

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI

JOSÉ ALEXANDRE BACELAR DE CARVALHO NETO

ATUAÇÃO DIALÓGICA DAS INSTITUIÇÕES COMO INSTRUMENTO
DEMOCRÁTICO À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE

TERESINA

2017

JOSÉ ALEXANDRE BACELAR DE CARVALHO NETO

**ATUAÇÃO DIALÓGICA DAS INSTITUIÇÕES COMO INSTRUMENTO
DEMOCRÁTICO À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação Superior apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, na Universidade Estadual do Piauí (Uespi), Campus Poeta Torquato Neto, Teresina.

ORIENTADOR: Prof. Esp. Renato Leal
Catunda Martins.

TERESINA

2017

JOSÉ ALEXANDRE BACELAR DE CARVALHO NETO

**ATUAÇÃO DIALÓGICA DAS INSTITUIÇÕES COMO INSTRUMENTO
DEMOCRÁTICO À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação Superior apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, na Universidade Estadual do Piauí (UESPI), Campus Poeta Torquato Neto, Teresina, sob a orientação do professor especialista Renato Leal Catunda Martins.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professor Especialista Renato Leal Catunda Martins (Universidade Estadual do Piauí)
(Orientador)

Nome: _____ (Universidade Estadual do Piauí)

Nome: _____ (Universidade Estadual do Piauí)

Dedico este trabalho a todos que ajudaram no meu crescimento pessoal e profissional, especialmente à minha querida Mãe, Carminha, pelos ensinamentos e amor incondicional, e à minha irmã, Nalma, por sua cumplicidade e união. Finalmente, à Deus, pelo presente da vida, e por iluminar meus caminhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que colaboraram direta e indiretamente para elaboração deste trabalho monográfico.

RESUMO

Após o advento da Constituição Federal de 1988, evidenciou-se o anseio da coletividade pela efetivação de seus direitos mais básicos, gerando, dessa forma, a procura por soluções que, não raras as vezes, concentravam no aparelho jurisdicional a missão de resguardar os indivíduos da atuação omissa do Estado. Foi em tal ambiência que floresceu o direito à saúde, que, passando a ser objeto cada mais vez mais recorrente em lides contra à Administração Pública, gerou o que hoje se concebe como o fenômeno da Judicialização da Saúde Pública no Brasil. Todavia, diante de um exacerbado número de ações que abarrotam o Poder Judiciário anualmente, bem como por conta do excessivo gasto do Poder Público com tais demandas, considera-se imprescindível a busca por mecanismos que, se não desloquem a competência jurisdicional de tais demandas, facilitando assim a sua concreção e diminuindo seus custos, que ao menos criem formas de auxiliar a atuação do juiz em seu julgamento. Dessa maneira, o presente trabalho objetiva compreender a motivação do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, de modo a identificar a importância da atuação dialógica das Instituições como instrumento democrático à intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde. De forma específica, buscou-se analisar o contexto histórico e evolutivo da saúde no Brasil, aferir a sua implantação por meios de políticas públicas, assim como definir os seus principais institutos e críticas, de modo a facilitar a cognição dos mais relevantes aspectos que permeiam o tema em análise. Para tanto, foi utilizado o método de investigação qualitativo, apoiado em um estudo descritivo de análise bibliográfica, os quais foram essências à conclusão de que adoção de um controle dialógico que observe a interação harmônica entre atores sociais é um axioma necessário para que o julgador satisfaça sua função jurisdicional de controle das políticas públicas no âmbito da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde. Controle. Judicialização. Políticas públicas. Diálogo institucional.

ABSTRACT

After the advent of the Federal Constitution of 1988, the desire of the collectivity for the realization of its most basic rights was evidenced, generating, in this way, the search for solutions that, not infrequently, of the State's lack of action. It was conceived as a health principle, which, becoming an increasingly recurrent object in public administration, generated what is now conceived as the phenomenon of Judicialization of Public Health in Brazil. However, in addition to an exacerbated number of actions that overwhelm the Judiciary every year, as well as due to the excessive spending of the Public Power with such demands, it is considered essential a search for mechanisms that do not displace a jurisdictional jurisdiction of such demands, thus facilitating their realization and reducing their costs, which less create ways to assist an actualization of the judge in their judgment. In this way, the present work aims at motivating the phenomenon of health judicialization in Brazil, in order to identify the importance of the dialogical performance of institutions as the democratic instrument on the intervention of the judiciary in public health policies. Specifically, we sought to analyze the historical and evolutionary context of health in Brazil, its implementation by means of public policies, as well as to define its main institutes and critics, in order to facilitate the cognition of the most relevant aspects that permeate o subject under review. In order to do so, we used the qualitative research method, based on a descriptive study of bibliographical analysis, which were essential for the conclusion that the adoption of a dialogical control that observes a harmonic interaction between social actors is a necessary axiom for the judge satisfies its jurisdictional function of controlling public policies in the field of health.

KEYWORDS: Health. Control. Judicialization. Public Policy. Institutional dialogue

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	12
2.1 DA CONCEPÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À SUA EFETIVAÇÃO NA CF/88	12
2.2 O DIREITO À SAÚDE E OS SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	15
2.2.1 Princípio da fundamentalidade	15
2.2.2 Princípio da responsabilidade estatal	15
2.2.3 Princípios do acesso universal, da gratuidade e da integralidade	16
3 POLÍTICAS PÚBLICAS, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E ASPECTOS QUE FUNDAMENTAM UM CONTROLE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO.....	19
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	19
3.2 DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE À SUA CONFORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	21
3.2.1 O sistema Único de Saúde como ferramenta de efetivação do Direito Constitucional à Saúde	21
3.3 ASPECTOS QUE FUNDAMENTAM UM CONTROLE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO	24
4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE 26	26
4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	26
4.2 DIVERGÊNCIAS E PONTOS DE INTERSECÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	27
4.3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO.....	28
4.4 TESES CONTRÁRIAS A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO	

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS	31
4.4.1 Teoria da separação dos poderes	34
4.4.2 Da indevida alocação dos recursos públicos ou Teoria da Reserva do Possível	37
4.5 DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA À NECESSIDADE DE UM CONTROLE ORDENADO.....	42
5 DA CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS QUE FOMENTEM UM CONTROLE JUDICIAL EQUÂNIME	44
5.1 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À ATUAÇÃO JURISDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	45
5.1.1 Conferências e Conselhos de Saúde: instrumentos de controle disponíveis à população	46
5.2 MECANISMOS QUE AUXILIAM A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO NAS DEMANDAS JUDICIAIS QUE ENVOLVEM SAÚDE	49
5.2.1 Teoria do Diálogo Institucional.....	52
5.2.1.1 Atuação dialógica das instituições como instrumento democrático à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde	53
6 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Com a instituição do Estado Democrático Social, os direitos sociais que até então eram relegados à marginalidade passaram a ser o centro das ações do ente estatal. Não foi diferente com o direito à saúde, que alçado à condição de norma fundamental, obrigou as democracias ocidentais a positivá-lo em suas constituições, tornando-o elemento essencial do projeto democrático que começava a galgar os seus primeiros passos.

No Brasil, a constituição de 1988 foi a grande responsável por gerar um sistema integralizado de saúde que permitiu adoção de medidas importantes, que logo retiraram o país do atraso social ao qual estava submerso desde a instauração do regime ditatorial em 1964. A implantação do Sistema Único de Saúde, juntamente com outras ações, tornou o Estado brasileiro, ao menos no plano normativo, a vanguarda do direito à saúde, sendo referência aos países vizinhos e ao mundo.

Todavia, nos anos que se passaram à promulgação da Carta Cidadão de 1988, verificou-se uma incongruência entre aquilo que estava positivado no texto constitucional e nas normas infraconstitucionais, com a realidade vivida pela maioria da população, uma vez que, não obstante sejam políticas públicas de grande abrangência e, de certo modo, inovadoras, sistemas como o SUS não conseguiram acompanhar o desenvolvimento da complexa cadeia de saúde engendrada na conjuntura brasileira.

Dessa forma, evidenciada a inoperância do Estado em efetivar, mediante políticas públicas, aquilo que estava positivado no ordenamento jurídico nacional, abriu-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. Este, legitimado que é para dirimir toda a sorte de conflitos que assolam a sociedade, tornou-se palco principal de ações que passaram a questionar a omissão do Poder Público na concretização dos preceitos da saúde contidos na Carta Magna.

Não demorou muito para que ações individuais e coletivas, que demandavam desde medicamentos até procedimentos cirúrgicos milionários, passassem a ser cada vez mais recorrentes no âmbito do Poder Judiciário, abarrotando, assim, Fóruns e Tribunais, ao mesmo tempo em que passaram a impingir o ente público o pagamento de verdadeiras fortunas para custear as ações nas quais são parte vencida.

Como se pode observar, o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde comporta uma série de dicotomias, e não são fáceis as estratégias que tentam a sua resolução, vez que estão em jogo valores importantes que permeiam o Estado e a sociedade,

tais como o direito à vida, o mínimo existência, a separação dos poderes e os princípios orçamentários que norteiam a atuação político-econômica do Estado Brasileiro.

Nesse sentido, a sistemática do diálogo institucional ergue-se como uma possível resposta a esse tema tão complexo, uma vez que detém a capacidade de permitir a interação dos diversos atores que compõem o espectro da judicialização das políticas públicas de forma a auxiliar o Judiciário na elaboração de decisões mais precisas e coerentes com a difícil arranjo da judicialização da saúde. E é sob esta perspectiva que o presente trabalho se sustenta, visando verificar a viabilidade de soluções que se estruturam principalmente nessa alternativa dialógica.

