

**UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

VANILSON VIANA CARDOSO

A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO A SAÚDE

Ijuí (RS)
2014

VANILSON VIANA CARDOSO

A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO A SAÚDE

Monografia final do Curso de Graduação em
Direito objetivando a aprovação no
componente curricular Monografia
UNIJUI - Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul
DCJS - Departamento de Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientador: MSc. Aldemir Berwig

Ijuí (RS)
2014



DCJS - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Graduação em Direito
CCPEGD – Colegiado de Coordenação do Programa de Ensino de Graduação em Direito

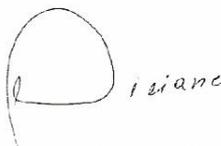
DECLARAÇÃO Nº 17/2014– 1º semestre

Declaramos, para os devidos fins, que se encontra registrado no Livro de Atas (Ata nº 17/2014 – 1º semestre) de defesas de monografias do Curso de Graduação em Direito, Câmpus Ijuí, que **Vanilson Viana Cardoso** (RG: 102532), defendeu sua monografia de graduação na data de 01 de Julho de 2014, obtendo nota 100 (cem).

A monografia, intitulada “A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO A SAÚDE” foi apresentada à Banca Examinadora integrada pelo (a) professor (a) Aldemir Berwig, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, orientador (a) do (a) graduando (a) e presidente da Banca, e pelo (a) professor (a) Daniel Rubens Cenci, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.

Declaramos, ainda, que o (a) graduando (a) deverá entregar no Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, **no prazo de (10) dez dias à contar da data de defesa, uma via da versão definitiva do Trabalho de Curso em formato PDF, gravada em CD, incorporando sugestões da banca examinadora e, caso seja aprovado (a) com nota igual ou superior a 80 (oitenta),** deverá entregar termo de autorização (anexo) para publicação de seu trabalho no acervo digital da Biblioteca Universitária Mario Osório Marques, condição *sine qua non* para a expedição do certificado de conclusão do curso.

Passado na Secretaria da Coordenação do Curso de Graduação em Direito, Câmpus Ijuí, ao primeiro dia do mês de julho de 2014.



Lisiane Beatriz Wickert
Coordenadora do Colegiado de Coordenação
do Curso de Graduação em Direito

Dedico este trabalho aos meus pais por terem me proporcionado o ensino superior, e a todos que de uma forma ou outra prestaram auxílio durante todos estes anos da minha caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, acima de tudo, por me proporcionar saúde, sabedoria e paciência.

Aos meus pais pela confiança depositada em mim em toda a minha trajetória.

A minha companheira Cátia, quem me acompanhou nesses anos de caminhada, sempre dispensando apoio e força.

A todos os amigos e professores que colaboraram de uma forma ou outra durante minha trajetória acadêmica e em especial na construção deste trabalho, meu muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfica faz uma análise do fenômeno da judicialização da saúde pública no Brasil. Discute-se brevemente a evolução desse direito, buscando-se compreender a atuação do Poder Judiciário em face das situações em que ocorre a omissão do Poder Executivo. Do mesmo modo, analisa-se a amplitude das garantias sociais estabelecidas pela Constituição de 1988, bem como a necessidade de uma melhor atuação do poder público. Por fim, são tecidas considerações acerca das possíveis conseqüências decorrentes da atuação do órgão julgador, uma vez que desprovido de qualificação técnica voltada para os parâmetros das políticas públicas executadas pelos gestores.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Direitos Sociais. Direito à Saúde. SUS.

ABSTRACT

The present monographic research analyzes the phenomenon of the judicialization of the public health in Brazil. The evolution of this right is briefly discussed, seeking to understand the operation of the judiciary in face of the situations in which occur the omission of the executive. Likewise, it is analyzed the amplitude of the social guarantees established by the 1988 Constitution, as well as the necessity of a better operation of the government. Lastly, the paper presents some considerations about the possible consequences arising from the operation of the judging organ, once devoided of the technical qualification headed to the parameters of public policies executed by the administrators.

Keywords: Judicialization of health. Social rights. The right to health. SUS.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	10
1.1 Do período colonial à Ditadura Militar	11
1.2 Constituição de 1988 – Saúde como um direito de todos e dever do Estado.....	16
1.3 Lei 8.080/1990 e o Sistema Único de Saúde.....	22
2 ASSISTÊNCIA SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	29
2.1 Subjetividade da dignidade da pessoa humana face os direitos sociais.....	30
2.2 Ineficácias da saúde pública e uma questão de desigualdade social	33
2.3 Direitos sociais e a dignidade da pessoa humana nas constituições estrangeiras, semelhanças com a brasileira	39
3 DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE.....	46
3.1 Perfis das demandas	47
3.2 Sobre a proposta de criação de varas especializadas em demandas de saúde e o papel do judiciário frente a problemática	54
3.3 A judicialização da saúde como reflexo da falência de outros setores sociais e da gestão	59
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa estuda o fenômeno da Judicialização do acesso ao atendimento público em saúde. Trata inicialmente da construção e evolução a partir da linha histórica do modelo assegurado pela Magna Carta de 1988, em especial sobre a regulamentação trazida pela Lei 8.080/1990, qual dispõe sobre as diretrizes da saúde pública, dentre outros dispositivos relacionados. Assim, faz-se uma abordagem dos entendimentos apresentadas por doutrinadores e cientistas da área, bem como dadas manifestações dos tribunais, em face da efetivação do direito constitucional em questão, além das discussões travadas recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça, quando propôs a criação de varas especializadas para o julgamento de lides dessa natureza.

A abordagem em grande parte refere-se ao espaço local, assim entendido o município, uma vez que este abriga e faz a gestão da maior parcela das portas de entrada do serviço público de saúde, além de configurar uma das poucas oportunidades de diálogo, em que ocorre o contato pessoal entre gestor e cidadão.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que uma vez objetivando suprir a omissão do poder público, em muitos casos, a judicialização da saúde tem sido método primordial. Deste modo, se busca analisar o motivo pelo qual a prestação de saúde pública no Brasil tem se revelado tão deficiente, ao ponto de o Poder Judiciário se mobilizar para dar tratamento peculiar a estas questões, bem como as possíveis conseqüências desta atuação e o papel incumbido aos órgãos de fiscalização.

O estudo também aborda a dimensão de assistência social estabelecida na Constituição de 1988, em especial do direito a saúde, haja vista a finitude dos recursos públicos para financiamento destas ações, bem como a possível necessidade de maior participação coletiva. Ainda, busca-se junto ao contexto histórico do aludido direito, respostas sobre as principais

causas do processo de judicialização, e quais alternativas em sede do papel do gestor e Poder Judiciário melhor se aplica para a concretização dessa garantia, levando-se em conta um método que vise, sobretudo, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro trata da construção dos direitos sociais no Brasil. O segundo sobre a assistência social e a dignidade da pessoa humana. O terceiro tópico encerra com a abordagem sobre as demandas judiciais em saúde.

1 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Antes de se adentrar na discussão central, faz-se necessário ainda que breve, o levante histórico da saúde pública no Brasil, e as suas relações exteriores. Destarte, o modelo tem a base de ação sob a ótica do estado, que por sua vez é formado a partir de um conjunto de interesses sociais, ou seja, das organizações sociais e políticas das populações. No entendimento mais conhecido, saúde se traduz no emprego da medicina, ainda que por médicos ou não, com o fim de fundar regulamentos e ofícios no meio.

Para Maria Zélia Rouquayrol e Naomar de Almeida Filho:

[...] A saúde pública intervém buscando evitar doenças, prolongar a vida e desenvolver a saúde física e mental e eficiência. A epidemiologia persegue a observação exata, a interpretação correta, a explicação racional e a sistematização científica dos eventos de saúde-doença em nível coletivo, orientando, portanto, as ações de intervenção. (ALMEIDA FILHO; ROUQUAYROL, 1999, p. 25).

Essa definição transcende aos tempos de hoje com base na transmissão da acepção de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS). Assim, tem representatividade a realização de conferências mundiais de saúde, capazes de reunir grande número de nações, em prol da constante promoção do bem-estar físico, psíquico e social.

No Brasil, conforme se pretende ilustrar com o desfecho da pesquisa, nas palavras de Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 81), “qualquer investigação em torno do direito à saúde é bastante para afirmar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõe o conteúdo desse direito fundamental”. Por ora, diferente do que aconteceu em outros países, nesta nação os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, não foram resultado de uma luta social propriamente dita, de modo que o progresso alcançado neste meio ainda é falta para salvaguardar a força política. Neste sentido, entende-se que a predominância de questionamentos em face de omissão do Estado, no caso da concretização do direito social da saúde é sinal de “dissonância entre o ideal revolucionário de equidade entre todos e a limitação dos direitos de participação e de sufrágio, por razões econômicas e culturais” (FIGUEIREDO, 2007, p. 21). Essa característica predominante dos direitos em questão será

evidenciada, na medida em que o presente capítulo trará a construção em linha histórica, dos direitos sociais no Brasil.

1.1 Do período colonial à Ditadura Militar

A partir da leitura de estudo realizado pelo Ministério da Saúde (MS), (BRASIL, 1979), a saúde pública no Brasil durante sua evolução revela importantes protagonistas, pessoas e instituições, desta última, algumas atuando até hoje, como é o caso da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), Fundação Carlos Chagas (FCC), Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (BIO MANGUINHOS), Instituto Butantan, e o Instituto Adolfo Lutz. Estas entidades apresentam-se como grandes representantes de competência do poder público na construção de um sistema de saúde de natureza pública e equitativo no país, dada as atividades desenvolvidas ao longo das décadas.

Em linha histórica, considerando que a nação brasileira é recente no que tange a formação de um estado democrático de direito, nada existia a pouco mais de duzentos anos atrás. Enquanto ainda colônia de Portugal inexistiu serviços voltados à saúde, uma vez que em momento algum o modelo exploratório se preocupava com qualquer tipo de promoção, ou amparo social, e nisso inclui-se a saúde. Sobrevinha, entretanto, o trabalho dos boticários que viajavam pelo território, a medicina dos jesuítas e os rituais dos índios acompanhados do uso de ervas medicinais. Do mesmo modo que “em 1789 havia no Brasil quatro médicos”, e ambos “residiam no Rio de Janeiro” (SALLES, 1971, p. 53).

Em sede de patologias, os povos nativos do Brasil, uma vez que não possuíam contato com o mundo exterior, desconheciam grande parte das doenças trazidas pelos colonizadores europeus, dentre as quais, muitas até hoje são motivo de demanda expressiva junto aos serviços de saúde. Com a existência ameaçada desde então, a vinda do conquistador europeu gerou muitas moléstias e mortes nos grupos indígenas que aqui já habitavam.

Com chegada da Corte Portuguesa em 1808 criou-se as primeiras instituições com o objetivo de efetuar o controle sanitário dos produtos comercializados e consumidos, além dos estabelecimentos comerciais. Do mesmo modo que havia uma preocupação em se combater a propagação de doenças, principalmente das epidêmicas, também se buscou a partir de então, o desenvolvimento de condições básicas de saneamento, bem como a fiscalização dos profissionais em saúde que começavam a se multiplicar. Assim, a instalação oficial da vigilância sanitária no Brasil se deu em “28 de janeiro de 1808, quando D. João VI assinou em Salvador (BA), então capital brasileira, o ato que abriu os portos às nações amigas” (BRASIL, 2013a).

Os métodos médicos do início do século XIX, contou com também com Santas Casas de Misericórdias e hospitais militares.

Em 1828, quando já instituído o império brasileiro, Dom Pedro I transferiu as ações de saúde para os municípios e iniciou-se o processo de municipalização destes atos. Neste momento, surge, de acordo com registro de posturas feitas pela Câmara Municipal de Vereadores do Rio de Janeiro, o código de posturas, que institui na capital do império normas para cemitérios, águas, alimentos, exercício da medicina, da farmácia, controle de medicamentos, hospitais, casas de saúde e fábricas.

Em 1850, um ano após a epidemia da febre amarela no Rio de Janeiro, criou-se a Junta Central de Higiene Pública, com cunho de regulamentar e fiscalizar as ações que pudessem afetar a saúde pública.

Posteriormente, em 1860, cinco anos após epidemia de cólera, criou-se a Estação de Tratamento de Esgoto do Rio de Janeiro, sendo a então capital do Brasil a quinta cidade do mundo a montar este sistema.

Permanecendo estagnadas as ações de saúde pública por mais de vinte anos, enquanto a população crescia significativamente, em especial no meio urbano, o Decreto 9.554, de 3 de fevereiro de 1886 propôs uma reorganização dos Serviços Sanitários do Império. Tais como a

criação da Inspetoria Geral de Higiene, dos Serviços Sanitários Terrestres, Inspetoria Geral de Saúde dos Portos e os Serviços Sanitários Marítimos.

Marcado com o início da era republicana, em 1889, tem-se a regulação do serviço de polícia sanitária e normas para impedir o desenvolvimento de epidemias, bem como o início da organização das administrações sanitárias estaduais. Dois anos depois, a Constituição de 1891 determinou que, cabia aos estados a responsabilidade pelas ações de saúde e saneamento. É o que se entende a partir da leitura da obra de Eleonor Minho Conill no seu texto sobre Epidemiologia e Sistema de Saúde (CONILL, 2002, p. 68):

As políticas de saúde ocorrerão, na virada do século XIX para o século XX com as mudanças no modo de produção, aliando autoritarismo ao nascente cientificismo europeu. Oswaldo Cruz, oriundo do Instituto Pasteur, irá enfrentar as epidemias da época (febre amarela e varíola) que ameaçam a “saúde dos portos” e a agro-exportação por meio de campanhas com vacinações e inspeções sanitárias. Com a industrialização e a urbanização, os anos vinte verão surgir novas formas de proteção da força de trabalho com as Caixas de Aposentadorias e Pensões [...]

A reforma na saúde foi projetada a partir de 1903, por Oswaldo Cruz, então diretor Geral de Saúde Pública. Dentre as iniciativas de Cruz, destaca-se a primeira grande estratégia adotada para combater doenças, que é a campanha de vacinação obrigatória. Entretanto o método foi alvo de discussão e muita crítica, desencadeando um movimento no Rio de Janeiro que ficou conhecido como a Revolta da Vacina. Sobre a questão disse Rui Barbosa:

[...] Não tem nome, na categoria dos crimes do poder, a temeridade, a violência, a tirania a que ele se aventura, expondo-se, voluntariamente, obstinadamente, a me envenenar, com a introdução no meu sangue de um vírus sobre cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutor da moléstia ou da morte. (apud SEVCENKO, 1993, p.15).

O trecho revela o temor da população em um momento histórico marcado pelo surgimento de pensamentos voltados à proteção da saúde. Ainda que exagerados tenham sido os métodos de controle adotados, os questionamentos deram início a uma política preocupada em evitar a proliferação de doenças que acometia as comunidades, principalmente as do meio urbano. Então, em 1920, o Decreto 14.189, de 26/5/1920 criou o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP). Em seguida, no ano de 1923, surge a lei Elói Chaves, criando as

Caixas de Aposentadoria e Pensão, mantidas pelas empresas que ofereciam esses serviços aos seus funcionários. Com ressalva de que somente os empregados urbanos poderiam ser beneficiados.

Durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas em 1930, foi criado o Ministério da Educação e da Saúde Pública (MESP). Entretanto, nos anos que sucederam à era Getulista, mesmo mantendo-se as ações de saúde pública, que compreendiam a promoção, controle e a prevenção de doenças transmissíveis, a assistência permaneceu dependente da caridade dos hospitais e profissionais de saúde. Neste sentido, elucida a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), (BRASIL, 2004), que no ano de 1948 ocorreu a:

Criação do primeiro Conselho de Saúde, considerado por William Wech o marco inicial da Saúde Pública moderna. A saúde do povo era integralmente reconhecida como importante função administrativa de governo. Quanto melhores as condições de saúde da população, tanto maiores seriam as possibilidades econômicas de um país.

