constitucional, é um critério imperativo a ser utilizado pelo Poder Judiciário para separar as ações relativas à saúde em que sua atuação será legítima na interferência dos outros Poderes.

Em face de todo o exposto, conclui-se que a intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas em saúde tem trazido graves consequências à promoção e ao desenvolvimento do direito fundamental à saúde em sua precípua dimensão coletiva, estabelecida pelo art. 6º da Constituição da República, uma vez que as demandas judiciais relativas ao tema compreendem a saúde pública pelo enfoque estritamente individual. Ademais, a constante ingerência do Poder Judiciário nas ações que versem sobre a prestação da saúde pública vem ocasionando a quebra dos princípios da universalidade e da isonomia, visto que, a partir das decisões judiciais, os usuários em similares condições passam a receber prestações em saúde diferentes do Poder Público.

Constata-se também que as decisões judiciais em saúde em face do Poder Público não se fundamentam sob os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, além de estender o campo de atuação do Poder Judiciário para além dos instrumentos das políticas públicas em saúde. Por fim, verifica-se que o fenômeno da judicialização vem impedindo a prestação do direito à saúde a partir do modelo de saúde integral instituído pela norma constitucional e violando a prerrogativa de participação social nas escolhas em saúde, ante o direcionamento de grande parte do orçamento destinado a esse direito para o cumprimento das decisões judiciais.

Certo é que, pelo movimento da judicialização, observa-se uma catastrófica transferência de recursos destinados à assistência de saúde a toda a coletividade para o cumprimento de determinações judiciais capazes de beneficiar uma ínfima parcela da sociedade, retirando-se da arena política a escolha social relativa à alocação das verbas orçamentárias vinculadas à promoção do direito à saúde.

Assim, as pesquisas desenvolvidas para a elaboração desse trabalho confirmaram a hipótese inicial de que as consequências nefastas advindas da judicialização decorrem de uma baixa adesão pelos magistrados e Tribunais aos parâmetros existentes para uma adequada intervenção do Judiciário em matéria de atribuição dos demais Poderes, a partir da inobservância aos marcos limítrofes aduzidos na teoria do controle judicial de políticas públicas e da importante decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública nº 4.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica: Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2004.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198> >. Acesso em: 20 out. 2021.

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

BUÍSSE, L.; BEVILÁQUA, L.; MOREIRA, F.H.B.B. Impactos Orçamentários da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (orgs.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

6. CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**. 2013, v. 27, n. 78, pp. 7-26. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/ea/a/HpvKjJns8GhnMXzgGDP7zzR/?lang=pt&format=pdf> >. Acesso em: 25 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: < <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf> >. Acesso em: 21 out 2021.

CONASEMS. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados, 2016. Disponível em: < <https://www.conasems.org.br/cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados/> >. Acesso em: 21 out. 2021.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio e BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

EXPECTATIVA de vida do brasileiro atinge 76,3 anos, aponta IBGE. Censo IBGE, 2019. 28 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018.html> >. Acesso em: 15 ago. 2020.

FLAESCHEN, Hara. 208 milhões de brasileiros usufruem do Sistema Único de Saúde. **ABRASCO**, 2018. Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2018. Disponível em: < <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/208-milhoes-de-brasileiros-usufruem-do-sus/38054/> >. Acesso em 15 ago. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, [S. l.], v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010.

MATTA, Gustavo. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: Matta, Gustavo Correa (org). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do sistema único de saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV / Fiocruz, 2007.

NUNES, Andréia R. Schneider. Políticas públicas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas> > Acesso em: 20 out. 2021.

14. PAIM, Jairnilson S.; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Saúde coletiva: uma "nova saúde pública" ou campo aberto a novos paradigmas? **Revista de Saúde Pública**, [S. l.], 1998, v. 32, n. 4. Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rsp/a/PDRmKQr7vRTRqRJtSgSdw7y/?lang=pt#> >. Acesso em 10 ago. 2021.

PIERRO, Bruno de. Demandas crescentes: parcerias entre instituições de pesquisa e a esfera pública procuram entender a judicialização da saúde e propor estratégias para lidar com o fenômeno. **Revista Pesquisa FAPESP**, São Paulo, n. 252, p. 18-26, fev. 2017.

VACCARO, S. B.; VASCONCELOS, L. T.; BORGES, L.F. Apontamentos para a compreensão do debate sobre a judicialização da saúde. In: *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 297-313, jan./jun. 2016.

_____. A perigosa inter-relação do Judiciário com o Sistema Único de Saúde. In: DI RENZO, M. L. M. (Ed.) **Direitos Humanos e Vulnerabilidade em Políticas Públicas**. São Paulo: Santos, 2017, p. 189-206.

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.

SCHULTZE, Clênio Jair. Direito à Saúde e a Judicialização do Impossível. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (orgs.). **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília: CONASS, 2018.

WANG, D. W. L. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 308-318, 2009. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13158> > . Acesso em: 20 out 2020.