Assim, a problemática que norteia este estudo sugere os seguintes questionamentos: qual a importância da implantação do mecanismo de diálogo entre os atores sociais como instrumento de resolução dos conflitos que se dão no âmbito da saúde? Bem como, quais seriam as consequências de tal ajuste na atual sistemática de judicialização de políticas públicas a qual encontra-se submetido o Estado Brasileiro?

Atenta a tais instrumentos, a pesquisa tem como objetivo geral: aferir a importância da atuação dialógica das instituições como instrumento democrático à intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde. E para auxiliar tal compreensão, surgem como objetivos específicos: o estudo histórico e evolutivo do direito à saúde no Brasil, a fim de facilitar a percepção dos vários elementos que gravitam sobre esta questão; a análise do conceito de políticas públicas, com o intuito de verificar como se dispõe sua organização no âmbito dos Estados e União; bem como o exame dos principais aspectos do processo de judicialização das políticas públicas no Brasil, visando propor mecanismo que auxiliem a atuação do Poder Judiciário no julgamento de ações que versam sobre esse tema.

A metodologia aplicada neste manuscrito se apoiou em um estudo qualitativo e descritivo de análise bibliográfica, especificamente quanto ao exame documental de artigos científicos, obras doutrinárias brasileiras, dados extraídos do sítio eletrônico do Senado Federal, jurisprudências de Tribunais Superiores, Constituição Federal e demais regramentos infraconstitucionais.

Quanto à sua organização, o trabalho encontra-se estruturado em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, buscou-se empreender um estudo propedêutico acerca da formação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, descrevendo também a relevância das lutas sociais nesse processo de consolidação dos direitos fundamentais, bem como, os princípios e regramentos provenientes desse acontecimento.

No segundo capítulo, tratou-se das políticas públicas como ferramentas a disposição do Poder Público como forma de efetivação dos preceitos presentes no texto constitucional. Apresentando o SUS como umas das políticas públicas permanentes de saúde mais avançadas do mundo, mas que, hoje, enfrenta enormes desafios, diante da vulnerabilidade de seus regramentos combinada com omissão crônica que acomete os gestores de todo o país.

No terceiro capítulo, realizou-se uma análise acerca do instituto da judicialização das políticas públicas de saúde, revelando suas causas e consequências, no âmbito do direito brasileiro e alienígena. Foram também expostas as principais críticas a esse fenômeno jurídico, que se materializaram na forma das teorias da separação dos poderes e da reserva do possível, teses estas que, conforme se verá, prescindem de um valor científico mais acurado.

No quarto capítulo, buscou-se explicar a problemática da judicialização da saúde, a qual encerra uma série de questões, dentre elas o direito à vida, mínimo existencial, vinculação ao orçamento e razoabilidade no uso dos recursos públicos. Ademais, aventou-se a possibilidade de criação de instrumentos que promovam a atuação de controle judicial equânime, seja por meio de soluções alternativas a atuação do poder judiciários no âmbito das políticas públicas de saúde, seja através de mecanismos que auxiliem tal atuação. Este último estando sustentado, preponderantemente, na Teoria do Diálogo Institucional.

Por fim, foram apresentadas as considerações finais obtidas a partir do presente estudo, com o intuito de aferir a relevância da atuação dialógica das instituições como instrumento democrático à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde.

2 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1 DA CONCEPÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À SUA EFETIVAÇÃO NA CF/88

O caminho percorrido pelo direito à saúde até sua positivação como direito social na CF/88, e posteriormente com a formação do Sistema Único de Saúde, atravessou um processo de consolidação histórica, e principalmente, social, acarretado pelo descontentamento dos cidadãos e pelo quadro de sucateamento, pelo qual a saúde foi submetida ao longo do Regime Militar.

É certo que a concepção de saúde como forma de melhoria das condições de vida da população em geral, nunca obteve grande relevância quando o assunto era a elaboração de políticas por parte do Estado Brasileiro. A saúde sempre ocupou uma posição marginal, e isso muito se deve a quem estava no poder, uma vez que, aqueles que possuíam boa situação econômica sempre optavam por possibilidades outras que não dependessem do custeio do governo, tais como as alternativas particulares - mediante a contratação de médicos, remédios importados e outras formas de tratamento pouco acessíveis a maioria absoluta da população.

Dessa forma, para o cidadão ordinário, de parcós recursos, passou a ser extremamente difícil ter acesso a qualquer tratamento de saúde, vez que o desenvolvimento e organização do sistema de saúde brasileiro encontrava-se inserido dentro de uma ótica capitalista, onde era comum a relação entre saúde e *superávits* ou *déficits* econômico-financeiros.

E foi nesse ambiente até então hostil aos interesses dos hipossuficientes, marcado pelo sucateamento, individualismo e comercialização do Sistema Nacional de Saúde, que começaram a emergir inúmeros movimentos sociais pautados no desejo de redemocratização do país e na realização de uma ampla reforma sanitária que procurasse garantir, efetivamente, o direito à saúde a toda à população (SOUZA, 1994, p. 19). E é partindo deste contexto de incertezas e revoluções que nascem, nos mais variados centros urbanos, manifestações que objetivavam mudar a realidade da saúde brasileira, gerando o que ficou conhecido como Movimento Sanitário Brasileiro (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 15; SCOREL, 1998).

Dessa forma, foi por meio da conjugação do ambiente acadêmico das grandes metrópoles juntamente com o movimento vindo dos bairros populares, através dos novos referenciais teóricos e da ampla força das mobilizações e reuniões, que foram articuladas pautas de reivindicações para melhorar o atendimento básico da população em geral. (SCOREL, 1998; LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 15).

E é partindo deste cenário que se sucede a ideia de criação dos princípios básicos que regem o atual Sistema Único de Saúde - SUS, consagrados na constituição de 1988, tais como: participação popular, a universalidade do atendimento, e a descentralização da gestão e das políticas públicas no país.

E, neste processo, vão se explicitando valores, que conformam à dimensão cultural dos movimentos e vão construindo, no campo da saúde, um discurso próprio. Estes valores dizem respeito, basicamente, a três aspectos: ao conceito global de saúde — Na medida em que os movimentos reconhecem, na saúde, uma dimensão coletiva — e não apenas um problema pessoal pelo qual cada um é individualmente responsável — se explicita, também, seu condicionamento social: a situação de saúde depende diretamente das condições de vida, e não se resolve independentemente destas; [...] à igualdade no acesso aos serviços de saúde — Na reivindicação de "saúde para todos" se inclui o direito a serviços de saúde universalmente acessíveis e gratuitos, o que implica a responsabilidade do Estado; à exigência de participação — A necessidade de se assumir enquanto sujeito e de falar em primeira pessoa se impõe, já que a própria percepção da situação e de suas causas encontra seus parâmetros na posição que os setores sociais ocupam na estrutura social. Cada setor tem uma maneira própria de pensar sua inserção na sociedade, tomando como ponto de partida sua situação de vida. Esta interpretação diversa da realidade está na base da exigência de fazer ouvir sua voz e de participar efetivamente para poder solucionar seus problemas. Tal percepção da participação, como um valor, se origina e ao mesmo tempo se expressa na prática dos movimentos. (RIBEIRO, 1989, p. 271-272).

Mediante a inquietação trazida pelo movimento sanitarista e suas constantes ações ante a sociedade e o Estado, foi empreendido em 1986, a 8^a Conferência Nacional de Saúde, onde ocorreram diversas discussões sobre o tema, voltadas, sobretudo, a realização da tão esperada reforma sanitária. A influência de tal evento foi tão grande que recebeu a alcunha de Pré-Constituinte da Saúde, pelo então presidente da república, José Sarney¹.

Em seguida, com a instauração da Constituinte, o tópico saúde ganhou destaque de direito fundamental e as propostas fruto dos debates que se deram na 8^a Conferência Nacional de Saúde - baseadas na criação de um Sistema Único de Saúde, atendimento

¹ Discurso de José Sarney (1987, p. 31) na 8^a Conferência Nacional de Saúde: "Faço votos de que esta conferência, pela abrangência de seus temas, pela profundidade de seus debates, pelo clima de devotamento que está presidindo as suas discussões, há de se representar a pré-Constituinte da Saúde no Brasil".

integral, gratuito e universal - caminharam para se positivar na nova constituição que era idealizada (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987).

A priori, o movimento sanitário e a sociedade, como um todo, tiveram atendidas suas demandas, e isso se tornou visível com a criação do Sistema Único de Saúde - SUS, uma política pública estruturada e levada ao *status* de norma constitucional, consoante o artigo 196 e seguintes da recém outorgada Constituição. Estava criado, portanto, um sistema universal, integral e descentralizado.

Já diante da constitucionalização do direito à saúde, os esforços voltaram-se agora para elaboração de normas infraconstitucionais que teriam o papel de organizar e dar cumprimento à intrincada política pública criada pelo ordenamento constitucional. Foi a partir dessa iniciativa que nasceram as leis 8.080/1990, denominada lei orgânica da saúde, que discorre acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento das ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1990a), e a 8.142/1990, que dispõe sobre a colaboração da comunidade na gestão do SUS, através de conferências e conselhos, e sobre as transferências e repasses intergovernamentais de recursos financeiros no âmbito da saúde (BRASIL, 1990b).