Com a crise do regime de capitalização, o nascimento do Sanitarismo Desenvolvimentista, e promulgação de uma nova constituição em 1946, entende-se que entre os anos de 1945 e 1968, o país viveu 19 anos de ensaio democrático. Assim, a saúde pública passou a contar com uma estrutura voltada para a centralização, bem como se buscou definir programas e serviços verticalizados para programar campanhas e ações sanitárias. Da mesma forma que a assistência médica passou a ser decidida sob uma ótica democrática com o funcionamento dos poderes republicanos e manifestações livres de direito. Destarte esse período exigiu do Estado a ampliação e a rearticulação de suas funções para suprir as necessidades advindas do aprofundamento da concentração urbana e da modernização do país. Isso se transcreve no plano de governo 50 anos em 5 de Juscelino Kubitschek (JK), presidente que governou o Brasil entre 1956 e 1961.

O golpe militar de 1964 trouxe mudanças para o sistema sanitário brasileiro, com destaque na assistência médica, no crescimento progressivo do setor privado e na abrangência de parcelas sociais no sistema previdenciário criado por JK em 1960. Tão logo, em meados da década de 70, após um cenário de crise política e econômica sobranceiro do governo militar, passou-se a definir novas táticas para conservar o governo, como o II Plano Nacional de

Desenvolvimento (II PND) e a política de abertura do governo. É o que consta na obra A Construção do SUS:

Da parte da sociedade civil organizada, o Estado é encarado como opositor e classista, e, assim, o povo, mediante a participação popular, tem como intuito tomar os bens e serviços para si, resistindo à exclusão social. Essa concepção se inseria no bojo dos movimentos sociais urbanos do final da década de 1970 e início da década de 1980, ascendentes com o desgaste da ditadura militar. As demandas por políticas públicas, no caso, de saúde, vão deslizando para demandas de acesso ao poder. (FALEIROS [et al], 2006 p. 37).

Neste sentido, cabe mencionar também o que leciona em especial Vicente de Paula Faleiros (1995, p. 16):

[...] não mudou as bases anteriores de sustentação e nem se articulou como um projeto de cidadania universal. Era a continuidade de um modelo fragmentado e desigual de incorporação social em estratos de acesso, privilegiando interesses econômico-corporativos do empresariado atuante na área. Os serviços médicos consolidaram uma desigualdade em três níveis: o setor privado para os ricos, os planos de saúde para grupo seletivo de assalariados e classes médias, os serviços públicos para pagantes da previdência.

O trecho reporta-se ao momento que antecedeu a redemocratização ocorrida nos anos oitenta, quando o enfraquecimento do poder militar era visto na precariedade de políticas públicas, em especial às ações de saúde, que segundo o autor, eram remotas e discriminatórias, não havendo qualquer menção de universalidade. Por outro lado, a primeira metade da década foi marcada por importantes conquistas sociais, mas que foram estagnadas com a ascensão militar, resultando ao final nos movimentos populares, que mesmo sem deter idéias concretas, reivindicavam assistência e oportunidade de participação nas decisões do estado.

1.2 Constituição de 1988 – Saúde como um direito de todos e dever do Estado

Dentre os movimentos que ocorreram durante o processo de redemocratização do país, na década de oitenta, teve grande importância a realização da 7ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), que trouxe propostas de reforma e criação do Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde, o Prev-Saúde. Esse modelo tinha como objetivo a formatação de uma rede de serviços básicos em saúde, prestados com qualidade e quantidade. Fala-se pela primeira vez em cuidados primários de proteção e promoção da saúde. Ainda com meta de cobertura a todos os cidadãos até o ano 2000. Nesse momento “intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do *movimento sanitaria* foi a Assembléia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde [...] (BOTELHO, 2011, p. 150, grifo do autor).

Durante as discussões da Assembléia Nacional Constituinte em 1987 e 1988, o relatório fruto da 8ª CNS (BRASIL, 2013b), serviu de base para o discurso social de saúde de que temos escrito na Constituição Federal vigente, assim dito:

[...] Saúde como Direito - em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, que podem gerar desigualdades nos níveis de vida. Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

Em 5 de outubro de 1988 é promulgada a oitava Constituição do Brasil, denominada Constituição Cidadã. Em seu artigo 196, a Magna Carta, como forma de efetivar o acesso à saúde, assegura que este é um direito de todos e dever do Estado. Vejamos a baixo o aludido dispositivo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2013c).

O respectivo dispositivo da Lei Maior é inovador, sendo uma das definições responsáveis por caracterizar a norma suprema como cidadã. Os abalroados movimentos resultantes de conflito entre Estado e Sociedade, agora se calaram, dando vez a proteção humana, a começar pelo bem estar de saúde, como sendo um dever daquele. Ocorre que por muito tempo a saúde não fora vista como integrante do interesse público, a não ser quando se desprendia outra questão de relevante negócio ao Estado, tal como se observou anteriormente, uma vez ser perceptível ter sido a implantação da vigilância sanitária com fim de satisfazer interesses econômicos do império. Deste modo, a inclusão constitucional dos direitos sociais no Brasil foi de forma lenta, bem como os textos anteriores de 1988 evitaram atribuir competência a União, para que se criasse um sistema de saúde capaz de atender toda a nação.

No artigo 196 da Constituição Federal de 1988 consta que o dever do Estado no que tange à saúde precisa ser atendido através de políticas sociais e econômicas. Significa que existe um modelo de Estado interveniente, assim como a sua anteposição positiva na defesa do direito à saúde, ao menos é o que se espera, sendo inaceitável por outro lado a inércia. Uma vez que o Estado cumprisse com seu dever, não seria necessário, neste meio, fazer menção a saúde, bem como à dignidade da pessoa humana.

Da definição de “acesso universal e igualitário às ações e serviços” prevista na CF/88, artigo 196, é que as vertentes desse direito se multiplicam, afinal o fato de ser cidadão já é suficiente para que gere a obrigação de parte do Estado em cumprir com a garantia constitucional. Ainda que indispensável, dada a situação econômica, sua existência interessa ao Estado, sendo as políticas preventivas responsáveis por atendê-lo e o acompanhar durante toda a vida. Ademais, a redução, por exemplo, da taxa de mortalidade infantil, compreende somar todas as crianças nascidas no país, independente de possuir plano privado de saúde, ou ser estrangeira, pois a vida é um bem indisponível.

Dado o momento histórico em que a Magna Carta atribuiu competência concorrentemente à União, Estados e Municípios, a saúde não ficou mais reservada aos trabalhadores alocados no mercado formal, uma vez que agora todos passaram a ser

detentores do direito a saúde. A distribuição de competências de que se fala, é inerente ao governo federalista.

Sobre a questão leciona Sueli Gandolfi Dallari, (1995, p. 39), ao referir-se a forma de federalismo cooperativo:

O federalismo cooperativo introduziu a possibilidade de execução conjunta das tarefas governamentais, admitindo, portanto, a participação de mais de uma esfera política nesse trabalho. E porque decorria da necessidade de atender aos reclamos populares de atuação estatal, é obvio que a repartição de competências não se limita àquelas exclusivamente disciplinadoras ou normativas, mas compreende, também, a execução de tarefas materiais, concretas. A técnica legislativa adotada pela Constituição brasileira de 1988 privilegiou o que denominou “competência comum” para atender a tais exigências.

A partir desse ensinamento, pode-se imaginar o quanto o Estado mantinha-se distante da coletividade no que diz respeito ao atendimento dos direitos, hoje compreendidos como de segunda geração. Porquanto se compartilhou com toda federação a obrigação de prestar assistência em saúde, os clamores da coletividade passam a ser recepcionados pelo Estado, a fim de que se cumpram seu interesse, vindo deste modo, a Constituição de 1988 a garantir o direito de saúde para todos. Para isso, portanto, disciplinaram-se as atividades governamentais, conforme se verificará a seguir.

No que tange as competências constitucionais, cumpre salientar que a repartição aqui trabalhada tem cunho legal, não se tratando, entretanto de uma relação taxativa, uma vez que com o advento da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, denominada de Lei Orgânica da Saúde, a qual será objeto de estudo logo mais, ampliou-se a operacionalização do modelo, dada a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Antes, entretanto, o artigo 197 da CF/88, ao enfatizar que os serviços de saúde são de relevância pública, vinculou ao poder público, a tarefa de dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle da saúde.

Vejamos a redação do artigo 197 da Constituição Federal de 1988:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou

através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 2013c).

Por esta razão, em relação à competência legislativa referente ao direito à saúde, definiu-se que cabe a União legislar, visando promover a defesa e proteção, englobando também as questões pertinentes ao meio ambiente, dada sua conectividade com o espaço em que vivem os indivíduos. Neste sentido, entende Germano Schwartz que “via normas gerais, que, em verdade, são declarações de princípios, implementando diretrizes sanitárias que devem se obedecidas em todo o território nacional”. Assim, aos Estados cabe complementar a norma federal, ampliando-a, mas nunca contraditando, do mesmo modo que tem permissão para explicitar algumas das suas generalidades. Esta possibilidade encontra-se prevista no artigo 24, parágrafos 1º e 2º, e no artigo 30, inciso II, ambos da CF/88. É o que leciona Julio César de Sá da Rocha (1999, p. 41):

A norma geral deve ser, portanto, uma lei-quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual complementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados por esta, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais.

Já no que se refere às atividades prestadas pelos municípios, uma vez que estes legislam apenas no interesse local, entende-se que o ente deva complementar a norma federal e a estadual. Ao Distrito Federal, por força do artigo 32, parágrafo 1º da CF/88, fica “atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”. Por conseguinte, a competência legislativa face à saúde, é entendida como concorrente entre os entes da federação.

Então ao se questionar a quem compete vigiar a saúde, Germano Schwartz afirma:

[...] A saúde é dever do Estado, inexistindo enumerações taxativa constitucional sobre quem deverá ter responsabilidade em relação à saúde. Logo, o Estado é entendido como todos os Estados-Membros da Federação, ou seja, a saúde é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se de *competência comum*, sendo tarefa de todos os entes federados (SCHWARTZ, 2001, p. 101, grifo do autor).

O artigo 198 da CF/88 estabelece que os serviços públicos de saúde devam compreender uma rede regionalizada e hierarquizada, firmando um único sistema, com base

nos princípios de igualdade e participação da comunidade. O objetivo do legislados foi de criar um meio de se dar tratamento a partir das peculiaridades de cada região, estando a serviço de uma justiça social ligada aos princípios do estado democrático de direito. É também, como observado no artigo 197 da Magna Carta, sob a forma de municipalização de algumas ações que se auferem a descentralização, capaz de formar um conjunto sistêmico de saúde. Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (1995, p. 256), a respeito dessa organização entendem que:

[...] um sistema pressupõe diversos elementos interligados pelos mesmos princípios; um todo orgânico, composto de elementos de várias naturezas e orientado para um fim determinado, que lhe dá consciência e funcionamento harmônicos. É uma diversidade de elementos atuando, coerente e finalisticamente, como unidade conceitual.

Observa-se que a descentralização é uma das características de operacionalização primordial do Sistema Único de Saúde, trazida pela Lei Maior, que inclusive, como visto reserva aos municípios poderes políticos e legislativos, em sede de promoção da saúde. Assim, estabelece o artigo 30, I, do texto constitucional, que “Compete aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local”, e ainda o inciso II, “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Entende-se que a descentralização seja pressuposto para um melhor exercício da democracia, ao mesmo tempo em que possibilita a constitucionalização das regiões, pois se valoriza o espaço local. Destaca Germano Schwartz (2001, p. 104) que isso:

Viabiliza uma administração moderna, privilegiando a competência, pois há uma vigilância maior sobre os encargos do sistema, já que estes estarão em permanente contato com os cidadãos, que possuem participação no SUS.

Dada a relevância pública dos serviços de saúde, surge a figura do Ministério Público (MP), como instituição una, detentora do poder de fiscalização dos atos do Estado, bem como na proteção dos direitos dos cidadãos. Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos, (1995, p. 287), lecionam que o legislador fez uso do termo, com o objetivo de:

[...] talvez enunciar a saúde como um estado de bem estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades

proporcionadas pelo Estado, como educação, antecipando-se, à qualificação de relevância que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços públicos e privados, para efeito do disposto no art. 129, II da Constituição.

O dispositivo que se referem os autores é responsável por regulamentar as atividades institucionais do MP, seguido do artigo 127 da CF/88, que por sua vez diz incumbir ao referido órgão defender os interesses sociais e individuais indisponíveis. Por conta disso, o ente aparece desempenhando importante papel nas ações que versam sobre prestação de direitos à saúde, em especial sobre o fornecimento de medicamentos, sobre qual conheceremos em números no terceiro capítulo da pesquisa.

Após as primeiras reflexões constitucionais a cerca do direito a saúde, importante destacar o que leciona Ramon Fagundes Botelho (2011, p. 153):

[...] da interpretação dos dispositivos da constituição, podem ser definidas como pontos prioritários, quatro ações a serem desenvolvidas pelas políticas públicas da área da saúde: a) a prestação de serviço de saneamento (art. 23, IX; 198, II; e 200, IV da CF); b) o atendimento materno-infantil (art. 227, I); c) as ações de medicina preventiva (art. 198, II) e; d) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200).

Essas considerações são de muita relevância para os estudos que serão desenvolvidos nos próximos capítulos, pois apresentam as escolhas do legislador, bem como é possível se observar as possíveis conseqüências da efetiva judicialização dos meios de acesso a saúde pública. Significa dizer que uma vez objetivando defender a dignidade da pessoa humana, “a Constituição elegeu dentre as prestações básicas na área da saúde, segundo critérios técnicos, aqueles que por sua vez melhor atingiram os objetivos do estado brasileiro” (BOTELHO, 2011, p. 154). Entende-se, portanto, que o Poder Judiciário não poderia neste caso, exigir que o estado forneça medicamentos que por ventura não conste na lista do MS.

Nesse sentido, ainda conclui:

Esta interferência sistemática só poderia ocorrer nos casos extremos em que o mínimo existencial é violado, maculando a dignidade do cidadão, visto que as normas constitucionais que dispõe sobre o direito à saúde na Constituição brasileira, ao que tudo indica, tratam o direito à saúde como um direito coletivo e dever objetivo do Estado (BOTELHO, 2011, p. 154).

Posto isso, conclui-se que o papel desempenhado pelo Estado na concretização do direito a saúde é de certa forma um tanto complexo, afinal o Brasil é referência em todo o globo, com o modelo sistemático de saúde adotado após 1988 e 1990. Ademais, a interferência do Poder Judiciário seria bem vinda, se ao menos buscasse contemplar as possíveis falhas no sistema que acabam prejudicando o cumprimento dos fins. Portanto, não basta apenas atuar como órgão sentenciador que determina o cumprimento do direito violado, mas porquanto não se empenhe a auxiliar na efetividade dos preceitos postos nos artigos 196 a 200 da CF/88, especialmente por se tratar de normas de cunho programático e impositivo, a democracia descentralizada que reveste a prestação em saúde, bem como a autonomia política e administrativa dos entes federados, podem estar ameaçadas.

1.3 Lei 8.080/1990 e o Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS) surgiu a partir dos movimentos sociais que reivindicavam a Reforma Sanitária no país, pois o então Sistema Nacional de Saúde criado em 1975, já não operava mais com eficiência, bem como nunca trouxera grandes avanços no círculo.