Vê-se que desde logo uma grande estrutura se formou em torno da reforma sanitária, muito por conta das aspirações e reivindicações dos primeiros movimentos. A construção do SUS é a primeira reforma política administrativa que realmente deu certo no cenário brasileiro (PERONDI, 2011, p. 11) e nasceu por conta dos anseios da sociedade. Nesta perspectiva:

O SUS – Sistema Único de Saúde – é um exemplar caso de política pública advinda do movimento da redemocratização, de expansão das garantias sociais, que passa por um viés jurídico de reformulação de praxes e técnicas, e que, de certa maneira, pressupõe uma expansão de investimentos sociais que tem clara ligação com novas modelizações econômicas. (MASCARO, 2008, p. 170).

Dessa forma, pode-se afirmar que, da mesma maneira que a edificação dos demais direitos sociais na sociedade brasileira, o direito à saúde teve como pano de fundo uma construção democrática, pautada pelo movimento sanitário que almejava a construção de um programa que não excluísse nenhum brasileiro, mas que acima de tudo, tivessem suas aspirações positivadas no texto constitucional, e isso de fato, foi o que se sucedeu.

2.2 O DIREITO À SAÚDE E OS SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Existem, no ordenamento constitucional pátrio, alguns princípios orientadores do direito à saúde, e o seu conhecimento se faz necessário para a correta compreensão das possibilidades de sua aplicação diante dos mais variados cotejos sociais.

Conforme disposição constitucional, podem ser elencados cinco princípios do direito à saúde, quais sejam, Princípio da Fundamentalidade, Princípio da Responsabilidade Estatal, Princípio do Acesso Universal e Igualitário, Princípio da Gratuidade, e Princípio da Integralidade (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 64).

2.2.1 Princípio da fundamentalidade

O princípio da fundamentalidade é responsável por instituir o reconhecimento do direito à saúde como um genuíno direito fundamental, uma vez que integra o bloco dos direitos sociais.

Ademais, como se percebe, o direito à saúde é um direito de toda a coletividade e seu fundamento está em múltiplos fatores, os quais podemos relacionar como principais: a afirmação histórica na sociedade brasileira, através de uma construção política e social, impulsionadas pelo movimento sanitarista; sua efetivação como norma constitucional de direitos fundamentais, submetida a solidez constitucional de uma cláusula pétreia, nos termos do art. 60, inciso IV, §4º da CRFB (BRASIL, 1988); bem como, a sua concretização social mediante políticas públicas, oportunizando a tutela jurisdicional individual ou coletiva, uma vez tratar-se de direito público subjetivo.

2.2.2 Princípio da responsabilidade estatal

Conforme preceitua o ordenamento constitucional pátrio, o direito à saúde integra um dever do Estado e, por consequência, deverá ser ele o principal encarregado à preservá-

lo² diante da sociedade, através de políticas públicas, isto é, é desígnio do ente estatal ponderar a acerca da alocação de recursos financeiros para a elaboração e execução de políticas públicas efetivas e congruentes com as necessidades sociais, entretanto, tal qual outros direitos, para ser concretizado exige-se um dispêndio de gastos, ou, “custos públicos” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999), que, invariavelmente, estará sujeito a um cenário de escassez de recursos (AMARAL, 2001), onde terão que ser realizadas “escolhas trágicas” (CALABRESI; BOBBITT, 1978) para atingir sua harmonia com o organismo social.

Desta feita, a responsabilidade do Estado em assegurar o direito à saúde estará sujeita à dotação orçamentária disponível. Todavia, faz-se necessário ressaltar que as opções realizadas pelo gestor para designar recursos para uma ou outra área também estarão subordinadas a garantia da justiça social, uma vez que tais escolhas alocativas estão condicionadas à máxima efetivação dos direitos sociais.

Portanto, existe uma relação de dependência mútua entre orçamento público e direito social à saúde. Porém, é importante ressaltar que valores como estes, que foram erigidos sob o manto constitucional, através de um processo histórico de construção social, devem preponderar em face qualquer outra escolha política adjacente.

Finalmente, frisa-se que o Estado não pode se eximir de sua responsabilização na condução das políticas públicas como base exclusivamente na questão orçamentária sem antes pauta-la dentro da lógica constitucional, visto que a incumbência estatal de garantia do direito à saúde sempre estará sujeita as diretrizes constitucionais, possuindo, por exemplo, competência concorrente para fazê-lo todos os entes da federação conforme dispõe o artigo 23, inciso II, da Constituição (BRASIL, 1988)³

2.2.3 Princípios do acesso universal, da gratuidade e da integralidade

Tais princípios são demasiadamente representativos, uma vez que consistem nas aspirações sociais reivindicadas pelo movimento sanitarista que culminaram com o seu debate e positivação na constituinte de 1988.

² 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, 1988).

³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

Da mesma forma que ocorre com outros princípios que encerram prestações materiais, a interpretação desses princípios não se sujeita aos preceitos constitucionais apenas de maneira abstrata, vez que carregam consigo uma forte conotação política e social que obrigatoriamente deve ser levado em conta a fim de afastar interpretações distantes do contexto no qual foram criados.

Assim, depreende-se que o ingresso aos programas de saúde deve ser, ao mesmo tempo, universal e igualitário, isso quer dizer que todos os indivíduos, independentemente da situação financeira, têm o direito de livre acesso à saúde. Tal entendimento é fruto da bandeira levantada pelo movimento sanitário, que propunha expandir à toda coletividade o acesso à saúde, não somente àqueles que contribuíam com o sistema previdenciário.

Todavia, muitas vezes interpretações equivocadas sugerem uma eventual vantagem aos mais abastados na utilização do Sistema Único de Saúde, e dessa forma, o Ente Estatal não teria a obrigação de assegurar o direito à saúde para os indivíduos com capacidade financeira elevada. Porém, essa visão não parece ser a mais acertada, já que o propósito da Assembleia Constituinte de 1987-1988, resultado dos anseios do movimento sanitário, foi a criação de um sistema que carregasse consigo valores como a universalidade e igualdade, vedando qualquer tipo barreira ao acesso à saúde, seja por conta de aspectos financeiros ou não.

Consoante esse entendimento, Dalmo Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 72-73) elucidam que:

[...] no período que antecedeu a promulgação de nossa atual Constituição, a prestação da saúde foi concebida, em um extenso intervalo de tempo, como uma prestação previdenciária (INPS/INAMPS), de tal modo que só faziam jus ao atendimento estatal aqueles que contribuíam para a previdência, gerando, assim, a segregação de um grande número pessoas, sobretudo as menos favorecidas (desempregadas.), que não podiam pagar a contribuição previdenciária. Assim, afirmou-se o acesso universal, segundo o qual qualquer ser humano – só por sê-lo – deve ter acesso a esses serviços.

Neste mesmo cenário, insere-se o princípio da integralidade da saúde, positivado no art. 198, II da CRFB (BRASIL, 1988), tal princípio corrobora com a ideia de que o Ente Estatal deve assegurar o direito à saúde para além da prestação dos serviços públicos, devendo atuar também na elaboração e execução de políticas públicas voltadas principalmente a causa social e a saúde, bem como na criação de efetivos métodos de fiscalização e controle, realizando, desta forma, todas as medidas necessárias à efetivação do direito social à saúde.

Importa ressaltar que toda essa disponibilidade de serviços deve ocorrer sob a ótica da gratuidade, isto é, dentro de uma ideia concebida de serviço público gratuito que se financia por meio de receita originária de tributos, que por sua vez são pagos pela população em geral. Como se vê, a ausência de cobrança ao acesso à saúde não deve ser interpretada como regalia ou caridade por parte do Estado, visto se tratar de verdadeira contraprestação instituída na CF/88 e garantida por meio da captação de tributos.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E ASPECTOS QUE FUNDAMENTAM UM CONTROLE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao final da Segunda Guerra e sob a perspectiva da globalização, os Estados iniciaram um grande movimento voltado a criação de complexos sistemas de planejamentos governamentais, que previam a instituição de órgãos como ministérios, comissões e corporações, designados a elaborar e executar estratégias de desenvolvimento. E foi a partir deste fenômeno que o ente estatal passou a se organizar, resultando no desenvolvimento da ideia de política pública, a qual surge como a base do planejamento estatal, trazendo ricos conceitos derivados das transformações operadas no campo da tecnologia, da economia e da administração (SARAIVA, 2006).

Assim, pode-se observar que o surgimento das políticas públicas, decorreram, na prática, de uma necessidade contemporânea em lidar com as incertezas trazidas pelas constantes alterações no cenário político e social da época. Foi através de esforços de alguns países europeus, dos Estados Unidos, do Japão e do Canadá que surgiram os primeiros programas que visavam responder de maneira eficiente os anseios políticos, sociais e econômicos dos cidadãos.

Sua conceituação, todavia, tem se mostrado, ao longo das décadas, bastante turbulenta e seu objeto de difícil delimitação, dito isso, afim de auxiliar na sua compreensão, vale a pena tomar os apontamentos de grandes juristas que, com certo sucesso, já navegaram nessa área do conhecimento. Saraiva (2006, p. 28-29), conceitua as políticas como:

[...] um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. [...] Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ação ou omissão, preventiva ou corretiva, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.

Por seu turno, na concepção de Bucci (2002, p. 241), “as políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Ainda, para Grau (2008, p. 21), “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.”.

Como se vê, o termo políticas públicas nunca irá abrigar um conceito estático e pré-determinado, fazendo de sua definição algo com valor meramente didático. Por outro lado, para de fato adentrar em seu estudo, faz-se imprescindível entender alguns dos fundamentos básicos que orbitam sua composição. Elementos como, os processos decisórios, os objetivos de grupos da sociedade, o planejamento e a alocação de recursos, são essenciais para se entender a complexidade das políticas públicas. .

Valendo-se da caracterização dada por Saraiva (2006, p. 31) é possível identificar tais componentes das políticas públicas, como se pode observar:

[...] a)institucional: a política é elaborada ou decidida por autoridade formal legalmente constituída no âmbito da sua competência e é coletivamente vinculante; b) decisório: a política é um conjunto-sequência de decisões, relativo à escolha de fins e/ou meios, de longo ou curto alcance, numa situação específica e como resposta a problemas e necessidades; c)comportamental, implica ação ou inação,fazer ou não fazer nada; mas uma política é, acima de tudo, um curso de ação e não apenas uma decisão singular; d) causal: são os produtos de ações que têm efeitos no sistema político e social.

Dessa maneira, chega-se à conclusão que o conhecimento dos vários meandros que compõem as políticas públicas é verdadeiro pré-requisito para seu estudo e isso fica ainda mais evidente ao serem observados a infinidade de faces e ramos de atuação em que ela pode se projetar no meio social. Neste sentido, importante apontamento de Villanueva (1992, p. 22):

[...] política pode denotar várias coisas: em campo de atividade governamental (políticas de saúde, educacional, comercial), um propósito geral a ser realizado (política de emprego estável para os jovens), uma situação social desejada (política de restauração de centros históricos, contra o tabagismo, de segurança). Uma proposta de ação específica (política de reflorestamento dos parques nacionais, de alfabetização de adultos), uma norma ou normas que existem para determinada problemática (política, econômica, energética, urbana), um conjunto de objetivos e programas de ação que o governo tem em um campo de questões (política de produtividade agrícola, de exportação, de luta contra a pobreza). Ou a política como produto e resultado de específica atividade governamental, o

comportamento governamental de fato (a política habitacional conseguiu construir *n* número de casas, a política de emprego criou *n* postos de trabalho), o impacto real da atividade governamental (diminuição do crime urbano, aumento da conclusão do ciclo básico de estudos, diminuição dos preços ao consumidor, redução da inflação), o modelo teórico ou a tecnologia aplicável em que se sustenta uma política governamental (política da energia, política de renda regressiva, política de ajuste e estabilização).

É possível arrematar, desta forma, que as políticas públicas são a pedra de toque do sistema de planejamento governamental. Devendo, por sua vez, sempre estar pautadas nas aspirações do Estado e da coletividade, e condicionadas ao crivo constitucional, não apenas em sua extensão jurídica, mas, sobretudo, social e política, de modo a estimular a construção de uma verdadeira sociedade livre, justa e igualitária.

3.2 DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE À SUA CONFORMAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como já exposto nos primeiros tópicos deste trabalho, a política pública de saúde foi inserida no texto constitucional de 1988 através dos insistentes esforços empreendidos pelo movimento sanitarista, que buscavam a construção de um sistema de saúde fundamentado na universalidade, integralidade, gratuidade e equidade. Dessa maneira, foi através do empenho de tal movimento que nasceu o Sistema Único de Saúde a partir da Constituição Brasileira de 1988; e os tópicos subsequentes terão o papel de delimitar a organização dessa política.

3.2.1 O sistema Único de Saúde como ferramenta de efetivação do Direito Constitucional à Saúde

A partir deste do tópico, serão apresentadas as principais normas, constitucionais e infraconstitucionais, que regem e organizam o Sistema Único de Saúde, de modo que se possa avaliar se a sua disposição atual se encontra de acordo com as aspirações sociais dos primeiros movimentos que proporcionaram a sua criação.

É sabido que o complexo de saúde no Brasil apresenta uma composição heterogênea na qual abriga tanto a noção do público como do privado. A sua gestão pública é baseada no Sistema Único de Saúde - SUS e a privada materializa-se através do sistema de saúde suplementar.

O SUS, por sua vez, pode ser entendido como uma política pública permanente positivada no texto constitucional, que originou-se a partir das reivindicações do movimento sanitarista, e apresenta sua estrutura básica elencada nos artigos 196 e 200 da Constituição de 1988, tendo nas leis 8.142 (BRASIL, 1990a) e 8.080 (BRASIL, 1990b), ambas editadas em 1990, disposições importantes como a participação da comunidade em sua gestão, bem como sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

A tudo isso se juntam inúmeras portarias, resoluções e demais atos normativos do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, dentre outros órgãos que integram sua estrutura.

Na Constituição, ao analisar o conteúdo dos artigos 196 e 200⁴ pode-se perceber que o seu desenho normativo expõe em quase sua totalidade correspondência com as aspirações sociais que fomentaram a formação do SUS. Isto se vê, a partir da análise de princípios como da fundamentalidade, universalidade, igualdade, integralidade, responsabilidade estatal e gratuidade, inseridos no texto constitucional e que, pautados em uma cadeia hierarquizada e regionalizada, representam a gênese do Sistema Único de Saúde.

Ainda, importante ressaltar que a política pública de saúde na constituição não se resume apenas à prevenção e prestação de serviços específicos de saúde, abarcando também uma série de outros serviços que circundam desde as clássicas questões sanitárias, ao direito à alimentação, saneamento básico, a formulação da política de medicamentos, o desenvolvimento de tecnologias, e demais apontamentos presentes no artigo 200 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

⁴ 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. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988).

Como se pode observar, o SUS fomenta inúmeros serviços que, no papel, o torna uma das políticas públicas, voltadas à saúde, mais completas do mundo. O que ocorre, porém, é que não se pode dizer o mesmo em relação às soluções adotadas, por parte do governo, para o seu financiamento.

Historicamente, até o ano de 1993 o Ministério da Previdência Social, através do, hoje extinto, Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS⁵, era o responsável pelos repasses financeiros ao Ministério da Saúde, isso se dava, a princípio, porque havia uma indefinição constitucional quanto a política orçamentaria, que acabava por inviabilizar o desenvolvimento equilibrado das diretrizes constitucionais voltadas à saúde e, consequentemente, o próprio Sistema Único de Saúde.

Diante de tudo isso, a recém-criada política pública de saúde brasileira encontrava-se debilitada justamente pela carência de aportes financeiros aptos a vincular um projeto coerente para todo o país. E foi a partir deste contexto que surgiram novos movimentos sociais, com o propósito claro de compelir o Estado a estabelecer um programa orçamentário constitucional que fosse capaz de vincular determinadas verbas à saúde. Assim, no ano de 2000, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 29, que tinha como principal objetivo obrigar União, Estados e Municípios a reservarem uma receita mínima à execução das políticas públicas de saúde no Brasil.

Como se pode perceber, políticas públicas necessitam de recursos para sua criação e manutenção, recursos estes muitas vezes escassos, o que acaba por provocar o seu alto custo frente ao erário público. E é diante desta lógica que se testa a capacidade de um Estado em promovê-las de maneira eficaz, de modo que, ao tempo em que não deve comprometer as finanças públicas, o governo não pode abdicar dos programas sociais, pois só assim estaria prestigiado o projeto constitucional criado em 1988.

Em vista disso, torna-se de valorosa relevância as observações de Jatene pertinentes ao sistema de saúde implantado naquela época, quando aduz que:

O problema do setor público de saúde começou em 1990, quando os grandes hospitais do Rio de Janeiro, que eram os melhores do país, passaram a trabalhar com o que lhe pagava o Sistema Único de Saúde, que, sabidamente, não cobre o custeio. Os prédios se deterioraram, os equipamentos ficaram obsoletos (...). Tivemos a suprema vergonha de ver o Hospital da Marinha montar barraca de campanha na porta do Hospital Souza Aguiar, que era o maior serviço de emergência que havia no País, para atender afetados pela dengue. O Hospital Universitário, em Niterói, que era uma beleza, está degradado. Assisti, pela televisão, um médico sugerir que se implodisse o hospital porque não tinha mais

⁵ O referido instituto deu lugar ao atual Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

solução (...). Até 1990, quem sustentava a assistência médica hospitalar era a Previdência Social. De repente a Previdência se retirou e não foi posto nada no lugar (...). Estamos subindo devagar, mas não conseguimos compensar. Precisamos urgentemente regulamentar a Emenda Constitucional 29 e precisamos de recursos que venham nos ajudar. (JATENE, 2010, p. 51-52)

Conforme já explicitado anteriormente, a aprovação da Emenda Constitucional de nº. 29 e sua posterior regulação pela Lei Complementar nº 141 (BRASIL, 2012), resolveram, ao menos no plano normativo, a incoerência de maior relevância que assolava o Sistema Único de Saúde, qual seja, a inexistência de um mandamento que reservasse à área da saúde um percentual mínimo de aplicação, a partir da arrecadação anual do Estado. Assim, a questão dos recursos para a saúde foi regulada, porém, outros desafios surgiram e com eles a complexidade do sistema tornar-se-ia cada vez mais maior.

Portanto, em uma perspectiva generalista, o programa constitucional iniciado em 1988 e desenvolvido a partir da edição de outras tantas normas infraconstitucionais, teve o grande mérito de efetivar as principais reivindicações do movimento sanitário, através da positivação dos princípios já apresentados, bem como na criação de um sistema de saúde regionalizado, hierarquizado e descentralizado, pautado, sobretudo na participação coletiva. Muito embora não seja imune as críticas, o Sistema Único de Saúde permanece buscando cumprir seu papel de efetivador dos direitos sociais, mesmo que pecando substancialmente no que se refere a concretização de tais direitos, e é baseada nessa omissão, que surge a necessidade do cidadão comum de recorrer à jurisdição para ter o seu direito salvaguardado.