Como vimos anteriormente, a Lei Maior reservou regulação para norma infraconstitucional, vindo então a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 e a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990 a regular tal matéria. Enquanto a primeira trata essencialmente sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, a segunda volta-se para a participação comunitária na gestão do SUS, bem como das transferências de recursos entre os entes. Esses textos legais regulam no território nacional, segundo Jairnilson Silva Paim (2009, p. 52):

[...] as ações e serviços de saúde, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. Tem, portanto, uma abrangência muito grande. Não se limita ao SUS, nem ao setor público. Ao se referir as ações e serviços de saúde prestados por pessoas naturais ou jurídicas, pode ser interpretada como capaz de interferir na medicina empresarial, por exemplo. Do mesmo modo, ao contemplar entidades jurídicas de direito público ou privado, essa regulação poderia se dirigir a serviços e ações de saúde realizados por

fundações públicas, instituições filantrópicas e empresas privadas, como as que comercializam planos de saúde.

Entende Mariana Siqueira de Carvalho (apud FIGUEIREDO, 2007, p. 96), com relação a nomenclatura Sistema Único de Saúde, que “o adjetivo único, determina que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devam ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da federação”.

Com o advento da referida norma, o atendimento público em saúde operacionalizou-se desde então, em torno de si. Em que pese ter sofrido inúmeros vetos, seguida da promulgação pelo Presidente Fernando Collor de Mello, a lei deu início a construção do Sistema Único de Saúde. Assim estabelece o dispositivo da Lei 8.080/90, (BRASIL 2013d).

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Com relação aos princípios norteadores do texto normativo, extrai-se a universalidade, preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, direito à informação, às pessoas assistidas, sobre a sua saúde, bem como a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

No que tange ao primeiro princípio, leciona Jairnilson Silva Paim:

Assim, o princípio da universalidade supõe o direito à saúde para todos, incluindo *acesso aos serviços de saúde, em todos os níveis de assistência*. Já a integridade de assistência é *entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema* (PAIM, 2009, p. 56, grifo do autor).

Esse princípio, constante na legislação do SUS, é que tem dado respaldo às centenas de decisões proferidas pelos Tribunais, haja vista que segundo Paim, (2009, p. 56), significa que “todas as pessoas devam ter acesso a todas as ações e serviços exigidos para cada caso ou situação em todos os níveis do sistema de saúde”.

Observa-se o reiterado pela jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. CASO CONCRETO. PORTADOR DE RETARDO MENTAL E EPILEPSIA (CID F 71.0 E G 40.9). RESPONSABILIDADE DO ESTADO RECONHECIDA. INSUMO QUE NÃO INTEGRA A LISTA DE DISPENSAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE DESONERAR O ENTE PÚBLICO DE SUAS OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS EM RELAÇÃO À SAÚDE. FATOR DE RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. DESCABIMENTO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE, IGUALDADE E ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC). APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013a).

No caso acima, revela-se o quanto repercute o princípio da Universalidade, identidade básica que constitui o SUS. Deste modo, mesmo quando a prestação almejada não se enquadre como item de respaldo à saúde conforme protocolo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como não faça parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) formulada pelo Ministério da Saúde, os tribunais entendem que configura dever do Estado.

Uma questão de importante cunho aqui é o fato de o requerente ter alegado não possuir recursos financeiros o suficiente para aquisição do ora pedido. Muito embora leve em conta que “a legislação vigente assegura que, a depender da necessidade de cada situação, a pessoa tenha acesso a serviços preventivos e curativos de caráter especializado ou hospitalar, ou seja, em todos os níveis da complexidade do sistema” (PAIM, 2009, p. 56), a sentença proferida não faz mérito a essa questão, positivando o entendimento tão somente na norma, no caso a Lei 8.080/90, ou seja, na reprodução de seus princípios, que têm relevância, inclusive em outros cadernos legal, como é o caso da ECA, avaliado anteriormente.

Outro princípio trazido pela legislação em análise é o da “Preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”, assim previsto em seu artigo 7º inciso III. A interpretação se faz no sentido de que há premissa de garantir a autonomia de escolha dos cidadãos frente aos serviços de saúde ofertados, além das ações. Recordar-se aqui da Revolta da Vacina, citado no início do capítulo. Entende-se que a inovação do legislador foi no sentido de assegurar o direito à informação aos usuários, quando, por exemplo, do

acometimento de uma doença que se espalha sob forma de epidemia, pois as pessoas não são submetidas à vacinação sob forma de imposição.

Visíveis são, pois, hoje, as campanhas contra doenças que podem ser evitadas com a aplicação de vacinas preventivas, como por exemplo, o movimento em combate à paralisia infantil, uma doença infecto-contagiosa, também conhecida como poliomielite. Portanto, segundo Jairnilson da Silva Paim (2009, p. 57) “mesmo em situações excepcionais, como no caso de epidemias que requeiram algum grau de restrição de liberdade individual, as pessoas devem ser informadas e esclarecidas para poderem colaborar com a proteção do conjunto da população”.

No mesmo plano, o artigo 7º, inciso IV, da Lei Orgânica da Saúde, assegura “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. Essa é a mais eloqüente definição de a quem se destinam os serviços de saúde. Na medida em que se analisa o artigo 7º da aludida norma, findam-se as possibilidades de defesa do Estado, aqui entendido como qualquer dos Entes federados, quando levado ao pólo passivo de uma ação de saúde. O legislador parece não ter tido dúvidas de que essa é a política primordial de saúde, atender tudo a todos. Diga-se de passagem, a igualdade afirmada, traduz o previsto no artigo 3º, inciso III, da CF/88, quando traça os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dizendo, dentre outros “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Observa-se que a Lei Maior preocupa-se em igualar os cidadãos no tocante a sua condição social, englobando ações de educação, desenvolvimento econômico e inclusive saúde. Diferente, a Lei 8.080/90 busca dar tratamento igualitário, sem considerar as distinções sociais dos usuários, tal como ocorre com o uso de estruturas do SUS, de parte dos planos quando ainda, questionam a legalidade das indenizações prestadas ao SUS, quando este atende clientes detentores de planos da primeira escala.

Neste sentido também leciona Paim (2009, p. 57):

[...] o princípio central nesses marcos legais é a igualdade. Sem entrar na polêmica acerca das diversas conotações da noção de equidade, o SUS poderia atender as pessoas e as coletividades de acordo com as suas necessidades, mediante a diretriz de utilização da epidemiologia para o

estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática.

Já foi dito que a Lei Orgânica da Saúde, vigente a partir de setembro de 1990, recebeu antes de sua publicação considerável número de vetos presidenciais, de modo que a Lei 8.142/90 veio para assegurar a gestão participativa do sistema de saúde, especialmente por criar o Fundo Nacional de Saúde.

Seguidamente, constata-se que o plano de sistema de saúde já começou omissivo, pois em nenhum momento a Lei 8.080/90 trazia regulamentação concreta para o suporte financeiro do que fora regrado, em que pese os vetos de Collor terem retirado essa atribuição. Neste sentido posicionam-se Karla Garcia Reboli e Tânia Regina Krüger (2013, p. 3):

A regulamentação dos artigos referentes à saúde ocorreu só em 1990 com a Lei Federal n.8.080, e teve vários dos seus artigos vetados pelo Presidente da República Fernando Collor de Melo, que alegou a ingovernabilidade do país caso a lei fosse aprovada com o texto original. Frente ao veto, que atingiu principalmente os artigos referentes à participação e ao financiamento, o Movimento Sanitário mobilizou-se para pressionar os parlamentares e conseguiu pouco tempo depois que a Lei 8.142 fosse promulgada. A Lei 8.142/90 instituiu as instâncias colegiadas: Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. As Conferências e Conselhos são os instrumentos que efetivam a diretriz de participação da comunidade.

Nomeadamente, o Congresso Nacional, em discussão com representantes da sociedade, teve apenas dois meses para elaborar e aprovar a Lei que traria novamente a gestão participativa para dentro do Sistema Único de Saúde, afinal, sem esta previsão não era de falar em Sistema Único. Na verdade a grande lacuna que surgiu e permanece até os dias de hoje, é com relação ao financiamento das ações do SUS. Tamanha foi a intenção de alcance do legislador, que as prestações parecem infundáveis, ao menos perto disso, na verdade se teve uma legislação branda e um Estado omissivo desde o começo. Pela mesma razão, ensina Paim, (2009, p. 66):

No início dos anos 1990, muitos estados e municípios não se encontravam em condições de exercer plenamente as competências e atribuições estabelecidas nessas leis. Por outro lado, o governo federal resistia ao financiamento do SUS, mediante repasse regular e automático de recursos para as demais esferas de governo.

Por outro lado, atualmente nota-se um maior compromisso de parte do Estado como um todo na busca da concretização dos direitos à saúde. Muito embora haja crescente aumento das ações judiciais reivindicando o direito violado, os dias atuais ficarão marcados na história, um divisor de águas quando os cidadãos deram início à gestão popular do SUS. Isso já se configura pelo fato dos indivíduos conhecerem mais dos seus direitos, bem como a qual é a obrigação do Estado. Entretanto, essas conquistas não podem ser vistas apenas como resultado da atuação do Poder Judiciário, quando não, este deveria abster-se de algumas situações, atuando, entretanto, na gestão participativa, como por exemplo, na fiscalização dos atos dos gestores públicos. Preocupa-se, pois, com as conseqüências decorrentes de uma atuação desmedida do poder julgador, em face de um momento que pela primeira vez na história as diretrizes do SUS dão passo a se tornarem concretas.

Eis o momento que se entra na discussão primordial desta pesquisa. Uma vez que a criação do Sistema Único de Saúde vem sendo interpretado como a maior política de inclusão social no país inserido sob o novo regime democrático, é deste dispositivo jurídico, ora modelador com que se busca entender os entraves que impedem a concretização dos direitos sociais em questão. Aduz-se que o desfecho de conclusões atuais parece fazer menção aos primórdios da saúde pública no Brasil, tal como os que se revoltaram com os métodos de combate a varíola, no início do século passado.

Nesse sentido, é o entendimento de Ramon Fagundes Botelho (2011, p. 26):

[...] Existe um verdadeiro fosso que separa a expectativa gerada pela expansão dos direitos formais de cidadania e sua realização no cotidiano dos indivíduos. Esse desconforto gera nas pessoas a crença segundo a qual os direitos não existem para serem realizados, sendo tão somente, adereços ou formulações abstratas inexecutáveis.

Enfim verifica-se que o legislador inspirado em idealismos e estimulações indizíveis, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial à Constituição e 1988 e a Lei Orgânica da Saúde, normas de alcance universal, mas de resultado palpável inexistente. É assim, o contraponto de um processo histórico de reafirmações de democracia após um regime de restrição de direitos, mas ao mesmo tempo gerador de interpretações restritas no caso dos tribunais. Ocorre que o Poder Judiciário, via de regra, não detêm conhecimento técnico de

gestão, bem como julga somente a legalidade, não analisando os interesses públicos que estão em jogo, como a conveniência e oportunidade.

Por conseguinte, depois de realizada a análise da legislação criadora do SUS, no próximo capítulo será estudada a concretização do direito à saúde a partir da perspectiva do cidadão, em especial pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

2 ASSISTÊNCIA SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Visando fortalecer as discussões sobre os direitos sociais, primordialmente é necessário que se faça a análise do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, estampada na CF de 1988. Assim, para que se possa traçar o estudo proposto analisa-se inicialmente o que leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62).

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A partir desse entendimento cumpre salientar que no campo da filosofia, a dignidade é uma característica intrínseca ao ser humano, uma vez que a norma não a concede, apenas reconhece. Desse modo, ainda que ocorra por vezes a violação de regras que asseguram essa garantia, isso não significa dizer que o indivíduo deixou de ser digno. Para tanto, cabe aqui o entendimento defendido por Botelho (2008, p.83) “a dignidade da pessoa humana resulta na principal fonte ou centro das posições jurídico-subjetivas dos homens – não é valor abstrato, mas sim concretizador dos direitos fundamentais”, que em algumas vezes são moldados pela relação existente entre dignidade e meio social. Assim o que é digno para um cidadão de classe economicamente alta, pode ser exagero e desperdício para quem se alegra imensamente ao ponto de considerar uma conquista, o fato de ter em sua residência água potável e o mínimo de saneamento, capaz de livrá-lo, por exemplo, de um esgoto a céu aberto que passa em frente sua casa.

Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 62), entende que “trata-se de direitos vinculados à concepção de igualdade, mesmo que para estabelecê-la se façam necessárias discriminações, pois se cuida de direitos dos homens reais”. Assim, muito embora os direitos fundamentais não se prendam em parte sob posições subjetivas, é importante observar que se busca um ponto de equilíbrio para com o sistema constitucional.

2.1 Subjetividade da dignidade da pessoa humana face os direitos sociais

A Magna Carta de 1988 reestruturou a base do ordenamento brasileiro, trazendo uma ampla proteção e garantia aos direitos dos cidadãos, partindo dos princípios fundamentais até os deveres individuais e coletivos. Vejamos o que estabelece o artigo inicial da lei maior:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Observa-se que o legislador tendeu a definir esses preceitos sob forma fidedigna, mas um tanto quanto subjetiva, próprio por sua vez ao ambiente existencial do cidadão, indiferente para isso a justicialidade e exequibilidade imediata. Por analogia, podemos considerar o que leciona Canotilho, ao analisar a constituição portuguesa:

Não obstante a inequívoca dimensão subjectiva assinalada a estes direitos, a sua operatividade prática diverge, em muitos casos, [...] quanto aos direitos, liberdades e garantias. As normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais, modelam a **dimensão objectiva** de duas formas: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...] (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais. (CANOTILHO, 2003, p. 476, grifo do autor).

O autor chama a atenção para as várias dimensões que essas garantias apresentam, não podendo, pois, confundir-se, uma vez que direitos económicos, sociais, culturais e no caso em estudo as prestações de saúde, não se dissolvem em mera norma programática ou numa imposição constitucional. Portanto, trata-se de garantias sociais que independem de imposições constitucionais que devam assegurar sua eficácia, revelando-se, entretanto, por vezes, a efetivação de forma gradual, o que excepcionalmente justifica a busca de amparo judicial, em casos de omissão quanto ao fomento de políticas públicas.

No que tange ao ideal democrático, tal subjetividade contraria os preceitos de igualdade levado em conta pelo Poder Judiciário quando da análise de um caso concreto, sendo necessário para tanto a adoção de critérios de distribuição das prestações inferidas. Neste sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. (FERREIRA MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 880).

Analisar o fenômeno da judicialização da saúde exige de plano a percepção de que parte de um sistema não vai bem, mas para que ocorra a superação de um momento de desconforto é importante que se busque respostas, levando em conta os índices de desigualdade social que assolam o país. Em que pese haver muitos estudos acerca da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais, pouco se falou que nem sempre este último tem fundamento naquele outro, daí a questão subjetiva citada anteriormente. Significa dizer, conforme entendimento de Ferreira Mendes e Gonet Branco, (2012, p. 884), que esses direitos “são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados”.

Em face de privilegiar as políticas públicas em saúde desenvolvidas pelo poder executivo, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 45-9, decidiu que a saúde é um direito público subjetivo do cidadão, devendo o Poder Judiciário dar preferência às políticas públicas de saúde já existentes junto ao ente executivo. Vejamos trecho da decisão:

[...] não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e

da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. (BRASIL, 2014a).