3.3 ASPECTOS QUE FUNDAMENTAM UM CONTROLE DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Como visto, comprehende-se como políticas públicas o conjunto de mecanismos administrativos de planejamento governamental através dos quais conformam processos decisórios que objetivam a satisfação das necessidades sociais e o cumprimento das disposições constitucionais.

Ficou claro também que ao se analisar, pelo viés eminentemente normativo, é inconteste que as políticas públicas voltadas à saúde inseridas na constituição e ampliadas mediante a edição de várias normas infraconstitucionais, apresentam-se em harmonia com as aspirações dos agrupamentos sociais. De igual forma, pode-se dizer que a políticas públicas

de saúde, desde sua criação, experimentaram consideráveis mudanças, revelando-se positivas se comparadas, por exemplo, ao sistema que havia antes da promulgação da CF/88.

No entanto, a atual dinâmica na saúde brasileira, indica uma disparidade entre o plano normativo, ou seja, sobre aquilo que as leis dispõem, e a realidade social, e isso pode ser constatado partir de uma análise da atual situação sanitária do país, que evidencia uma saúde pública tomada por graves problemas que, cada vez mais, distancia as normas do sistema de saúde com o dia-a-dia da população. Isso se dá, dentre outros fatores, em virtude da inefetividade de políticas públicas para a solução de determinados problemas sociais, ou até mesmo devido a sua total inexistência.

Dessa forma, ante a omissão reiterada do ente estatal em cumprir com aquilo que esta normatizado, nasce a necessidade do controle das políticas públicas, que pode ser interno ou externo, através das instituições ou até mesmo dos cidadãos, uma vez que a própria Constituição disponibilizou meios para que, de fato, existisse uma fiscalização mútua entre os poderes, e entre estes e a sociedade. O fortalecimento de órgãos como o Ministério Público, os Tribunais de Contas e a criação da Defensoria Pública, bem como a criação de mecanismo de controle constitucionalidade, demonstram esse claro propósito do texto constitucional.

Como não poderia deixar de ser, Poder Judiciário, legitimado que é para intervir no controle de tais políticas, vem se tornando protagonista dentre os demais órgãos, uma vez que cabe a ele dirimir os conflitos que envolvam o Estado. Todavia, como toda excessividade deve ser combatida, tal atuação da Justiça, se fora de certos parâmetros e limites constitucionais, pode gerar, colateralmente, o desnívelamento dos poderes, acarretando, em uma visão mais pessimista, uma eventual crise institucional.

Por conta disso, é necessário estabelecer alguns critérios cuidadosos para que não se cometa injustiças, buscando a criação de um controle jurisdicional de acordo com as disposições do texto constitucional, capaz de efetivar seus fundamentos e objetivos, mas sem deixar que o cometimento de abusos provoque a usurpação de um lugar que pertence apenas à Administração Pública.

4 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A concepção do termo Judicialização da Política remete a um passado longínquo onde já eram discutidas as tensões existentes entre Política e Direito. Dessa forma, debates, como, qual seria o significado de uma constituição, ou mesmo a clássica divisão entre direito público e privado, sempre estiveram pautados na dualidade Política e o Direito.

Mas foi a partir do movimento constitucionalista e, sobretudo, através da concretização do Estado Social Democrático de Direito, que instituições como o Poder Judiciário, alçaram um posicionamento de maior relevância na “sociedade pós-social” (CAMPILONGO, 2010, p. 30-51), acarretando o nascimento do fenômeno da Judicialização da Política, que possui uma grande variedade de interpretações.

Essa expressão, por sua vez acaba sendo utilizada para designar uma série enorme de fenômenos, muitos dos quais bastante diferentes entre si. Por exemplo, estão envolvidos nessa ideia problemas como (i) a crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo Executivo, (ii) a revisão de textos legais com fundamento em mecanismos diversos de controle de constitucionalidade de leis, (iii) a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico, inseridos em Constituições social-democratas e tratados internacionais, (iv) a introdução de uma racionalidade político-ideológica no discurso judicial, permeada por noções de justiça social ou por outras noções congêneres, (v) a organização de certas categorias ligadas aos setores judiciários em órgãos classistas, (vi) a adoção de procedimentos de tipo judicial em órgãos executivos e legislativos, (vii) a criação de instâncias supra-nacionais de resolução de conflitos e produção de políticas públicas, como é o caso do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, ou das Corte de Strasburgo e (em menor medida) San Jose da Costa Rica, etc. (VERÍSSIMO, 2006).

Conquanto o debate já se araste por algum tempo, a expressão Judicialização da Política é atual, aparecendo pela primeira vez em publicações apresentadas em agosto de 1992 junto ao *Centro di Studi sull'Giudiziario di Bologna*, na qual foram retratados todos os fenômenos acima aduzidos (VERÍSSIMO, 2006), evidenciando a viabilidade de serem realizadas intervenções, por parte da Judiciário, em decisões tomadas pelos demais Poderes,

ou seja, a possibilidade de uma inversão no processo decisório de matérias pertinentes à Administração Pública e ao Legislativo, que seriam conduzidas pelo Judiciário.

Todavia, foi com base na obra *The Global Expansion of Judicial Power*, elaborada por Tate e Vallinder (1995), que a expressão Judicialização da Política ganhou notoriedade internacional, vindo a ser empregada, desde então, em diferentes contextos.

Já no Brasil, a expressão “Judicialização da Política”, deve ser compreendida com base no progressivo fortalecimento do Poder Judiciário, bem como na praxe jurídica e nas características sociais e políticas únicas do Estado brasileiro. Verificando-se, a partir da consideração de todos esses fatores, como uma influência do Poder Judiciário na Política, ou seja, a interferência da jurisdição em atos decisionais concretizados ou que carecem de execução.

Ademais, importa salientar que a origem da expressão judicialização da política, no Brasil, é anterior a sua criação e uso em tempos hodiernos. Obviamente, um exame pormenorizado acerca desse assunto requereria a conveniência de um estudo específico e aprofundado, o que não cabe agora, já que foge ao objeto da presente monografia. Desta forma, apresentado de maneira inteligível o seu significado, torna-se possível compreender as demais vicissitudes que gravitam em torno desse tema.

Realizadas as considerações iniciais, é prudente, antes de prosseguir com o tema judicialização da política e, por conseguinte, judicialização das políticas públicas de saúde, tecer, de forma breve, alguns comentários pertinentes as diferenças e similitudes entre os termos Judicialização da Política e Ativismo Judicial.

4.2 DIVERGÊNCIAS E PONTOS DE INTERSECÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Diante da necessidade de se delimitar a temática e evitar digressões que de nada ajudariam no desenvolvimento deste trabalho, faz-se oportuno realizar a distinção entre os institutos do ativismo judicial e judicialização da política.

O termo Ativismo Judicial ou *Judicial Activism* remonta uma origem mais antiga que a expressão Judicialização da Política, e foi utilizado pela primeira vez em 1947, por Arthur Schlesinger, um historiador norte-americano e crítico social, que investigava os

meandros do liberalismo. Desde então a expressão passou a ter seu uso habitual nos meios acadêmicos e até mesmo em decisões judiciais (KMIEC, 2004).

Muito embora a locução “Ativismo Judicial” sempre tenha sido associada à atuação jurisdicional, ela também pode ser entendida sob outras óticas. Para exemplificar, Kmiec (2004) e Teixeira (2012) conceberam o Ativismo Judicial como um fenômeno negativo que, nos Estados Unidos, “seria responsável por dificultar ou invalidar a exequibilidade de atos que não sejam claramente inconstitucionais pertinentes a outros Poderes, bem como causaria certa dificuldade na aplicação dos precedentes judiciais”, dentre outras consequências danosas.

Para Joseph Koerner (2012), haveria uma indefinição no conceito de Ativismo Judicial, que por ser vago, remeteria “a noção de que o juiz ativista substitui os representantes eleitos, ao mesmo tempo que deixa de aplicar a lei para promover as suas preferências políticas, por meio de decisões com grandes impactos sobre políticas públicas. ”.

Dessa forma, verifica-se que o fenômeno do Ativismo Judicial estará, de modo geral, relacionado com uma participação mais ativa do Judiciário, em esferas que, normalmente, não deveriam atuar, como no campo político.

Ambos os termos, Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, são advindos da doutrina estadunidense conservadora que se mobilizava contra o papel ativo das Cortes Americanas para garantia de direitos fundamentais (KOERNER, 2013), à vista disso, pode-se afirmar que tais expressões, associadas entre si, compreendem uma concepção de interferência do Poder Judiciário no âmbito político. Logo, são termos interdependentes, embora não sejam sinônimo, e provavelmente nunca serão dissociados do atual cenário de positivação de políticas sociais.

4.3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

A utilização da expressão Judicialização da Saúde, no Brasil, surge pela primeira vez no início da década de 1990, quando o país começava a experimentar os efeitos da nova ordem estabelecida com a promulgação da Constituição em 1988.

Dessa maneira, criou-se uma expectativa diante do panorama democrático que se instalara através da positivação constitucional dos direitos sociais, inúmeras ações chegaram

aos tribunais reivindicando a efetivação destes direitos que, conquanto normatizados, àquela altura, vigiam apenas no plano teórico.