Observa-se que o Ministro relator deu ênfase a importância do desenvolvimento de políticas públicas, bem como revestiu a dignidade da pessoa sob um ângulo pelo qual o estado/gestor deva visualizar o cidadão. Sendo assim, a aproximação entre essas duas partes torna-se indispensável, na medida em que as ações devam considerar a situação social de cada cidadão, buscando sempre que possível uma análise aprofundada das comunidades locais e dos grupos que as compõe. Não necessariamente que a dignidade deva ser primada diretamente sob o viés individual, mas ao menos sob a forma comunitária. Ou seja, conforme será visto mais detalhadamente no item seguinte, as desigualdades sociais acabam por somar ao enfraquecimento de um sistema de saúde, quando este não abre espaço para discussões íntimas, voltado para os diversos grupos da sociedade.

Ademais, o que se quer destacar nesta pesquisa, primordialmente é a necessidade de se qualificar cada vez as ações do ente executivo, sem a ocorrência de mandos judiciais demasiados, em alguns casos um tanto desqualificado em face da pretensão prestacional, que porquanto não leva em consideração a situação social do beneficiário.

Não muito distante, depende-se de uma situação econômica próspera, servindo como condição mínima para a plena operação do conjunto, mas frente à finitude dos recursos destinados ao financiamento, é preciso ampliar os índices de satisfação dos usuários, e isso só é possível na medida em que os preceitos fundamentais assegurados a cada indivíduo possam ser prestados efetivamente. Seria um tanto sensacionalista afirmar, mas de certa forma o gestor precisa conhecer seus munícipes, muito embora o trabalho pareça árduo ele se deve a responsabilidade assumida, uma vez que a manutenção da atenção a saúde é uma obrigação que se mostra imprescindível, quando não, 24 horas por dia.

As correntes que surgem contrárias a ação efetiva do Poder Judiciário no âmbito da saúde pública, fazem críticas, inicialmente ao fato de que o magistrado estaria impedido de efetivar direitos sem o uso de meios materiais, por ter tão somente o poder de sentença.

Posiciona-se, entretanto, favorável a atuação do juiz, nos casos em que a autoridade participa da gestão, em vez de apenas julgar. Já não são raros os casos em que se estabeleceu um diálogo entre gestor e juízes, inclusive com a legal participação do MP, constituindo-se o que é chamado de espaço de mediação, evitando, portanto o acúmulo de processos e a conseqüente morosidade do sistema da justiça.

Esse papel diferencial dos juízes reforça a idéia de que é preciso formar cidadãos de direito, para que então sigam promovendo lutas sociais, discussões e formulações de conceitos, que nada mais são do que a fonte de legitimidade de um Estado de Direito. Não obstante, o Poder Judiciário tem atuado contrariamente ao que foi dito, notando-se uma forma que o faz ascender ao poder de quem executa os direitos sociais, mas desviando-se de medir os danos com potencial de comprometer os baldrames da democracia jovem, que ainda tem muito a prosperar.

Do mesmo modo, enquanto muitos criticam a concepção da Teoria dos Três Poderes elaborada por Montesquieu, afirma-se, esta é a estrutura sob a qual a República Federativa do Brasil está constituída, dispensados então, quaisquer outras definições científicas, mantém-se a premissa de que ambos os poderes devam manter-se harmoniosos entre si. Assim sendo, o Poder Judiciário deve prezar pela conveniência e oportunidade, quando estiver atuando na resolução de conflitos de interesse público.

2.2 Ineficácias da saúde pública e uma questão de desigualdade social

Uma vez que os direitos sociais de saúde não sejam concretizados, de uma forma, ou de outra, cabe ao Estado intervir, pois a constituição de 1988 traz um largo rol destes preceitos, atribuindo-os à generalidade dos cidadãos, bem como a universalidade, gratuidade, tal como se observar na Lei 8.080 de 1990, assim dito:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros

agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2013d).

A idéia que tem lugar neste debate é a de que o legislador brasileiro pecou ao enfatizar a universalidade e gratuidade a todos sem mencionar qualquer proporcionalidade ou tratamento diferenciado a quem dispõe de condição financeira privilegiada em relação a outros. Ademais, a concentração de riqueza no Brasil, tem sido tema de amplas discussões, pois enquanto poucos têm muito, muitos vivem a margem da pobreza e miséria. Neste sentido justo seria que os grupos de melhor porte econômico, não poderiam exigir do Estado determinadas prestações em saúde senão de forma secundária. Em face de quem defende o contrário, isso não é nada absurdo, haja vista que o modelo já tem espaço no ordenamento brasileiro. É o caso das bolsas de ensino, programas de distribuição de renda, e até mesmo os benefícios de prestação continuada, dentre outros. Afinal qual é o critério para a inclusão de um grupo de cidadãos para que faça uso desses direitos? Sem discutir problemas operacionais, diga-se de passagem, a renda dos grupos familiares em tese é que servem de base ao exercício dessa garantia prestacional que o Estado oferece.

Alguns diriam que a técnica primordial desse método é tratar os diferentes de forma diversa. Não obstante, discorda-se desta afirmação, pelo fato de que a proposta parte de uma interpretação remissiva dos direitos fundamentais, haja vista que os grupos mais necessitados não têm vez, em face de outros que se encontram organizados em massa. Neste sentido posiciona-se Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 34).

[...] Tais características de universalidade, indivisibilidade e interdependência respaldam a afirmação de inexistência de hierarquia entre os diversos direitos humanos; bem como sustentam que eventuais diferenças quanto a eficácia e à efetividade social, de uns direitos em relação aos outros, devem guardar restrita observância às peculiaridades do direito em causa.

Sobre a questão, conclui-se ainda, que no caso da gratuidade, esta deveria ser progressiva. Aqueles em estado de hipossuficiência seriam diretamente beneficiados, tão logo àqueles em condições de pagar pelo serviço, poderiam auferir valor crescente.

Posto isso, entende-se que o Poder Judiciário em momento algum poderia, ainda que dotado de reservas e prerrogativas constitucionais, ser o meio capaz de dirimir conflitos individuais ou coletivos desta seara, salvo questões de notável jurídica. Ademais, este poder, diferentemente do Executivo, não dispõe de medidas e instrumentos concretos. Seu papel é julgar, de forma a verificar o mérito de um conflito. Em caso de uma divergência de competência, entende-se que o Estado de Direito afundaria em crise institucional. Afinal a proposta lançada não é a desconstituição dos juízes ao poder lhes conferido, mas que, uma vez sendo pessoas de notável conhecimento jurídico, possam, com o auxílio de estudos doutrinários e acadêmicos, tratarem destas questões sob um óbice de proteção e possível transcendentalização dos direitos sociais. Ao contrário do que parece resultar a adoção equivocada de uma medida como a judicialização posta do acesso a saúde pública.

Não se quer aqui legitimar limites fáticos para que sirva de escusa a concretização desses direitos. Ao contrário, admite-se que o Poder Judiciário continue participando desta política, mas dentro dos limites como instituição a ele reservado, pois se preocupa com o enfraquecimento de vozes popular. A criação de varas especializadas em julgar demandas de assistência a saúde finda a importância do gestor, e ainda, estampa no Brasão da República Federativa como imagem central a da justiça. Estaria o poder julgador assumindo uma responsabilidade que não lhe compete de plano. Importante, entretanto, em caráter subsidiário. Neste sentido, Ramon Fagundes Botelho (2008, p. 32), destaca:

[...] a maioria das pessoas desconhece a conseqüência imbricada na decisão de, por exemplo, condenar o Estado a fornecer determinado tipo de medicamento não previamente cadastrado nos órgãos reguladores competentes (Ministério da Saúde, no caso brasileiro), sob alegação de risco iminente à vida do paciente.

A partir do corte axiológico e considerando que a origem de muitos dos dispositivos constitucionais brasileiros voltados para os direitos fundamentais, surgiram a partir de inspirações germânica, verifica-se a ocorrência de choque entre culturas e práticas, de um estado social e outro. Ainda que a transposição não seja tão expressiva, é suficiente para tornar o texto de magna carta distante dos cidadãos de que dessas garantias já esperam abrandados. Disso, decorre um estado de insegurança jurídica, no que tange a concretização de garantias sociais. Entende-se que a jurisprudência e a doutrina brasileira, estejam ainda muito imaturas, distante, pois, de alcançar respostas satisfatórias, capaz de responder a

palavra chave da problemática, ou seja, se realmente trata-se de direito subjetivo público ou deveres objetivos do Estado.

Situações como acima descrita, mostram o quanto é pertinente a discrepância social no âmbito da resolução das lacunas existentes no plano assistencial que tanto exaltou o constituinte. Entretanto a doutrina em análise não se mostra seguidora deste conceito, ficando um tanto presa a ativa intervenção do Poder Judiciário na seara de resolução e concretização do direito à saúde. Por outro lado, reconhece o despreparo técnico do juiz para lidar com essas situações, uma vez que a perspectiva permeia apenas em casuística.

Há de se fazer distinção entre a atuação do Poder Judiciário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade do que simplesmente julgar ações de que compete a outro poder concretizar. Justifica-se, que o alargamento do espaço de intervenção dos tribunais, não pode ser visto como oportunidade de tudo e em tudo ele atuar. Seria, pois, a separação dos poderes incompatível com a atuação do Poder Judiciário como contrapoder, entre legislativo e executivo. É o que leciona José Souza e Brito (1995, p. 42): “O princípio democrático seria negado se existisse um poder que não fosse constituído e exercido pelo povo, mesmo que esse exercício consistisse apenas na intervenção indireta dos eleitos pelo povo, [...]. Eis que no sistema de freios e contrapesos moderno, cabe ao Poder Judiciário atuar até onde ache baliza última de sua competência, mas essa não é a regra. Por outro lado, como instituição indispensável ao estado democrático de direito os tribunais poderiam, além do exercício de poder julgador, voltar-se para atividades de preceito social com óbice orientador e preventivo junto aos demais poderes. Afinal, do conteúdo normativo ele conhece, sendo também este um dos papéis do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entretanto entende-se não se mostra fiel nos últimos tempos.

Por outro lado, na forma com que é defendida por parte da doutrina, a claudicação do legislador que mais infere a necessária existência de um sistema programático e preciso no que tange a prestação dos direitos lançados na CF de 1988, decorre da má metodologia adotada no texto constitucional. Destarte, os direitos fundamentais não formam um grupo homogêneo. Entende-se, ainda, que a amplitude coloquial dos direitos tanto ensinados nas

academias, uma vez que responsável por inconvenientes interpretações, acabam também por afetar a eficácia dos preceitos contidos na Constituição.

Tanto se falou desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 de igualdade entre os cidadãos. Mas sob o entendimento contemporâneo, igualdade entre indivíduos, não é sinônimo de direitos iguais.

No que tange a elaboração de métodos que não a judicialização da saúde pública, entende-se que antes de se impor medidas, é necessário a criação de um espaço público onde sejam desenvolvidas discussões acerca dos meios empregados na busca da concretização desses direitos. Tão logo se tenha um ambiente de participação democrática, os indivíduos ao fazer uso da liberdade de participação nas decisões do estado, darão início ao processo de construção de base. Logo, o executivo poderá repensar seu projeto de assistência social, formulando ações mais próximas da realidade de cada grupo. Sendo mais cirúrgico, a exemplo, têm-se as audiências públicas de saúde. Entretanto, o que se vê é uma abstenção quase que geral da participação popular, em especial aos cidadãos que diretamente depende desta prestação.

A base legal das audiências públicas encontra-se no artigo 27, inciso IV da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que é a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Teoricamente, o espaço compõe um instrumento de mobilização da comunidade em torno determinadas questões, bem como de se expressar os anseios e opiniões, legitimando ações da administração pública e órgão detentores da proteção dos direitos sociais. Entretanto, pela ausência dos aludidos atores nestas discussões, MP e outros órgãos, acabam por traçar objetivos e obras que se distanciam da realidade social, uma vez que desprovido de elementos resultantes da participação democrática.

A ineficiência de estruturas de importante papel na prevenção de fenômenos como a judicialização da saúde pública, não para por aí, o mesmo acontece com os Conselhos Municipais de Saúde. A criação deste ambiente decorre de regulamentação em lei municipal, estadual ou federal, com base na Lei 8.142/90. Esta por sua vez, “dispõe sobre a participação

da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde” (BRASIL, 2013e).

Vejamos o que estabelece alguns dos dispositivos da referida Lei Federal:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (BRASIL, 2013h).

O parágrafo 2º da Lei 8.142/90, ao traçar a competência dos Conselhos de Saúde, vai além de apenas estabelecer um fórum de discussões na sociedade. Prevê também a construção de políticas na execução dos serviços de saúde. Entretanto, na prática, o que se observa é o mesmo cenário das audiências públicas, uma vez que a participação efetiva da população não ocorre. Por fim, acaba que poucos decidem sobre os direitos de muitos, sem que estes tenham sido escutados. Neste sentido, considerando que o legislador tenha pensado e criado espaços para discussão popular sobre direitos sociais, lecionam Grisotti, Patrício e Silva (2010), que, “muitas não tiveram continuidade devido à falta de uma estrutura institucional que as apoiasse numa perspectiva de longo prazo e, também, à falta de uma cultura participativa no interior da sociedade”.

Pode-se afirmar, portanto, que o Estado é responsável pela garantia do direito à saúde de seu povo. Assim, em nenhum momento a pesquisa busca afastar a obrigatoriedade este dever. Ademais, trata-se de um direito expresso constitucionalmente. Entretanto, como visto anteriormente, a administração direta encontra-se sob a obrigação de programar políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e que

proporcionem o acesso de todos igualmente às ações e serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde. Seria justamente o restaurar, palavra tão refutada pelos defensores da judicialização, ao passo de se analisar e traçar políticas sob as condições que se apresentam os indivíduos e elementos que compõe o preceito prestacional do Estado.

2.3 Direitos sociais e a dignidade da pessoa humana nas constituições estrangeiras, semelhanças com a brasileira

No primeiro capítulo abordou-se brevemente a evolução histórica dos direitos sociais, especificamente o da saúde, isto porque se entende necessário, sempre que possível, fazer a análise científica com base nas particularidades do espaço e do tempo, neste caso da construção de uma garantia coletiva. Assim, a judicialização da saúde não pode ser analisada apenas do ponto de vista legal, mas também quanto à origem e constituição dos preceitos defendidos, levando-se em conta também as experiências de outros estados, em especial daqueles que conforme os ensinamentos da academia em direito, serviram as constituições de modelo para a brasileira.

Neste sentido, o presente item apresenta duas dimensões, de um lado o fato de a legislação brasileira em especial a constituição apresentar semelhanças com as de outros países, como a Argentina e Alemanha e de outro as diferenças culturais, da vida social e política entre que distanciam essas nações. Mesmo assim, conforme estudo da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS), (2012, p. 91), voltado para o cenário gestor, “isso não impede, entretanto, que existam, entre eles, determinados fios condutores e convergências”. Deste modo, iremos abordar de forma comparativa e breve, as relações entre as normas garantidoras dos direitos sociais e a prática dos mesmos em face de preceitos semelhantes, mas de cenários distintos, identificando-se ao final, onde possa estar algumas das raízes do processo de judicialização da saúde, atualmente em ascensão no Brasil.