Curioso frisar que antes da promulgação da CF/88, a maioria das demandas relacionadas ao direito à saúde frequentavam palcos distantes dos tribunais, uma vez que se concretizavam mediante manifestações sociais, tais como o movimento sanitarista originado por volta dos anos de 1970. Tais movimentos, porém, começaram a perder espaço após instaurado o estado democrático de direito brasileiro, que, instituindo uma nova ordem constitucional, criou uma nova sistemática na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Ante um Poder Judiciário fortalecido e um ordenamento jurídico mais democrático, abriu-se a possibilidade de algo até então pouco ponderado: a judicialização dos conflitos existentes entre Estado e sociedade.

Para o Min. Paulo Roberto Barroso, tal fenômeno se sucedeu em virtude de múltiplos fatores, senão vejamos:

[...] a constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário -, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. (BARROSO, 2010, p. 384).

Assim, é inaugurado, por meio da consolidação da judicialização da política, uma nova sistemática de efetivação dos direitos individuais e coletivos. No caso específico da saúde, a nova dinâmica das demandas judiciais foi tão grande que ganhou a denominação de “Judicialização da Saúde”, muito por conta do grande número de pedidos visando a obtenção de medicamentos específicos do coquetel para portadores de HIV. O desfecho bem-sucedido de tais demandas, provocou uma verdadeira enxurrada de ações, que abalaram as bases de um judiciário engessado e visivelmente despreparado para lidar com esse novo quadro.

Neste ínterim, pode-se invocar como marco temporal do processo de judicialização da saúde no Brasil, o início da década de 1990, época em que de fato se evidenciou a possibilidade de provocar o Poder Judiciário a dirimir questões pertinentes a direitos sociais, sobretudo à saúde, para, por meio de decisões judiciais, coagir o ente estatal a viabilizar bens materiais específicos, tais como medicamentos, tratamentos, internações hospitalares, dentre outros. Nesse sentido:

[...] o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas de direito" (CAPPELLETTI, 1993).

Não há dúvidas, portanto, de que foi somente a partir da promulgação da CF/88 que o Poder Judiciário passou a ter a perspectiva de intervir em questões ligadas a direitos sociais, uma vez que foram ampliados substancialmente os instrumentos de acesso à justiça voltados a população. Dessa maneira, pode-se entender que “a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (VIANNA et al, 1999, p. 40).

E foi baseado nesse discurso, e fortalecidos pelas inúmeras ações judiciais exitosas, que organizações brasileiras de combate à AIDS, de forma pioneira, fizeram da jurisdição uma ponte de entendimento entre governo e os portadores de HIV, de modo a terem atendidas suas necessidades. Restando evidenciado, a partir de tal acontecimento, a importância que o Poder Judiciário havia adquirido no cenário nacional. O magistrado, antes mero executor das leis, passou a ser retratado como um “herói” (DWORKIN, 2003), efetivador da justiça e apto a garantir um sem número de direitos previstos no texto constitucional.

Diante deste cenário, pressionado pelas inúmeras ações que corriam na esfera judicial, o Estado foi obrigado a editar, em 1996, a lei n.º 9.313 (BRASIL, 1996), que universalizava o direito ao tratamento a AIDS, através da distribuição gratuita das diversas drogas que compõe o coquetel. Este caso foi tão emblemático que encorajou outros setores sociais a buscar o Poder Judiciário a fim de terem suas demandas atendidas. Ações, individuais ou coletivas, pleiteando bens materiais como fármacos, cirurgias, tratamentos, próteses, entre outros se tornaram cada vez mais recorrentes no mundo jurídico-político.

Todavia, foi a partir do ano de 2000 que as demandas de saúde passaram a crescer de forma progressiva e, como reflexo, geraram um aumento espantoso nos gastos do Poder Executivo para cumprir as decisões judiciais que contra ele eram exaradas (MARQUES; DALLARI, 2005; VIEIRA; ZUCHI, 2007).

Para se ter uma ideia, o Ministério da Saúde, sozinho, despendeu, com a compra de medicamentos decorrentes de decisões judiciais, no ano de 2005, cerca de R\$ 2,44 milhões, ao passo que em 2012, esse montante já chegava a incríveis R\$ 287,84 milhões, representando um aumento de mais de 11.000%, ou a quantia de R\$ 2,85 milhões, em apenas sete anos. Isso sem contar os depósitos judiciais (meios alternativos de cumprimento de decisão judicial), os quais em 2012 alcançaram o valor de R\$ 68 milhões, que somados aos R\$ 287,84 milhões pagos na compra direta de medicamento pelo Estado, representam um total de R\$ 355,82 milhões gastos em 2012 com a aquisição de medicamentos via determinação judicial. (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2014, p. 10).

À título de exemplo, no âmbito dos estados, o Piauí se destaca, juntamente com outras seis Unidades Federativas, dentre as que mais consomem verba da União, recebendo, em 2011, um repasse que ultrapassou a quantia de R\$ 13,55 milhões, soma esta que representa quase 6% do total repassado aos estados. (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2014, p. 11).

A partir dessas informações, torna-se visível que a esperança de concretizar direitos através da investida do Poder Judiciário na política, acabou por gerar, colateralmente, a desestruturação orçamentaria do entente estatal.

Em decorrência das razões que foram expostas, não seria exagero pensar que a questão judicialização da saúde, carrega consigo um dos maiores dilemas existentes na praxe do Direito, fomentando acalorados debates sobre a real atribuição das instituições na proteção do direito à saúde, bem como na criação de políticas públicas voltadas às necessidades do corpo social.

Neste prisma, a imagem do magistrado herói, apto a atuar de maneira positiva na esfera política, na medida em que efetiva os direitos fundamentais dos cidadãos, é substituída pelo julgador vil, capaz de distorcer o arranjo político e provocar maiores desigualdades. Mas o fato é que, antes de um julgamento apressado, faz-se necessário uma análise mais aguçada acerca das críticas da atuação jurisdicional no âmbito das políticas públicas de saúde, conforme se mostrará adiante.

4.4 TESES CONTRÁRIAS A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

De acordo com o que foi tratado até agora neste trabalho, resta claro que a expressão “judicialização da saúde” é empregada, comumente, para definir um fenômeno jurídico decorrente do ajuizamento de reiteradas ações frente ao Judiciário, pleiteando a concessão de tratamentos, assistência farmacêutica, internações hospitalares, dentro outras prestações ligadas à saúde.

Como bem avaliou Wang (2009), estes tipos de ações quando levados ao crivo da jurisdição, fundamentam-se a partir dos preceitos constitucionais, “que prevê(m) o direito à saúde, como um direito fundamental e um dever do Estado (art. 6º e 196)”, ao mesmo tempo que “inaugura um sistema de saúde que tem entre seus princípios a universalidade (acesso a

todos os cidadãos), a igualdade (não discriminação) e a integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade) no atendimento (art. 196 e 198) ”. (WANG, 2009).

Diante disso, o atual panorama do Brasil remonta um judiciário abarrotado de ações cujo objeto são prestações de saúde, simultaneamente, os gastos do Executivo com esses tipos de demandas são cada vez mais vultosos, gerando despesas que suplantam o orçamento da União, Estados e Municípios e, por vezes, acarretam a inexecução de políticas de saúde que poderiam ser designadas para atender um grande número de pessoas.⁶

Dessa forma, ao tempo em que resguarda o direito à vida de um indivíduo, o magistrado, poderá estar retirando de um grupamento bem maior esse mesmo bem. Tal dilema, consiste em um dos maiores debates acerca desse fenômeno, e foi precisamente retratado por Barroso (2008):

Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Sob este estigma, despontaram diversas críticas à atuação do judiciário nas demandas de saúde, particularmente àquelas ingressadas por um único indivíduo, vez que, por questões de logística, encerravam um maior número de gastos ao Poder Público para sua satisfação. Como asseverou Silva, surgiu no meio jurídico e político brasileiro o receio de uma “justiciabilidade individual irrestrita” (SILVA, V. A., 2011, p. 203).

E foi neste prisma que vieram a ser formuladas teses contrárias ao fenômeno da judicialização da saúde, argumentos como: a afronta ao Princípio da Separação de Poderes, pois o Poder Judiciário estaria invadindo a seara da Administração Pública⁷; a ausência, por parte dos magistrados, de conhecimento específico para lidar com matérias pertinentes as políticas públicas (HOLMES; SUNSTEIN, 1999); ou mesmo, que os Direitos Sociais, especialmente o direito à saúde, possuem natureza coletiva, e como tal, os juízes não devem pensar neles como direitos individuais, mas sim, visualizá-los em conjunto com as políticas públicas (SILVA, V. A., 2011), são exemplos de opiniões que se insurgiram e se insurgem contra a atual sistemática das ações de saúde.

⁶ No ano de 2012, 18 demandas judiciais que abrangiam apenas 523 pacientes, foram responsáveis pelo custo de R\$ 278.904.639,71 aos cofres públicos. (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2014)

⁷Este argumento é comumente utilizado pelo Estado, como tese defensiva, em face de ações que contra ele são ajuizadas (DAL BOSCO, 2008).

Nesse sentido, Wang (2009, p.41), ao analisar os principais acórdãos dos Tribunais Superiores, percebeu que:

As decisões dos juízes brasileiros, em regra: (1) consideram o direito à saúde apenas como um direito individual; (2) não observam as consequências econômicas e distributivas de suas decisões; (3) raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos; (4) ignoram recomendações científicas que contra-indicam o tratamento pedido; (5) não levam em consideração as políticas públicas existentes; (6) ignoram a existência de custos de oportunidade, pois se enxerga apenas quem tem um direito concretizado com a escolha alocativa feita por uma decisão judicial, desconsiderando aquilo que se deixou de ganhar em termos de efetivação de direitos por um uso alternativo desses mesmos recursos; (7) não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas, para saber as razões pelas quais uma determinada política não foi implementada, e nem para conhecer a possibilidade de se cumprir a decisão judicial frente aos outros direitos que o poder público precisa efetivar.