Em termos de criação, o direito a saúde estabelecido na Constituição vigente, teve as discussões oficiais iniciadas em sete de abril de 1987, quando se realizou no Congresso Nacional a sessão de instalação da Subcomissão de Saúde, da Seguridade e do Meio Ambiente. A ata deste e outros encontros registram o andamento dos trabalhos no plenário, demonstrando de plano a preocupação dos constituintes com a adoção de modelos estrangeiros um tanto quanto amplos e que seriam de difícil concretização, como se não ocorresse, o problema tratado nesta pesquisa. Vejamos para tanto a manifestação do deputado constituinte, Sr. Joaci Goés, em sessão realizada em abril de 1987:

[...] fico muito preocupado quando se cobram do Ministério da Saúde no Brasil determinadas medidas que, na realidade, estão contidas no bojo na atuação de tantos outros Ministério. Ora, estamos elaborando uma nova Constituição. Esta Constituição deverá dizer, assim, como uma de suas afirmações mais eloqüentes, de que a saúde é dever do Estado e direito do cidadão. Mas estamos no Brasil, não estamos na Alemanha, onde a Constituição diz que todo o cidadão alemão, tem direito à uma existência digna. Então, se o cidadão alemão entra em estado de pobreza em qualquer nação estrangeira, como no Brasil, ele vai ao seu Consulado, este examina a sua situação, verifica realmente qual não está tendo uma vida digna, e o governo alemão lhe emite um cheque mensal para complementar a sua receita, de modo que aquele preceito constitucional se transforme numa realidade. No Brasil, e esta é uma grande preocupação, estamos fazendo uma Constituição, uma Constituição talvez para destinar-se ao Brasil ideal, enquanto o Brasil real está correndo paralelamente a isso. (BRASIL, 2014b).

Observa-se que a dicotomia entre ideal e real é um fantasma que assombrava os constituintes, resultando depois de passados 27 anos, em processos como o da judicialização da saúde pública, uma vez que se eleva a garantia e preservação da dignidade da pessoa humana. O discurso acima citado, certamente foi conclusivo ao levar em conta as décadas que antecederam o final dos anos 80. Ocorre que os investimentos e gastos em saúde pública eram ínfimos, conforme demonstrado no contexto histórico abordado no capítulo inicial.

Os constituintes não erraram quando inseriram garantias inovadoras na ordem jurídica nacional tomando como base preceitos universais, entretanto, deveriam ter deixado margem à imposição de limites, no que tange a situação social do beneficiado, de modo que proporcionasse uma interpretação legal a critérios, sob a forma pela qual é reconhecido obrigatoriedade desses direitos. Por óbvio uma constituição rica em definições literais cairia num vazio onde sua eficácia seria lenta, e na medida em que se alcance resultados, estaria se

criando outros problemas. Entende-se que no Brasil formou-se um sistema que opera paralelamente ao plano original estabelecido pela Constituição, ora revestido de conceitos e ações que estão em constante mutação, porquanto se fala e justifica-se com base na Lei Maior, mas sequer ela está propriamente no centro das atenções. Significa dizer que as políticas de operacionalização do SUS, forma pela qual se concretiza o direito a saúde, não estão estritamente ligadas aos princípios pilares, principalmente ao da universalidade. As normas regulamentadoras elaboradas pelo MS estão voltadas para uma saúde preventiva

A constituição de 1988 foi promulgada após a gradativa retirada militar, não ocorrendo, portanto, sob a forma de revolução, muito embora tenha rompido com o passado que deu lugar a democracia. Neste mesmo sentido, entende-se que a ruptura de fato não tenha ocorrido, uma vez que não se deu muita margem de participação social nas discussões. Ainda, a partir da leitura de trechos das Atas que registraram os debates na constituinte, observa-se que pouco se aceitou a opinião escrita ou falada de outros atores do ordenamento que não estavam por prerrogativa legal, envolvidos no processo. Portanto, a ausência de vozes popular nessa construção, visivelmente pode ser uma das deficiências do ordenamento, que mesmo abrangente, não dá alternativa em face da finitude dos recursos e corrobora a judicialização.

Enquanto isso, em nível de globo, se completava 42 anos do fim da segunda grande guerra mundial. Da Alemanha nazista, país com que após a leitura e análise, entende-se que a lei maior do Brasil se assemelha, permanecia a divisão formal entre oriental e ocidental, muito embora a unificação fosse discutida desde o início dos anos 80, vindo a ocorrer em 1990, após a queda do Muro de Berlin, anteriormente em novembro de 1989. Para tanto, a constituição alemã promulgada em maio de 1949 surge em meio a um pós-guerra que deixara o país em ruínas e desprovido de qualquer manifestação democrática, representado assim uma ruptura com o passado, diferente, entretanto com o que ocorrera no Brasil na segunda metade da década de 80.

Relevante, pois, a análise de que mesmo tendo entrado em vigor provisoriamente, a CF da Alemanha acabou por ser a lei fundamental de toda a nação após a unificação de 1990. Vejamos o que dispõe o artigo inicial e inciso 1º da aludida lei:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público [...]

Verifica-se que o texto é preciso ao estabelecer e vincular diretamente os três poderes para com a efetividade dos direitos assegurados. Do mesmo modo, não se identifica ao longo da lei maior definições específicas para promoção das garantias sociais, como educação, saúde, moradia dentro outros, uma vez que parecem estar inseridos dentro de um único sistema de promoção social. Assim, quando surgem, portanto, estão postos de forma programática no próprio texto constitucional, como é o caso do artigo 143 c, acrescido na década passada:

[Compensações pela abolição de tarefas comuns] (1) A partir de 1º de janeiro de 2007 até 31 de dezembro de 2019, caberá aos Estados contribuições anuais do orçamento da Federação, pela supressão das tarefas comuns na ampliação e nova construção de universidades, incluindo clínicas universitárias e planejamento da educação, assim como pelo fim das cotas de financiamento da Federação, causado pela supressão das ajudas financeiras para a melhora da situação de transporte nos municípios e para o fomento das moradias sociais.

É aceitável que a CF alemã de 1949 tenha buscado estabelecer reservas quanto a inclusão de direitos sociais no texto, pois do contrário, no passado, mais precisamente em 1919 com a Constituição de Weimar, considerada pelos cientistas jurídicos a inauguração dos direitos sociais na contemporaneidade, continha um texto que fazia ao longo de sua estrutura repetidas referências a essas garantias fundamentais.

Ocorre que tamanho foi o comprometimento com os ideais de liberdade e repúdio a qualquer ameaça a dignidade humana, que o governo alemão acabou assinando logo após o Tratado de Versalles, comprometendo-se a pagar indenização incalculável pelos atos da primeira guerra mundial. Ora a responsabilidade assumida não seria dada conta e somada a quebra da bolsa de Nova York no início da década de 30, abriria novamente espaço ao holocausto e ascensão do movimento nazista que perdurou até 1945.

Dito isso, observa-se que constituição brasileira de 1988, em que pese assemelhar-se com a lei maior atualmente vigente na Alemanha, adotou uma estrutura complexa no que

tange a exposição e ênfase a cada um dos seguimentos da ordem social, semelhante, pois com a insucessida norma alemã de 1919.

Já com relação à constituição da Argentina, esta segue mesmo ideal fundador da proteção a dignidade da pessoa humana encontrado na brasileira e na alemã. Entretanto o texto atual decorre de uma profunda reforma realizada no ano de 1994, 6 anos após a promulgação da brasileira. Neste sentido, explica Isaac Augusto Damsky que:

A reforma teve o papel de introduzir expressamente no ordenamento jurídico do país, tratados e convenções internacionais, passando o art. 75, inciso 22 da Constituição Nacional a dispor que determinadas declarações, tratados e convenções possuem hierarquia constitucional e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias reconhecidos na Constituição. Desta forma, a partir da reforma constitucional de 1994 a proteção ao direito à saúde na Argentina passou a ser analisada tendo como base tratados internacionais de direitos humanos, (apud PESSOA; SANTOS, 2010).

A partir desta previsão, a lei maior argentina retirou do estado a prerrogativa discricionária, submetendo-se assim diretamente às normas internacionais, definindo a partir destas a implementação de políticas sociais, visando a satisfação de direitos como o da saúde. Isso faz com que o governo não crie meio termo em face dessas garantias, devendo agir precisamente para que evite uma intervenção externa.

O Brasil, por sua vez preferiu assumir uma ampla responsabilidade social, muito embora também esteja adepto aos tratados internacionais, reservou competência interna para tratar da proteção à dignidade da pessoa humana. De outro lado, a reforma da CF Argentina, por sua vez representou para aquela nação um momento estratégico, ao mesmo tempo em que ocorrera a internacionalização de direitos até então não previstos literalmente, contribuindo de certa forma com a incidência do processo de judicialização lá também iniciado.

Após breve análise das constituições alemã e argentina, cabe mencionar um fato importante que marcou história dos direitos sociais no Brasil. Ocorre que durante o desenvolvimento dos trabalhos, a constituinte de 1987 recebeu muitas propostas de textos normativos sobre os mais diversos assuntos, vindo de toda a parte do país e elaborado por diversas entidades organizadas. Dentre os assuntos de saúde, houve um encaminhamento de

parte da Comissão Nacional da Reforma Sanitária que chegou a ser discutida pela comissão em plenário, conforme consta o registro em Ata, sendo que ela estabelecia o seguinte:

"Art. 1º A saúde é um direito assegurado pelo Estado a todos os habitantes de todo o Território nacional sem qualquer distinção. Parágrafo único: O direito à saúde implica: 1. condições dignas de trabalho, saneamento, moradia, alimentação, educação, transporte e lazer; 2. respeito ao meio ambiente e controle da poluição ambiental; 3. informações sobre os riscos de adoecer e morrer, incluindo condições individuais e coletivas de saúde; 4. dignidade, gratuidade e qualidade das ações de saúde, com direito à escolha e à recusa; 5. recusa aos trabalhos em ambiente insalubre ou perigoso ou que represente grave e iminente risco à saúde, quando não forem adotadas medidas de eliminação ou proteção dos riscos; 6. opção quanto ao tamanho da prole; 7. participação, em nível de decisão, na formulação das políticas de saúde, e na gestão dos serviços (BRASIL, 2014i).

Em primeira impressão soa um tanto estranho a leitura do texto que poderia estar inserido na atual constituição. Muito embora o artigo 196 que trata da saúde, guarde relação com a citação acima por apresentar os mesmos princípios discutidos pelo movimento sanitário em 1987, como a determinação social da saúde e o sistema universal e igualitário, segundo Roberto Passos Nogueira (2010), “a ênfase recai sobre a igualdade e não sobre a equidade (que implicaria em tratar de forma diferente os que são socialmente desiguais)”, tal como foi discutido no capítulo anterior. Portanto, entende-se que é necessário ainda o desenvolvimento de um fórum revestido de regras com objetivo de garantir uma relação recíproca entre setor privado e administração pública, uma vez que o legislador preferiu colocar a responsabilidade tão somente sobre o estado.

Encerra-se, portanto, frisando que o direito social da saúde, atualmente em ampla discussão deve ser mais bem compreendido de parte do órgão julgador. Assim, é preciso que ocorra a harmonização da atuação do Poder Judiciário, devendo este inovar na compreensão dos dispositivos referenciados na constituição federal, levando em conta ainda, a carga social que transcende por uma realidade distinta, para então chegar-se a uma definição da dignidade da pessoa humana, que não seja, portanto, sob o cenário de uma discussão consumeirista, ao contrário, deve-se fortalecer o exercício da cidadania, através da participação social.

Por conseguinte, a abordagem trazida também tem cunho de enfatizar o quanto é pertinente o estudo e entendimento dos preceitos trazidos pela Lei Maior de 1988, bem como

das suas relações exteriores, de modo que seja possível extrair do próprio texto, soluções ao problema da judicialização. Dando seguimento ao estudo, no capítulo seguinte será analisada as lides de saúde propriamente, levando em conta o que fora visto até então, bem como as perspectivas lançadas.

3 DEMANDAS JUDICIAIS EM SAÚDE

Traçar o perfil das demandas que buscam a efetivação do direito a prestação em saúde junto ao Poder Judiciário é indispensável para uma melhor compreensão do processo em sua origem. Neste sentido, inicialmente busca-se amparo em pesquisa financiada pela Universidade Princeton, nos Estados Unidos, que fora desenvolvida no Estado do Rio Grande do Sul entre os anos de 2002 e 2009. O resultado da investigação foi oferecido durante o Seminário Direito à Saúde — desafios para a universalidade, ocorrido em junho deste ano, juntamente com o 3º Evento Latino-Americano sobre Direito à Saúde e Sistemas de Saúde. Os fóruns se desenvolveram em Brasília sob a organização do CNJ.

O resultado da pesquisa aponta que 53% entre aqueles que procuraram o Poder Judiciário são pessoas cujo ganho mensal é inferior a um salário mínimo. Desta forma, verifica-se que uma das características desse tipo de demanda é o fato de os autores serem indivíduos de baixa renda. Embora existam ações que objetivem fornecimento de exames, tratamentos, além de outras prestações em saúde, o que tem ganhado ênfase nas discussões é o dispensamento de medicamentos. Neste sentido, é o que trata a Revista Internacional Human Rights Watch, com texto traduzido e exposto no Brasil pela Revista Consultor Jurídico:

Ao invés de simplesmente reagir a casos individuais, o Judiciário deveria tratar a saúde como um direito coletivo, buscando estratégias para garantir a disponibilidade universal de medicamentos, os quais o governo tem responsabilidade legal de fornecer (BALIARDO, 2013).

Entende-se que a Judicialização destes direitos como primordial alternativa, não seja a melhor solução dada ao problema, dentre outros aspectos devido à ausência de materialidade do Poder Judiciário. Ocorre que com base no entendimento acima citado, observa-se que há uma preocupação com a prestação de saúde em seu sentido amplo de direito coletivo, uma vez que a atuação do poder julgador, nesta proporção, pode representar uma ameaça ao desenvolvimento de propostas, formação e aproveitamento de recursos em face da promoção social e sob tudo da efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados. Do mesmo modo, os julgamentos deveriam exercer um papel social, exigindo-se um mínimo de padronização das decisões, pois o direito em litígio é de interesse público. Preocupa-se, assim,

com a formação integral dos cidadãos, haja vista que parece ser coerente o fato de os faticamente excluídos da sociedade, como os que têm rendimentos ínfimos, tendam a buscar soluções junto ao Poder Judiciário, tão logo encontre barreiras na eleição de prioridades junto aos serviços de saúde disponíveis, constituindo-se o Tribunal como seu tutor. Nesse sentido, Immanuel Kant (2001, p. 100), deixou importante ensinamento que merece atenção, disse: “Se tenho um livro que faz as vezes de meu entendimento, um diretor espiritual que por mim tem consciência, um médico que por mim decide, a respeito de minha dieta, etc., então não preciso esforçar-me eu mesmo”. Da obra em questão, entende-se que a busca da maioria, ora o exercício da cidadania, imponha em mobilizar-se na luta pelos direitos ainda não efetivados em sua universalidade como manda a Magna Carta. É, pois, a consequência negativa da inferência do julgador, quando demasiada, contribuindo para o desinteresse da coletividade, que uma vez conduzido por outrem, passa a desacreditar no estado de direito.

Feito estas considerações, dar-se-á continuidade ao estudo das demandas, em especial as que envolvem fornecimento de medicamentos e alguns casos de exames. Assim, terá como base as ações dos atores envolvidos, ou seja, Poder Executivo através das políticas públicas e gestão, MP na condição de defensor dos interesses sociais, Poder Judiciário como órgão julgador e do CNJ que visa aperfeiçoar a atuação daquele, bem como o cidadão, que por sua vez é detentor do direito a saúde, além de breves exposições legais.

3.1 Perfis das demandas

A primeira questão a ser analisada envolve discussão de competência, o que muito tem sido objeto de defesa de parte dos entes municipais, além de apontar problemas de gestão que acabam justificando, nestes casos, a atuação do Poder Judiciário.

Ocorre que embora haja previsão na legislação estadual dizendo que os municípios ficam responsáveis apenas pelo fornecimento de medicamentos que integram a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), por estar definida como “o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e o centro de comunicação com toda a Rede de Atenção

à Saúde” (BRASIL, 2014c), o Tribunal de Justiça do RS, em decisões reiteradas, tem entendido se tratar de responsabilidade solidária entre os entes. Disso decorrem gastos que os gestores alegam não estar planejado, em decorrência, por exemplo, do cumprimento das liminares e sentenças que versam sobre a matéria, pois é preciso disponibilizar o item em curto período de tempo, não sendo possível, assim, a realização de processo licitatório em andamento hábil, determinando ainda o magistrado o bloqueio de recursos, conforme Exemplificado pelo CNJ, via “sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições bancárias, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet”, (BRASIL, 2014d), além da tomada de preços em farmácias locais para que se faça a compra.

Observa-se que este é um dos casos que possivelmente contribui para formação de demandas em saúde, uma vez que diante do problema, a solução mais eficaz seria que o Município incluísse alguns dos itens junto à PNAB, de modo a fazer a compra via licitação por um menor custo, bem como possibilitando o planejamento e inclusão de reservas orçamentárias, salvo, entretanto, fármacos de elevado custo. Do mesmo modo, por ora, o que se tem observado nessas questões, é a incidência de medicamento com baixo custo, mas na maioria de uso contínuo, podendo alguns chegar ao preço reduzido de 500%, se comprado, por exemplo, via pregão eletrônico, como muito fazem os municípios da região noroeste do RS, ao participarem das compras realizadas pelo Consórcio Intermunicipal de Saúde.

Como se não bastasse vencer a etapa de unir recursos para aquisição desses insumos, informações divulgadas recentemente pela Secretaria Estadual de Saúde do RS e veiculadas pelo ZH Notícias, Juliana Bublitz (2014), informa que “no ano passado, 35,9% dos remédios que o governo gaúcho foi obrigado a fornecer por decisão judicial permaneceram nas farmácias do Estado”. Ao todo cerca de “328 mil medicamentos comprados com dinheiro público deixaram de ser retirados pelos pacientes, mesmo que eles tenham entrado na justiça para isso,” acrescenta a repórter. Entende-se que o desperdício toma proporção pelo fato de que grande parte das receitas é destinada a tratamentos peculiares, quando não de doenças raras, impossibilitando assim a utilização e aproveitamento por outras pessoas.

Ainda na mesma matéria, Juliana Bublitz (2014), destaca que “entre 2005 e 2013, 60 mil quilos de remédios perderam a validade. Embora os números venham caindo [...] a judicialização da saúde é motivo de preocupação porque tende a agravar o problema”. Muito embora a justificativa apresentada pela Secretaria Estadual de Saúde para os dados catalogados podem estar equivocados, entretanto, revelam de plano uma logística precária que envolve necessariamente uma melhor gestão dos recursos. Ocorre que de certa forma, em algum momento o estado precisou adquirir os itens, seja por determinação judicial, a requerimento administrativo ou mesmo a partir de mapeamento de demandas.

Por outro lado, tem-se a dificuldade de agendamentos de consultas eletivas, aquelas que por óbvio não são emergenciais. Muito embora se tenha tratado anteriormente das ações que envolvem medicamentos, esta análise também é importante, pois, os encaminhamentos também integram a PNAB, que por sua vez como já citado, é a principal porta de entrada ao SUS, bem como a oportunidade em que muitas das receitas de fármacos são prescritas. Ora, para do funcionamento de uma rede regionalizada, elaborou-se muitas regulamentações de diretrizes nas últimas décadas, que levam em conta a lei maior do SUS, e dá ênfase aos serviços de atenção básica, que por sua vez foram definidos inicialmente pela Portaria 3.925/GM de 13 de novembro de 1988. Assim sendo, uma vez atendido na rede primária, corriqueiramente o profissional tende a encaminhar o paciente ao serviço especializado e aí cabe ao gestor dispensar a prestação em saúde, em toda sua amplitude.

Antes, entretanto, de se avançar, com base nas observações feitas a partir das diretrizes PNAB, cumpre, citar um dos problemas de gestão que parecem afligir as Unidades Básicas (UB) do país afora. Muito embora se trate de uma prerrogativa do profissional, decidir se é apto a tratar o atendido ou enviá-lo ao serviço de especialidades, nessa perspectiva o serviço das UB tende a não ter efetividade. Ora, se tem um gasto alto com a manutenção das redes, entretanto inexistente um trabalho que vise a qualificação das mesmas, ensejando como consequência altas demandas de consultas especializadas, que logo em frente irão se transformar em demandas judiciais, em decorrência da morosidade nos agendamentos e quando não na prescrição de medicamentos inoportunos que não serão disponibilizados. Ocorre que o tempo de espera, que vai desde a expedição da requisição pelo médico da UB com encaminhamento para o especialista, se torna longo a ponto de o quadro clínico do

sujeito se gravar. Assim, a esta altura não há o que se discutir, senão o cabimento de uma medida judicial que antecipe liminarmente o bem da vida tutelado.

Vejam os o quanto tende a ser grave o perfil das demandas em saúde, em que pese, ainda, parte das questões corriqueiras não serem levadas a juízo. Quando contadas diante de um promotor ou qualquer representante do MP, não restam dúvidas de que este tome providências no sentido de garantir o direito violado e tão logo se conduza o cidadão até a promoção da ação. Assim sendo, quer-se destacar a necessidade desta e outras instituições, como defensorias públicas, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Poder Judiciário e até mesmo o CNJ, de atentar para o desfecho de situações como essas, quando a omissão do gestor não esta diretamente ligada a uma simples negatória de assistência por lei assegurada. É preciso construir alternativas que forcem a qualificação das prestações. Nesse sentido, Maria Zélia Rouquayrol e Naomar de Almeida Filho, entendem que:

A articulação com a rede de serviços (unidades básicas e, também, a retaguarda hospitalar e de exames complementares) permitirá a instauração de novas relações técnicas e sociais, visando à reorganização de processos de trabalho na perspectiva do modelo assistencial alternativo correspondente à vigilância em saúde (1999, p. 500).

Diante do defendido pela autora, entende-se que se estará evitando a ocorrência de demandas judiciais quando subtender, por exemplo, que o espaço destinado à execução de programas como a Estratégia Saúde da Família (ESF), como tal, merece atenção e melhor aproveitamento dos recursos ali depositados, tanto os de cunho material quanto humanístico.

Entretanto a idéia posta anteriormente, não vem sendo desenvolvida, pois se discorda diante do que faz, por exemplo, o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP). Ocorre que em pesquisas pelo sítio do órgão, verificou-se que o mesmo edita corriqueiramente um manual com intuito de auxiliar os cidadãos paulistas na busca dos seus direitos de saúde, com ênfase na via judicial. Releva-se, entretanto, que se trata do estado brasileiro em que a capital soma a maior população em face de outras cidades até mesmo do mundo, e justamente por esse fato é que novamente questiona-se o caminho que está se tomando para a resolução desses conflitos, pois, diga-se de passagem, o Poder Judiciário

daquele ente não está dando conta em caráter emergencial das lides, assim como outros tribunais, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

Para uma melhor compreensão da proposta, vejamos trecho da referida cartilha editada pelo MP/SP (2014):

E se houver recusa por parte desses entes na oferta de produtos ou serviços relacionados à saúde pública (medicamentos, fraldas, consultas médicas, internação, tratamentos, cirurgias, exames)? É recomendado que, primeiramente, o cidadão ou seu representante legal procure a administração de saúde mais próxima, geralmente as Secretarias Municipais de Saúde, e faça a solicitação formal, verbalmente, e, se não atendido, por escrito, dirigindo o documento ao Secretário Municipal de Saúde ou Prefeito Municipal. Após esta solicitação escrita, caso, administrativamente, permaneça a situação de recusa ou haja demora excessiva na resolução do pedido, seja qual for ele, o necessitado pode procurar o Poder Judiciário para garantir o atendimento de suas necessidades. Judicialmente o ente federado será obrigado a cumprir com sua obrigação de prestação de serviços de saúde. Em termos práticos, para entrar com uma ação judicial a fim de garantir o necessário para restabelecer ou manter sua saúde, a pessoa poderá procurar qualquer um destes órgãos: A Promotoria de Justiça, A sede da subseção da Ordem dos Advogados da comarca, A defensoria pública, se houver [...]

Muito embora a recomendação inicial seja no sentido de se requerer a prestação via administrativa, esta é posta de maneira modesta, pois o desfecho primordial do texto é de direcionar o cidadão às portas do Poder Judiciário. Observa-se ainda que os locais de acolhimento para caso optem por acionar A justiça, são citadas com preponderância sob a esfera da gestão municipal. Do mesmo modo, entende-se, ser muito provável que este cidadão atalhe caminho num enfrentamento futuro dessa situação, pois está se criando conceitos, sob a compreensão de que o poder executivo está falido como ente dotado de prerrogativas e deveres.

Preocupa-se, pois, com a disseminação da problemática, em que pese não haver registros oficiais nesta pesquisa, acredita-se que nas diversas regiões do país existam casos de pacientes realizam peregrinações junto aos órgãos auxiliares e integrantes do judiciário, ao passo que deveriam estar participando de oficinas e programas de educação em saúde em suas comunidades por intermédio da gestão local. Destarte, uma vez que a atuação do MP, na condição de protetor dos interesses sociais, esteja voltada para a judicialização, o

administrador da saúde fica sujeito a interpretar a ação daquele como descabida e com objetivo de tão somente atrapalhar o seu governo, enquanto que os atos de ambos precisariam estar focados em direito coletivo de promoção e não somente prestação.

Até o presente se explicitou como tem sido a relação entre gestores, MP, e judiciário, bem como a posição em que pode ficar submetido o indivíduo, principal protagonista da questão. Também foi dito que parcela das demandas partem do não fornecimento de medicamentos, e que por sua vez, em muitos casos, não se deve a indisponibilidade de recursos, mas sim pela deficiência de gestão. Por outro lado, há situações registradas no país afora, bem como na América Latina, que evidenciam a impossibilidade de manutenção de um sistema de cunho somente curativo, haja vista o alto custo do mesmo. Neste sentido, dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) dão conta de que o Brasil somou no ano de 2010 cerca de 240 mil processos contra custos abusivos de saúde. Ora, acredita-se que enriquece a pesquisa as informações oriunda de observatórios externo, pois a tendência, em especial dos atores anteriormente citados, é de que façam juízos precipitados sobre o tema em estudo, não levando-se em conta, para tanto, o todo composto pelos direitos sociais e as políticas em torno destes. Vejamos então o que fora publicado recentemente pela ONU sobre o fenômeno da judicialização da saúde, bem como em face dos números trazidos:

Tal fenômeno se deve ao descompasso entre as políticas públicas e as demandas sociais e necessidades de saúde dos latinos. Embora mais de 70 milhões de pessoas tenham saído da pobreza na última década, muitos países mantiveram políticas que não foram projetadas de maneira participativa nem preparadas para os obstáculos dos novos tempos (ONU, 2014).

O texto sintetiza a análise almejada na presente pesquisa, ou seja, eleva o cunho participativo como ação necessária para que se chegue a avanços significativos na área da saúde. Quando falado na citação em demandas sociais, entende-se, tal como será trabalhado ao final deste capítulo, que a judicialização da saúde esteja também relacionada à deficiência de programas de inclusão social, e, portanto, as políticas sanitárias precisam estar ligadas com aquelas.

Estudo desenvolvido pelo Banco Mundial, por sua vez, liga os números das ações aos altos custos da saúde, entendido esse, não apenas pelo crescente ônus aos cofres públicos, em face do avanço tecnológico, quando da compra de medicamentos, exames, contratação de profissionais e demais insumos, mas também pelo aumento das demandas sanitárias, ou seja, a procura pelos serviços públicos de saúde. Assim defende trecho da pesquisa:

O aumento do custo da saúde e as necessidades de uma população com uma maior expectativa de vida – de 52 a 74 anos em apenas meio século – levaram milhões de latino-americanos do consultório médico aos tribunais exigindo o "direito à saúde" (apud ONU, 2014, grifo do autor).

A citação acima aborda uma das questões pela qual se tem intensificado a procura dos serviços sanitários, que por sua vez aumenta a expectativa de finitude dos recursos e a dificuldade de operação do sistema nas diversas ações, como aquisição de medicamentos, e equipamentos, construção de UB, além do recrutamento de profissionais.

Por conseguinte, com relação às ações de medicamentos, abordada no início do capítulo, cabe neste ponto reflexão acerca de seu sentido comercial, o que pode representar uma ameaça ao sistema, senão, é surpreendente o crescente aumento dos laboratórios bem como a possibilidade de haver interesses mercantis por trás das ações.

No que tange ao recrutamento de profissionais pela rede pública, pode-se identificar, mesmo no plano regional a dificuldade na contratação de médicos, bem como de outras áreas da saúde. De fato, conforme afirmado anteriormente, a elevação dos custos na referida esfera social tem sido um dos motivos pelo qual as demandas judiciais se intensificaram na última década, aliada também a identificação de novos casos de clínicos, até então desconhecidos.

Conclui-se, então, que o perfil da judicialização aparenta se formar a partir da atuação descompassada entre os atores incumbidos à sua promoção e proteção. Como consequência tem-se profissionais afastando-se do SUS, por desacreditarem numa melhor alternativa. Do mesmo modo, se abre espaço para o surgimento de interesses opostos às diretrizes do programa assistencial, quando não se atribuindo a saúde o preceito de bem de consumo, passível portando, de mercantilização, alienando os usuários a idéia de cura ao invés de prevenção. Observa-se então, que a crise do sistema possa superar o imaginado, senão

observamos seguidamente através de veiculações da mídia, o insucesso na realização de concursos e seleções públicas com objetivo de contratar profissionais, pois estes tendem a preferir atuar somente na iniciativa particular, uma vez que se auferem maior rentabilidade. Com relação aos pacientes, estes parecem sujeitar-se a prática de terapias preventivas, devido à ausência de políticas de prevenção mais amplas. Também tendem a requisitar judicialmente o fornecimento de fármacos, possivelmente prescritos sem atenção aos protocolos da PNAB e ora comercializados por grandes laboratórios, do mesmo modo que após aquisição pelo ente público, acabam não sendo retirados, dando mais amostra da deficiência de ações ordenadas de interesse coletivo.

3.2 Sobre a proposta de criação de varas especializadas em demandas de saúde e o papel do judiciário frente a problemática

Um importante trabalho foi desenvolvido no último ano pelo Tribunal de Contas da União (TCU), com a intenção de se analisar de forma atenta a judicialização da saúde, a execução de políticas públicas voltadas para a operacionalização do SUS no RS. Os resultados constantes no relatório de levantamento de subsídios para a elaboração do relatório sistêmico da saúde mostram que o estado “lidera o ranking nacional de judicialização da saúde pública, com 74 mil processos, sendo que 1.900 novas ações são ajuizadas todos os meses”. Do mesmo modo que “é cada vez maior o número ações impetradas visando ao fornecimento de remédios” (BRASIL, 2014e).

O relatório aprofunda-se, ao ponto de trazer ao acórdão a informação de que:

De acordo com um estudo da Procuradoria Geral do Estado (PGE), 44% dos 128 mil atendimentos prestados pelo SUS no Rio Grande do Sul foram realizados por força de decisão judicial. Entre os efeitos negativos da judicialização da saúde está o aumento dos gastos públicos. Foi citado como exemplo, o município de Júlio de Castilhos, onde 300 ações representaram um custo de R\$ 40 mil para a prefeitura. Com o mesmo valor, o município poderia oferecer remédios para 14 mil pacientes por meio da Farmácia Popular (BRASIL, 2014e).

Como se não bastasse, muitas das demandas podem deixar margem de dúvida quanto a sua real legitimidade, haja vista que o relatório do TCU, apontou ainda problemas de uso irracional de medicamentos. Desta monta, por outro lado o CNJ aprovou ainda no ano de 2013, texto de recomendação que orienta a criação de varas especializadas no julgamento de ações em saúde pelos tribunais de todo país. A ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Maria Cristina Peduzzi, disse que “a especialização pode propiciar decisões mais adequadas e precisas” (BRASIL, 2014f).