Piovesan (2010, p. 64), por outro lado, reconhece tal problemática, uma vez que a maioria dos julgados atinentes aos casos de direito à saúde, resultaram na prestação material pretendida, todavia entendem que tais “decisões judiciais proferidas asseguram este direito como uma prerrogativa constitucional inalienável e indispensável, decorrente do direito à vida”. Assim, para a referida autora, ao analisar o caso, o Juiz deve “efetuar a ponderação de bens envolvidos, as decisões devem expressa opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesses financeiros e secundário do Estado”.

Embora exista inúmeras posições contrárias à judicialização da saúde, tais críticas não contemplam os motivos extrínsecos que levaram a formação desse fenômeno. Desse modo, faz-se necessário confrontar as posições divergentes, ora descritas, com outros aspectos, como a incompetência dos gestores, a má alocação de recursos públicos, a corrupção e outras circunstâncias peculiares a política brasileira. Nesse sentido, “argumentar contra uma justiciabilidade individual irrestrita dos direitos sociais não significa, portanto, defender que não deve haver nenhum espaço para o Poder Judiciário nesse âmbito”. (SILVA, 2011, p. 206).

Desta forma, e sem a pretensão de esgotar a temática, é de fundamental relevância conhecer e avaliar as principais críticas lançadas contra o fenômeno da judicialização da saúde, uma vez que para se conhecer inteiramente um instituto é necessário investigar todas os aspectos que o circundam. Dito isso, passar-se-á análise de tais posições.

4.4.1 Teoria da separação dos poderes

A primeira teoria acerca da separação de poderes institucionais remonta ao século XVII, época que em foi desenvolvida a partir das ideias de Montesquieu⁸ no célebre “O Espírito das Leis”, a obra prima do escritor, na qual obtemperou que:

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1987, p. 164-165).

Entrementes, a separação proposta por Montesquieu implicava na divisão do Estado, aqui em seu sentido amplo, em três funções específicas e independentes. Para tanto, criava-se a necessidade da existência de Poderes, que se segmentariam em atividades de governança, elaboração das leis e no julgamento das demandas particulares e controvérsias de aplicação das normas, correspondendo, respectivamente, as figuras do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tal teoria desenvolve-se a partir da indispensabilidade de uma organização do ente estatal, visando à preservação da sociedade, a qual deve ter direitos garantidos, bem como a segurança jurídica do Estado, pois, por meio dela, seria possível assegurar a elaboração de normas escritas que não podem ser alteradas facilmente, cabendo a cada uma das três entidades, dentro de suas respectivas atribuições, manter essa estrutura.

Essa ideia logo ganhou adeptos e, conforme leciona José Afonso da Silva:

Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição à sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. (SILVA, 2006, p. 109)

⁸Aristóteles não chegou a formular uma teoria acerca da separação das funções do Estado, mas já na Grécia Antiga, distinguiu que o governo se dividia em três partes: a que delibera acerca dos negócios públicos; a segunda, que exerce a magistratura (uma espécie de função executiva); e a terceira é a que administra a justiça. (RIBEIRO, 2000)

No âmbito do Estado brasileiro, a Constituição de 1988, seguindo a tradição das constituições anteriores, tratou da separação dos poderes em seu artigo 2º, que, sem deixar dúvidas, estabelece “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

Outrossim, conquanto em uma primeira análise acerca da tripartição do poder estatal desponte a ideia de que não deve existir qualquer intervenção de um poder na atividade do outro⁹, percebe-se que a própria teoria carrega consigo formas de controle conhecidas como *check and balances* ou sistema dos “freios e contrapesos”. Dessa forma, este sistema articula uma série de funções típicas e atípicas que devem ser desenvolvidas pelos três poderes, de modo que o Judiciário, a título de exemplo, embora tenha o papel principal de julgar as demandas que lhe são provocadas, poderia, através do controle de constitucionalidade, controlar uma série de regramentos legais e administrativos.

Como se observa, Montesquieu abriu exceção ao princípio da separação, uma vez que é inerente a organização dos poderes a invasão de um poder na função reservada a outro (FERREIRA FILHO, 2009, p. 137).

Neste viés, a Carta Constitucional Brasileira, mediante diversos dispositivos, demonstra a clara necessidade de um sistema de controle baseado no *check and balances*, como se vê a partir da análise do artigo 5º, XXXV, que dispõe: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;” (BRASIL, 1988), assim como do inciso LII, do mesmo artigo, que assinala, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;” (BRASIL, 1988).

Tais dispositivos da Constituição encerram, por parte do legislador constituinte, um reconhecimento de que Poder Judiciário é capaz de examinar decisões outorgadas por outros poderes quando lesionam ou causam perigo de lesão a direitos fundamentais, representando o princípio da inafastabilidade do controle judicial (FERREIRA FILHO, 2009, p. 192).

Portanto, sob a ótica das políticas públicas, o controle que o Poder Judiciário exerce sob os demais poderes, quando realizado de forma prudente e sem excessos, com o objetivo de garantir o acesso à saúde a todos os indivíduos, nada mais é que a materialização do sistema de “freios e contrapesos” proposto por Montesquieu, que prevê a intervenção de um poder no outro desde que de forma atípica.

⁹ Esta justificativa é constantemente levantada pelo ente estatal (Executivo e Legislativo) a fim de afastar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que excluiria a legitimidade deste órgão em controlar a finalidade de seus atos, ainda que subsista evidente afronta a direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, manifestou-se nos autos do Recurso Extraordinário nº. 64253/AP, admitindo a possibilidade de intervenção jurisdicional no âmbito das políticas públicas de saúde, sem que se configure ofensa à Teoria da Separação dos Poderes, inserida no texto constitucional sob a forma de princípio.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

[...] Nas razões do apelo extremo, o Ministério Público afirma que ‘a ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais. Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos poderes – inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais’. (AMAPÁ. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

Tal julgado compõe, juntamente com inúmeros outros, o entendimento recente da Corte Constitucional Brasileira, que demonstra de forma prática aquilo levantado pela doutrina e texto Constitucional no plano teórico, ou seja, corrobora a necessidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, que, diante de uma pretensão, deve ser o responsável por cotejar a eficácia das políticas públicas desenvolvidas pelo ente estatal, confrontando-as com as determinações constitucionais, afim de apurar se se faz necessário a criação ou o aprimoramento de tais políticas.

Dessa forma, resta demonstrado que o Judiciário está apto a infligir um controle jurídico-constitucional sobre as políticas públicas, tornando-se um dos atores incumbidos de efetivar os direitos sociais, especialmente à saúde, baseado precipuamente nos valores compreendidos no espirito constitucional.

E é nesse contexto que é superado o “Mito de Montesquieu”, expressão cunhada por Silva (2008, p. 588), para se referir as críticas da atuação jurisdicional no controle de políticas públicas, que se baseiam unicamente na ausência de legitimação de qualquer um dos poderes, seja qual for, para interferir na seara do outro, interpretando de maneira

excessivamente lacônica a teoria da tripartição os poderes. Conforme as palavras do constitucionalista:

No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples “boca da lei”, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las ou defini-las. Mas o que é compreendido como a “teoria da separação dos poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideais de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquele que Montesquieu tinha como paradigma. Em vista disso, o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada neste trabalho.

Há, contudo, um outro argumento – de certa forma ligado à ideia de separação de poderes, ao papel dos juízes nessa separação e à dicotomia Estado Liberal/Estado Social – que merece atenção especial. (SILVA, V. A., 2008, p. 588).

Como se vê, não obstante a firmação de que a teoria idealizada por Montesquieu impediria a intervenção do judiciário no campo de atuação de outros poderes, por meio de uma análise mais acurada percebe-se que a própria teoria engendrou mecanismo de controle entre os órgãos que divide o poder estatal (*check and balances*). Dessa maneira, resta esclarecido que a legitimidade para controlar políticas públicas não pode ser limitada sob o argumento da separação de poderes.

4.4.2 Da indevida alocação dos recursos públicos ou Teoria da Reserva do Possível

Superada as críticas sob o aspecto da Teoria da Separação dos Poderes, passa-se agora a análise das posições que se insurgiram contra a 'judicialização da saúde', baseadas na maneira como tais decisões afetam a lógica da alocação dos recursos públicos escassos.

Estas questões se mostram complexas e criam perspectivas para proposições como a Teoria da Reserva do Possível, a qual está intimidante ligada à problemática da limitação dos recursos públicos, que, por sua vez, devem ser usados de maneira racional para atingir a justiça distributiva, mediante a elaboração de políticas públicas que, como se viu, encerram custos ao Estado. Assim, sob o prisma da judicialização das demandas de saúde, percebe-se

que os gastos decorrentes de ordens judiciais, desequilibram toda a sistemática adotada pelo poder público na condução das políticas públicas específicas à saúde.

E é dentro de tal logica que surge a teoria da “Reserva do Possível”. Idealizada originalmente na Alemanha, no início da década de 1970, a *Vorbehalt des Möglichen* (reserva do possível) foi utilizada como o principal argumento do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), para negar a um grupo de estudantes¹⁰ o acesso à universidade pública. (CUNHA JÚNIOR, 2008).