Antes mesmo da deliberação do CNJ, algumas medidas já haviam sido organizadas, como é o caso da criação da Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS), no Distrito Federal. Segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), “a Camedis fica responsável pela mediação relativa às demandas por serviços ou produtos de saúde oferecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS - no Distrito Federal” (DISTRITO FEDERAL, 2014). A iniciativa é importante, pois se trata da constituição de um espaço de diálogo entre os atores destas ações, tendo como objetivo promover um foro de conciliação, envolvendo também entidades e órgãos encarregados de prestar apoio.

Já no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o TJ/RS decidiu que a competência para apreciar e julgar as ações relativas à saúde passará a ser dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (JEFP). A regulamentação estabelecida na Resolução nº 925/2012-COMAG será aplicada partir de 23 de junho de 2015.

Segundo, ainda Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no que tange a qualificação das decisões proferidas, destacam que:

[...] alguns Estados já possuem essa espécie de suporte técnico aos magistrados. É o exemplo do Rio de Janeiro, que dispõe do auxílio de farmacêuticos às Varas de Fazenda Pública da Capital, para ajudar na avaliação de pertinência de determinado medicamento, (FERREIRA MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 933).

Visando o esgotamento do excesso de demandas, Ferreira Mendes e Gonet Branco ressaltam as “medidas que vise à redução de litígios, como o Comitê Interinstitucional de

Resolução Administrativa de Demandas da Saúde — CIRADS, que tem como finalidade a solução administrativa de demandas envolvendo o cidadão e o SUS”, (2012, p. 933).

Observa-se, diante da rápida evolução do tema, o quanto o Poder Judiciário preocupa-se com seu papel voltado para instituição julgadora. Como consequência forma-se um grande abismo entre o mundo real e os ideais, porquanto está do outro lado a estrutura gestora de um complexo organismo que visa à concretização das garantias individuais e coletivas. Nota-se também que muito se discute, mas pouco se diz sobre a criação das varas especializadas em saúde, pois o discurso se repete, tornando um tanto convincente, quando embasado dignidade da pessoa humana, mas sem apresentar via construtiva.

É importante destacar que a proposta destas varas judiciais, se deve também ao crescente número de ações envolvendo queixas contra os planos privados, e nos casos de saúde suplementar. Entretanto, nesta situação, se está diante de uma relação de consumo, pois o segurado paga prêmio para ter em contraprestação a garantia de um atendimento, quando deste precisar. Por outro lado, entre estado e cidadão subsiste vínculo democrático que por sua vez possibilita o exercício da cidadania, especialmente pela obrigação prestacional incumbida àquele e o direito de fiscalização dos destinatários em face da sua efetivação.

Frente à questão, o Poder Judiciário entende que as repartições possam criar um espaço de melhor qualificação técnica dos julgadores, cujo foco não seja necessariamente um direito alternativo, como a mediação, mas o simples fato de julgar melhor, uma vez sendo mantido o poder de decisão nas mãos do magistrado.

Segundo o Juiz de Direito do Rio Grande do Sul, Martin Schulze, em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo (apud, VASCONCELOS, 2014), os serviços de saúde no país são “prestados de forma pública ou de forma privada e, ainda, por um modelo suplementar. A organização do Sistema Único de Saúde é complexa, regulando todas estas atividades”. Com relação aos serviços públicos, percebe-se que o magistrado defende a necessidade de qualificação do órgão julgador, para que não atue em contrariedade ao organismo público administrativo.

Quanto a avaliação acerca da criação das varas especializadas, desde que voltada ao objetivo de se montar uma estrutura preocupada com a equidade dos julgamentos, a idéia parece uma boa alternativa para o desenvolvimento de um trabalho uniforme às diretrizes do SUS, senão vejamos o que afirma ainda Schulze (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014):

Para alcançar a necessária qualificação, para a devida compreensão do emaranhado de sutilezas legais, administrativas, contratuais e médicas, envolvendo gestores, prestadores, médicos e pacientes, o operador do direito precisa ter um interesse especial na matéria, para manter o equilíbrio entre os interesses do sistema de saúde e os interesses da população.

Significa dizer que o Poder Judiciário deve desprender-se um tanto da prerrogativa institucional e atuar juntamente com outros atores como MP, conselhos de saúde, representantes comunitários gestores e chefes do executivo, com o objetivo de constituir um fórum de discussões sobre a saúde local. O fazer cumprir da norma constitucional bem como do SUS, deve estar legitimada com a participação dos cidadãos. Por outro lado, salvo remotas exceções, como o caso do Distrito Federal (DF) e do Rio Grande do Sul (RS), ainda não há garantia de que os novos espaços judiciais sejam destinados ao desenvolvimento da mediação, por isso da necessidade de se amadurecer melhor a proposta lançada pelo CNJ como alternativa em face da problemática.

Referindo-se especificamente ao RS, a reportagem analisada traz um dado interessante decorrente dos resultados alcançados pela JEPF implantada junto ao TJ/RS no ano 2009, através da Lei Estadual 11.164/09. De acordo com Martin Schulze (SÃO PAULO, 2014), após a identificação e tratamento dos problemas de gestão até então identificados, “reduziu significativamente a judicialização (cerca de 80%), sem, contudo, deixar de atender as demandas de saúde da população, pois os encaminhamentos foram resolvidos na esfera administrativa”. Tem-se, portanto, uma queda brusca do número de novas ações, em que pese o percentual não considera o indicador real de novas demandas, sem dúvida é um avanço elogiável.

Recentemente o CNJ editou a Portaria 40 de 25 de março de 2014, visando constituir o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário, que está voltado para o acompanhamento das demandas de saúde. Diferentemente do Ato

Normativo, então revogado, a Portaria 187 de 17 de outubro de 2013, o atual inova, demonstrando o amadurecimento das discussões pelo Conselho, em especial pelo disposto no artigo 1º que trata das competências, sendo de:

III - organizar encontros nacionais de membros do Poder Judiciário, com ou sem a participação de outros segmentos do poder público, da sociedade civil e de comunidades interessadas, para a discussão de temas relacionados às suas atividades e para a proposição de medidas que contribuam para a solução de questões relacionadas às demandas de assistência à saúde (BRASIL, 2014g).

O dispositivo demonstra que o CNJ está abrindo espaço para discussão do problema em uma amplitude maior, diferentemente do se discutia a cerca de um ano atrás, dando vestígio de que a comissão tenha concluído pela necessidade de legitimação emanada dos interessados, ou seja, da sociedade como um todo. Para tanto, o desperdício de medicamentos verificado no item anterior, dá indícios de que a atuação do órgão conselheiro deva atentar para criação de novos espaços de participação social, pois do contrário o que se tem observado, conforme entendimento da OPAS e CNS, (2012, p. 89), é um:

[...] molde legal e normativo que se atém a um roteiro formal e legal preestabelecido, dificultando a produção de grandes inovações. É dentro de tal perspectiva, contudo, que as diversas situações presentes devem ser analisadas.

O estudo do CNS juntamente com a OPAS é desenvolvido com base em uma proposta de inovação dos processos atuais, que envolve desde a gestão, criação e implantação de programas, fomento a vias de acesso da população e até mesmo a atuação do Poder Judiciário no caso de violação do direito constitucional. Trata-se, pois, da composição instrumental do SUS, que deve necessariamente ocorrer com a inserção de representantes das diversas classes, garantido a inclusão em especial de quem não esteja vinculado a entidades formais.

A discussão neste item, portanto, partiu da proposta de criação de varas especializadas e colocou em questionamento o papel incumbido ao Poder Judiciário. Não que os novos espaços possam trazer resultados negativos, ao contrário, dependendo da ação de todo o conjunto, pode-se alcançar frutos inéditos. Entretanto, precisa-se amadurecer uma nova concepção de órgão julgador em se tratando de lides de saúde, diferenciando-se para tanto de

toda a pragmática adotada nos processos que visam satisfazer o bem da vida de interesse particular.

Portanto, conclui-se neste ponto pela necessidade de haver harmonia e maior integração entre o Poder Executivo e Poder Judiciário, visando sincronizar ações que atualmente realizadas de forma desordenadas, uma vez entendido que os desperdícios de medicamentos apresentados na matéria citada no item anterior confirmam a hipótese. Neste sentido, ambos os poderes submetem-se a responsabilidade para com a sociedade, bem como a do órgão julgador não se limita aos julgamentos em si, ampliando-se, por exemplo, com a avaliação da situação do beneficiado após a concessão, e ainda, sobre o que o levou até as portas do fórum. Do contrário restam trocadilhos de apontes de responsabilidade ou mesmo a injusta imputação do usuário como sendo o culpado, no caso de não retirar os fármacos, pois se acredita que isso seja devido ausência de orientação de parte dos gestores e mesmo do juiz da sentença. Assim, reitera-se que tão somente criar varas que objetivem o julgamento mais célere das ações, se estará trazendo mais barreiras em vez da concretização do direito à saúde, não sendo assim uma alternativa viável.

3.3 A judicialização da saúde como reflexo da falência de outros setores sociais e da gestão

Como já referido anteriormente, a judicialização da saúde no Brasil, que tem se intensificado nas últimas décadas, é um sintoma de que algo no sistema de prestação está padecendo de uma reorganização. Entretanto, há de se observar que no estado democrático de direito, dentre as garantias, está o acesso ao Poder Judiciário, quando, por exemplo, dado direito está sofrendo ameaça ou mesmo uma lesão, desse modo a recorrência ao júízo para fins de obtenção de acesso a prestações de saúde, subtende que pelo menos parte do aparelho está deficiente. Por ora, os números de demandas verificados anteriormente confirmam o diagnóstico.

Com intuito de se promover mudanças no quadro, alguns movimentos já se encontram em andamento pelo país afora, como o Movimento de Reforma Sanitária Brasileiro, liderado por diversas entidades, dentre elas a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), Associação Brasileira de Economia em Saúde (ABRES), Associação de Membros do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA) e outras. Os trabalhos são desenvolvidos com a participação de outros atores, em especial, pelo MS, Secretarias Estaduais de Saúde, Conselhos de Medicina, OAB, Defensorias Pública e Associações de Municípios. A proposta é desenvolver um espaço de mediação em saúde, entretanto os avanços são lentos, uma vez que a participação do público mais interessado, ainda é pequena, ou seja, a integração da população que necessita de atendimentos em saúde. É o caso das associações de bairros, por exemplo, que tendem a corriqueiramente reivindicar melhorias nos serviços de saúde ofertados junto ao posto instalado na sede, mas quando de uma convocação para discussões como a mencionada, o número de participantes presentes é muito pequena. Acontece que por outro lado, em caráter de eminente risco, ou mesmo nos casos eletivos, entende-se ter se criado a idéia de que se recorrer ao Poder Judiciário as coisas são resolvidas rapidamente, sem que seja necessária a integração com discussões populares na comunidade.

A idéia exposta acima introduz a terminação de que a judicialização da saúde se deva pelo reflexo da falência de outros setores sociais, ou seja, primeiramente pela ausência de integração e participação social dos indivíduos, no mínimo em comunidades locais. Em face do papel do poder público, entende-se que a estrutura deva desprender-se mais do plano teórico de participação, integrando vários atores, de modo a se considerar as mesmas premissas, em torno da cidadania, em especial a concepção e bem estar.

Por causa da precária atuação social, acredita-se que a judicialização surja a partir de uma das suas conseqüências, que é o da fragmentação do sistema, pois não se consegue seguir os protocolos. Deste modo, muitos dos problemas enfrentados pela rede de saúde pública podem estar ligados diretamente a essa tendência, pois os serviços sanitários aparecem em grande maioria de forma isolada, sem contar com a participação e integração das ações da área da educação, assistência social, desenvolvimento econômico e sustentável, proteção ambiental, etc. Por isso fala-se na falência desses, uma vez que é impossível se estabelecer critérios de avaliação e implementação de políticas públicas, sem o acolhimento das várias

iniciativas competidas à gestão local, a bem como das redes regionalizadas, objetivando soluções aos problemas de âmbito municipal, estadual e até mesmo de toda a nação.

Partindo da análise de alguns programas financiados pelo MS, como o Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF), verifica-se que suas diretrizes estão consolidadas na idéia de integração do sistema anteriormente referida, pois este exige a formação de equipes multiprofissionais. Deste modo, entende-se que o magistrado deve quando do julgamento de uma ação em saúde, no caso em que as políticas públicas, seja por questões diversas ainda não foram desenvolvidas, observar, entretanto, se as mesmas encontram-se instrumentalizadas no âmbito do MS, e, ou, pela Secretaria Estadual de Saúde, via Portaria Ministerial ou Resolução. Assim, nesta última situação, constituiria caso em que o gestor estaria sendo responsabilizado por omissão, haja vista o não fomento de ações e programas, em face da disponibilidade de recursos de parte das outras esferas governamentais.

Pode-se dizer que se está diante de um paradigma, formado a partir da necessidade de políticas públicas, financiamento e participação social, para então acontecer efetivamente a concretização do direito a saúde. Ocorre que não há como desenvolver políticas de inclusão sem ter a disposição recursos financeiros, do mesmo modo que o programa somente será mantido caso ocorra a participação social, que por sua vez depende diretamente de ações de integração da gestão, como visto anteriormente. Assim sendo, todo esse desfecho deve chegar até o juiz que está diante de uma lide de direito em saúde, para possa fazer um juízo acerca da real situação da atenção dispensada pelo gestor em face dessa garantia constitucional, bem como da possível deficiência de outras áreas sociais, e então exigir providências concretas administrador público, através de trabalho conjunto com outros órgãos, como MP e Defensoria Pública.

Discorrendo propriamente sobre a dificuldade de implementação de programas oferecidos pelos entes federais e estaduais, no âmbito local, acredita-se que isso deve inicialmente pelo despreparo administrativo dos gestores, ou seja, o desconhecimento das diversas formas de financiamentos da saúde, bem como a observância de metas e protocolos exigidos. Também se tem a problemática da rotatividade desses administradores e demais profissionais técnicos que estão à frente do gerenciamento. Ocorre que o secretário municipal

de saúde, diferentemente de todas as outras esferas de governo do ente, cumpre além de outros papéis, o de ordenador de despesas, a partir do gerenciamento dos recursos compensados no Fundo Municipal de Saúde (FMS). Esses valores são em grande parte oriundos de transferências fundo a fundo, repasses do Fundo Estadual de Saúde (FES), incentivos federais e até mesmo do próprio governo. Portanto também compete ao Poder Judiciário e órgãos de fiscalização, o acompanhamento da aplicação destes recursos, emitindo pareceres e sugestões, evitando-se assim a rotina de ações que muitas vezes, neste caso estão ligadas à necessidade de melhor manejo do dinheiro público.

Em decorrência da grande responsabilidade auferida ao gestor municipal, por vezes o manejo dos recursos disponíveis, principalmente o financeiro, acaba sendo desenvolvido sob a mesma ótica do restante da administração municipal, via uma programação de receita e despesa. Entretanto, a gestão da saúde é impossível de ser organizada de modo que evite problemas como a judicialização, sem que haja uma ampla política de assistência social, estando, dentre os serviços prestados os de saúde, que por sua vez deve trazer em caráter permanente a prevenção e educação. Neste sentido, a avaliação que se faz é de apenas ocorrerem gastos com a saúde pública e não investimentos em ações, propriamente ditos.

Em termos de recursos, dados mostram que os municípios brasileiros têm investido em serviços de saúde muito além do que sua capacidade, muitos gastando inclusive, bem acima do percentual mínimo de 15%, regulamento pela Lei Complementar 141 de 13 de Janeiro de 2012, em seu artigo 7º. Essas informações são catalogadas e disponibilizadas para consulta bimestralmente todo o ano pelo Sistema de Informações Sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), ferramenta institucionalizada pelo MS em 2004 em atividade desde o ano de 1993. Destaca-se esta fonte de subsídios, por se entender que os juízes também devam acessá-la, antes de despachar qualquer decisão, sendo o caso devendo solicitar outros indicadores a fim de avaliar a situação do ente público, bem como formular proposta de conciliatória, resguardado, entretanto os direitos do indivíduo autor da lide.

Em sede dos problemas de gestão até aqui tecidos, bem como após se analisar algumas decisões proferidas em especial pelo TJ/RS e suas comarcas regionais, observa-se que há a incidência de pelo menos duas faces da judicialização para com a estrutura administrativa e o

interesse social coletivo a ver. A primeira parece estar voltada para um viés de construção, enquanto que a outra segue o caminho inverso. Sendo assim, esta última está ligada a falta de reflexão melhor elaborada da questão, se é uma situação em que cabe diretamente a condenação do gestor, senão a abertura de diálogo, bem como o chamamento de outros entes a lide, por exemplo, quando envolve municípios e estados, ou, estados e União. Acontece que há casos em que pequenos municípios estão com um número de ações elevado e desproporcional a sua população. Acredita-se que dificilmente poderá haver evolução de suas políticas, enquanto não se reduza os processos em tramitação. Portanto, caberia ao Poder Judiciário chamar a lide outro ente coobrigado de forma solidária nos termos da legislação vista no início da pesquisa.

Considerando a idéia de gestão integrada das ações sociais, ao contrário, a judicialização para ser entendida viável, deveria apoiar-se na premissa de estruturação do vínculo entre população e gestor, considerando-se, que para a formatação de um plano de saúde de âmbito local, deveria haver uma cooperação entre Poder Judiciário e executivo municipal, com o intuito de fortalecer a política que está em desenvolvimento, ou a ser desenvolvida. Senão, observa-se que no caso de sentença, ou liminar que exija a imediata compra de um serviço e, ou insumo em saúde, cuja prestação inda não está amparada por programa do MS que é o órgão máximo de gestão do SUS, o Poder Judiciário deveria ter cautela quando da imposição da obrigação tão somente a um dos entes. Também seria importante que fizesse análise da sua capacidade aquisitiva e o impacto na gestão de interesses da coletividade, para com os de um indivíduo tão somente.

É importante ressaltar que uma vez inexistindo planejamento municipal de saúde que integre os vários setores sociais da gestão, conforme tratado anteriormente, muito embora a atuação do órgão julgador ocorra de acordo com o defendido na presente pesquisa, nestes casos o gestor, por omissão, estará dando margem para a incidência de ações em saúde, pois é notório que a população de um modo geral tenha conhecimento de pelo menos alguns dos programas que estão em desenvolvimento pelo órgão federal e ao ser lhe negado o direito perante o administrador local, muito provável que procure satisfações por intermédio do Poder Judiciário.

Por conseguinte, a Judicialização da Saúde Pública, é fenômeno que surge da iniciativa dos cidadãos. Uma vez que o poder público não tenha cumprido com a obrigação prestacional, faz-se a opção de acionar o Poder Judiciário. Assim, na medida em que estas situações tomam grandeza, o indivíduo passa a ser o centro das atenções. Isto é necessário para que se possa transcender aos valores na particularidade de cada um, levando em conta como já citado, não só a situação econômica, mas também, a constituição social lhe proporcionada. Na prática vivenciada junto as UB, observa-se que enquanto alguns bem instruídos das obrigações do ente público auferem forças para exigir seu cumprimento no cerne administrativo, outros ficam convictos de que somente o Poder Judiciário será capaz de alcançar-lhe a prestação. Neste sentido:

O que não se pode admitir é que esse direito fundamental social torne-se, pela inércia do legislador ou pela falta de concretização das políticas públicas, uma utopia perante a população, que formam filas em frente aos postos de saúde e hospitais atrás de um direito que deveria ser-lhe garantido de forma automática, imediata (SCHWARTZ; RACTZ, 2006, p.167).

A partir do citado acima se pode visualizar a ocorrência de inércia do ente público, principalmente o municipal, no sentido de acomodar-se quanto ao fomento de novas políticas sociais, não conseguindo assim cumprir com seu papel fundamental definido pela Lei Maior. Diante disso, a população passa a desacreditar no papel do Poder Executivo. Em algumas situações, acredita-se que o travamento da iniciativa gestora seja consequência da atuação intensa do Poder Judiciário, a partir do julgamento de demandas responsáveis por engessar a administração que já se encontra deficiente. Conclui ainda Schwartz e Ractz dizendo que:

A busca de alternativas para concretizar esse direito se impõe, o que deve partir, em primeiro plano, do Poder Público, através da implementação de políticas públicas eficazes; subsidiariamente, da sociedade e, em última instância, do Poder Judiciário, competindo a estes fazer valer o disposto na Constituição Federal [...] (SCHWARTZ; RACTZ, 2006, p. 167).

Esta última citação reitera a idéia defendida no presente capítulo, bem como o todo da pesquisa, uma vez que defini um roteiro ideal para a concretização do direito a saúde. Contribui também com a evidência de que a judicialização não deva ser vista e tomada como exclusiva alternativa, em face da efetividade da referida garantia. Observa-se então que o autor define o papel do Poder Judiciário sob última instância, pondo à frente alternativas que

vão desde a proposta de políticas públicas de parte do poder público até a participação conjunta da sociedade quando da execução.

Portanto se diz que existe a falência de outros setores sociais, bem como a carência de gestão, devido inexistirem meios capazes de trazer a sociedade para as discussões de interesse comum. Assim, entende-se que o gestor não consiga visualizar as necessidades da comunidade, caso atente apenas para o trabalho com demandas e distribuição de recurso limitado à determinada quantidade. Quanto a atuação do Poder Judiciário, conclui-se que esta deva ocorrer de forma subsidiária, uma vez que a saúde aparentemente é um bem frágil e incerto, que exige atenção em tempo integral, e assim, qualquer decisão desmedida pode trazer-lhe maiores complicações em vez de sanear o problema. Assim sendo, é preciso considerar que para o aperfeiçoamento da prestação do direito a saúde e a conseqüente eliminação de grande monta das ações judiciais, é indispensável também o aprimoramento dos direitos sociais como um todo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por objetivo analisar o processo de judicialização da saúde pública, em especial a partir da perspectiva municipal, e da atuação dos julgadores, discorrendo inicialmente sobre o aspecto histórico do direito sanitário brasileiro. Para tanto, levou-se em conta suas possíveis causas, conseqüências e alternativas para uma melhor democratização do direito a saúde, uma vez que esta medida é meio pelo qual se busca forçar o poder público quando da sua omissão, a prestar um direito constitucionalmente assegurado.

Em face da atuação do Poder Judiciário, concluiu-se pela necessidade de apoio técnico junto aos tribunais, para que se possa fazer uma avaliação mais eficaz em cada caso, bem como se leve em consideração os aspectos técnicos do direito sanitário, como as definições de medicina, farmacologia e os protocolos definidos pelo MS. Neste ponto, ainda pode-se observar a existência de órgãos judiciais que já adotaram o auxílio de farmacêuticos, por exemplo, na avaliação de pertinência de determinado medicamento, bem como os resultados positivos alcançados, que estão reduzindo significativamente o número de ações naqueles locais.

Com relação à proposta lançada pelo CNJ ainda no ano de 2013, qual orientou os tribunais estaduais a criarem varas especializadas no julgamento de ações sobre saúde pública, pode-se constatar que ocorreu um pequeno, mas importante amadurecimento da idéia. É o caso do aperfeiçoamento das Varas de Fazenda Pública, para que também atuem nas questões de saúde, entretanto, desempenhando papel mediador, através do diálogo proporcionado entre gestor e cidadão.

Em se tratando da abertura de espaços que visem tão somente desafogar o Poder Judiciário, conclui-se que esta não seja a melhor alternativa, pois neste caso o juízo ocorre tão somente sobre o aspecto da legalidade, não se analisando os interesses públicos, bem como

uso da conveniência e oportunidade, por se tratar de um direito cujo mérito é coletivo, e não de bem da vida de cunho privado.

No que tange ao papel do Poder Executivo, verificou-se que em alguns casos ocorre a omissão deste quanto a promoção de políticas públicas, além da não adesão a programas financiados pelos entes federais e estaduais. Do mesmo modo, entendeu-se que este fato contribua com a judicialização da saúde, pois a dificuldade em se atender as necessidades sociais oriundas daquele direito, ganha proporção, na medida em que a população tende a desacreditar no poder público. Entretanto, no caso do Poder Judiciário, quando procurado este deve seguir primordialmente a idéia de mediador da situação, e assim ao fazer análise amparada em recursos técnicos, poderá, além de se evitar o acúmulo de processos, contribuir com a melhor atuação do gestor, harmonizando sua relação com o indivíduo.

Ainda no que compete a administração pública e seu gestor, verificou-se que é preciso desenvolver uma gestão integrada de modo a se evitar que as políticas de prestações em saúde ocorram de forma isolada, sem a participação de outras áreas, principalmente as que estão voltadas para educação e desenvolvimento sustentável.

Também se analisou a atuação dos órgãos de fiscalização, como o MP, podendo concluir que estes também devem rever suas ações, haja vista que a própria definição de competência estabelecida na Constituição Federal, lhes permite investigar e formular proposta junto à gestão do poder público.

Por fim, considerando a identidade histórica dos direitos sociais no Brasil, pode-se concluir que o legislador deu respaldo a uma ampla assistência em face dos direitos de caráter social. Diferente, por exemplo, de outros ordenamentos com os quais o brasileiro se assemelha, pois naqueles analisados, essa definição é genérica, demandando uma maior participação social em sua construção, contrário do que parece ocorrer em nosso país. Disso decorre, também, o problema da finitude dos recursos, uma vez observado que a definição de universalidade tem servido de principal argumento nas decisões do Poder Judiciário e, portanto, necessita de relativização.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Constituição da República Federativa da Alemanha**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PD_F.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2014.

BALIARDO, Rafael. **Judicialização da saúde opõe teoria e realidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-17/decisao-cnj-varas-saude-expoe-gravidade-judicializacao>>, acesso em: 17 de agosto de 2013.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde**. Juruá. Curitiba, Ed. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Evolução Institucional da Saúde Pública**. Brasília: 1979.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Vigilância sanitária: 200 anos de Brasil**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2008/280108_1.htm>. Acesso em: 31 ago. 2013a.

_____. Fundação Nacional de Saúde. **100 anos de Saúde Pública: A Visão da Funasa**. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2004.

_____. Ministério da Saúde. **Relatório final da 8ª conferência nacional de saúde**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2013c.

_____. **Lei nº 8.080/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 31 ago. 2013d.

_____. **ADPF 45 MC/DF**. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>>. Acesso em: 18 abr. 2014a.

_____. **Lei nº 8.142/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm>. Acesso em: 31 ago. 2013e.

_____. Congresso Nacional. **Ata da 1ª reunião (instalação) da subcomissão de saúde,seguridade e do meio ambiente, realizada dia 7 de abril de 1987.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/7b%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DE%20SA%C3%9ADE,%20SEGURIDADE%20E%20M EIO%20AMBIENTE.pdf>> Acesso em: 03 mai. 2014b.

_____. Ministério da Saúde. **PNAB - Política Nacional de Atenção Básica.** Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/portaldab/pnab.php>>. Acesso em: 09 jun. 2014c.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **BacenJud.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/bacenjud>>. Acesso em: 04 abr. 2014d.

_____. **TC nº 021.049/2013-0.** Tribunal de Constas da União, Relator: Ministro Benjamin Zymler, Julgado em? 16 out. 2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20131017/AC_2791_40_13_P.do> . Acesso em: 27 abr. 2014e.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ recomenda especialização de varas de fazenda pública para tratar de questões de saúde.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25761-cnj-recomenda-aos-tribunais-a-criacao-de-varas-para-saude>>. Acesso em: 20 abr. 2014f.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 40/2014.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/portarias-presidencia/28070-portaria-n-40-25-de-marco-de-2014>>. Acesso em: 05 mai. 2014g.

BRITO, José de Souza. **Jurisdição constitucional e princípio democrático.** Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BUBLITZ, Juliana. ZH Notícias. **35,9% dos medicamentos fornecidos judicialmente pelo Estado não são retirados pela população.** ZH Notícias. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/05/35-9-dos-medicamentos-fornecidos-judicialmente-pelo-estado-nao-sao-retirados-pela-populacao-4492543.html>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **SUS, Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica de Saúde, Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90.** 2ª ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

CONILL, Eleonor Minho. **Epidemiologia e Sistemas de Saúde.** Curso de Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Comitê de Saúde Institui Câmara de Mediação em Saúde**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2013/fevereiro/comite-de-saude-institui-camara-de-mediacao-em-saude>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Infância e Processo Político no Brasil: A arte de governar crianças: a história das Políticas Sociais, da Legislação e da Assistência no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

FALEIROS, Vicente de Paula [et al]. **A Construção do SUS: Histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros Para Sua Eficácia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRISOTTI, Márcia [et al]. **Sistema Único de Saúde: avaliação e fomento à participação comunitária no Conselho Municipal de Saúde**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000300026&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 03 mai. 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

NOGUEIRA, Roberto Passos. **Questões Atuais da Reforma Sanitária**. Disponível em: <http://prodisa.fiocruz.br/wp-content/uploads/2010/05/Roberto-Passo_Mesa-31.ppt>. Acesso em: 27 abr. 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Apenas em 2010, Brasil registrou 240 mil processos judiciais contra custos abusivos da saúde**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/apenas-em-2010-brasil-registrou-240-mil-processos-judiciais-contra-custos-abusivos-da-saude/>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde; CNS. Conselho Nacional de Saúde. **Inclusão dos Cidadãos nas Políticas de Saúde: Experiências brasileiras e européias**. Brasília: 2012.

PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SANTOS, Renata de Oliveira. **Controle Judicial de Políticas Públicas da Área de Saúde: Uma Análise Comparada Brasil x Argentina**. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=416&mp_secao=10&tmp_topico=direitoconst>. Acesso em: 28 abr. 2014.

REBOLI, Karla Garcia; KRÜGER, Tânia Regina. **Participação e Saúde Mental:** As Conferências Nacionais de Saúde Mental. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8UKZSM_pP5QJ:www.cress-sc.org.br/dld.php%3Fdld_id%3D185+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação cível nº 70055958862, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 24 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/processos/>>. In: **Diário da Justiça**, 29 out. 2013. Acesso em: 01 nov. 2013.

ROCHA, Julio César de Sá. **Direito da Saúde:** Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Editora LTR, 1999.

ROUQUAYROL, Maria Zélia; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **Epidemiologia e Saúde.** 5 ed. Rio de Janeiro: MEDSI, 1999.

SALLES, Pedro. **História da medicina brasileira.** 2 ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2004.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Manual Básico de Saúde Pública:** Um guia prático para conhecer e garantir seus direitos. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/manual_basico_saude_publica.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde:** Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano; RACTZ, Juliana. **O direito público subjetivo à saúde:** efetividade via políticas públicas. Santa Cruz do Sul. Revista Direito e Justiça, 2006.

SEVCENKO, Nicolau. **A revolta da Vacina.** São Paulo, Ed. Scipione, 1993.

VASCONCELOS, Frederico. **Vara especializada em saúde:** exemplo gaúcho. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/05/28/vara-especializada-em-saude-exemplo-gaucha/>>. Acesso em: 03 mai. 2014.