No brasil, baseada na ideia de que os direitos encerram custos, esta teoria sofreu distorções, e passou a ser associada a conotações financeiras e orçamentarias. Dessa forma, notabilizou-se como argumento frequentemente invocado pelo Poder Público em face do controle judicial de políticas públicas. Sob esta lógica o ente estatal passou a suscitar a importância dos limites financeiros, uma vez que em um cenário de recursos escassos e que, por vezes, ensejam “escolhas trágicas” (CALABRESI; BOBBITT, 1978) é de suma importância a buscar por uma adequação financeira ao serem efetivados os direitos sociais, particularmente àqueles ligados a saúde.

Seguindo esse perfil adotado pela doutrina brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível, procura explicar que:

[...] a construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos. (SARLET, 2010, p. 29).

Dessa forma, esta teoria, pelo menos no contexto brasileiro, se sustenta na afirmação de que, levando-se em conta escassez dos recursos públicos, é praticamente impossível intentar uma distribuição satisfatória, a fim de assegurar direitos a todos os indivíduos (CAMPILONGO, 2011). Revelando-se necessário a realização de escolhas, por parte exclusivamente do gestor, para alocação de tais recursos. Neste caso, impedir-se-ia a intervenção do Judiciária, uma vez que a este não foi dada legitimidade, adquirida mediante eleições, para atuar no âmbito das políticas públicas.

¹⁰ Em 18 de julho de 1972, alguns estudantes que não foram admitidos no ensino superior, invocando o art. 12 da Constituição alemã, ajuizaram ação junto à Suprema Corte Alemã a fim de terem resguardado o direito à livre profissão. Todavia, o Tribunal alemão entendeu que a pretensão dos estudantes não se mostrava coerente, uma vez que fugiria da razoabilidade a oferta de vagas ilimitadas no âmbito das universidades públicas. Eis o fundamento da “Reserva do Possível” alemã, a qual só se poderia exigir algo do Estado se esta pretensão se mostrasse razoável. Como se verá adiante, a sua origem em nada lembra a forma como tal teoria vêm a ser empregada no Brasil. (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Todavia, conquanto não tenham legitimidade democrática para atuar diretamente na alocação de recursos públicos, ao magistrado cabe o dever inexorável de intervir sempre que houver a existência de afronta aos preceitos constitucionais, particularmente àqueles voltadas a efetivação do direito à saúde, promovidas pelo ente público.

Dessa maneira, admitido o argumento da escassez dos recursos proposto pelo Poder Público, torna-se essencial perscrutar de que forma tais recursos estariam sendo empregados pelo Estado, ou seja, tão importante quanto apontar a finitude de um bem, é saber se tal bem está sendo empregado de maneira eficiente. Nesse sentido, a partir de um breve diagnóstico é possível atestar que tal argumento apresenta falhas, uma vez que é inócuo argumentar que as despesas públicas são significativas e a interferência do Judiciário gera distorções no orçamento, quando não se buscam meios para a melhor alocação dos recursos públicos, visando o bem-estar social.

Assim, levar em conta o postulado da reserva do possível é importante, a fim de evitar decisões judiciais teratológicas que, mediante mandamentos genéricos, minem as contas públicas; todavia, não se deve, baseado no uso dessa teoria, criar artifícios doutrinários e jurisprudenciais para se eximir de obrigações impostas constitucionalmente. Destarte, somente a partir de escolhas eficientes e conformadas com o que está estabelecido na CF/88, evitar-se-ia a atuação judicial, ao mesmo tempo em que se prestigiaría aqueles que dependem de políticas públicas para viver, os quais representam a grande maioria na nossa sociedade.

Como se viu ao longo desse trabalho, as políticas públicas são mecanismo que devem ser desenvolvidos em consonância com as necessidades sociais, todavia isso não garante sua elaboração precipuamente para esse fim, já que são instrumentos discricionários, e como tais, estarão sujeitas as escolhas do ente estatal. Logo, é possível que a opção realizada pelo gestor seja em priorizar uma política pública em detrimento de outra, como por exemplo, deixar de investir na saúde para designar verbas para área de serviços, ou em qualquer outra área que, naquele momento, pareça-lhe mais vantajosa.

Assim, a natureza da política pública, por si só, permite uma escolha dentro de uma série de possibilidades, que, conforme a experiência tem mostrado, na maioria das vezes relega a segundo plano as causas sociais.

Verifica-se, portanto, que a má alocação de recursos públicos, infelizmente, é um hábito presente no panorama político brasileiro; não raro tomamos conhecimento, através dos meios de comunicação, de atos da Administração Pública que, literalmente, jogam o dinheiro público pelo ralo, estagnando assim o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a efetivação de direitos como a educação, saúde, melhoria dos transportes etc.

Ora, não existe melhor exemplo do que o atual cenário de como o Governo vem lidando com dívida pública brasileira, que, conforme afirma Cunha (2012): “tem utilizado a maior parte de seu orçamento para o pagamento de juros e amortizações da dívida, sacrificando, em contrapartida, os investimentos sociais em educação, saúde [...]” etc.

Conforme informações retiradas do SIGA Brasil¹¹, o governo federal gastou no ano de 2015 quase metade de sua receita, aproximadamente 42,43% do total do orçamento executado, para o adimplemento da dívida pública, totalizando cerca de R\$ 962 bilhões, dos quais, R\$ 208,36 bilhões serviram para o pagamento da despesa com juros e encargos da dívida e o valor de R\$ 753,85 bilhões para o pagamento de amortizações e refinanciamento. (SENADO FEDERAL, 2017).

No ano de 2017, foram destinados à dívida pública, até o presente momento¹², cerca de 371 bilhões, dado que se mostra preocupante, uma vez que, em menos de dois meses o Brasil já atingiu 1/3 do valor total reservado a dívida no exercício de 2015, o que demonstra que tais gastos têm crescido progressivamente com o passar dos anos, bem como evidencia a atual situação econômica brasileira, que atravessa uma grave crise. (SENADO FEDERAL, 2017).

Todavia, a partir da análise de tais informações, o que chama mais atenção são as quantias bilionárias destinadas ao rolamento da dívida pública, ao passo que os encargos sociais como a saúde, em 2015 e até fevereiro/2017, foram, respectivamente, na ordem de R\$ 93,8 bilhões e 1,2 bilhão, consumindo, dessa forma, apenas 4,14% do orçamento geral da união do ano de 2015, e, ínfimos 0,2% no período que compreende o primeiro bimestre de 2017. (SENADO FEDERAL, 2017).

Diante do foi dito, restam claras as prioridades do ente estatal em privilegiar o financiamento dos juros e amortizações da dívida pública brasileira, em prejuízo da execução de políticas voltadas aos setores sociais, especialmente à saúde. Como se observa, tais escolhas acabam por desprestigar os anseios sociais enraizados no texto constitucional, ao mesmo tempo em que provocam uma enxurrada de ações pleiteando a efetivação desses mesmos direitos que outrora foram preteridos pelo Poder Público.

Como se não fosse o suficiente a má gestão dos recursos públicos disponíveis, por parte dos agentes políticos, que acarreta uma série de deficiências no sistema de saúde desenvolvido no Brasil – tais como, a ausência de políticas para doenças raras (ARAUÍJO,

¹¹ Sistema de Informações Sobre Orçamento Público Federal que permite acesso amplo e facilitado aos dados do Sistema Integrado de Administração Financeira-SIAFI e a outras bases de dados sobre planos e orçamentos públicos. (SENADO FEDERAL, 2017)

¹² Data de análise dos dados: 08 de fevereiro de 2017.

2009); a inexistência de incentivos à criação de tecnologias no âmbito da saúde (ARAUJÓ, 2009), dentre outros exemplos – existe também a ocorrência de uma quadro crônico de corrupção no país¹³, responsável por impedir que milhões de reais, talvez bilhões, cheguem ao seu destino. Refreando, assim, a consecução de políticas públicas que, se concretizadas, provavelmente aliviariam o gargalo da saúde pública hoje no Brasil. Dessa maneira:

De tudo resulta grave prejuízo para o Brasil, que perde recursos, na medida em que contrata acima de preços de mercado; contrata sem querer ou, querendo, contrata mal; dá incentivos fiscais que serão desvirtuados; frauda licitações; exige propinas; vende informações, tudo em detrimento do erário público, chegando, segundo pesquisas, a prejuízos de cerca de 5% do PIB. (OLIVEIRA, 2012, p. 282).

Com base nisso, fatores como a má alocação de recursos juntamente com a corrupção endêmica confirmam que, não obstante a existência de algumas ações públicas importantes para a concretização do direito à saúde, tais políticas, na maioria das vezes, são sobrepujadas pela má atuação dos próprios gestores. Logo, percebe-se que a ausência de controle, seja ele judicial, social ou feito pelas instituições, cria um quadro crítico favorável a três fenômenos que interferem na concretização dos direitos sociais, quais sejam, incompetência, corrupção e clientelismo (BARCELLOS, 2010, p. 110), e como consequência “[...] mais recursos públicos são desperdiçados e muito pouco se produz em favor da promoção dos direitos fundamentais.” (BARCELLOS, 2010, p. 110).

Portanto, limitar a atuação do Judiciário nesses casos, sob a justificativa do desajuste das contas públicas, principal fundamento da crítica levantada na Teoria da Reserva do Possível, mostra-se demasiadamente superficial diante da complexidade das questões que gravitam em torno do tema judicialização das políticas públicas de saúde. Assim, se por um lado, tal fenômeno interfere no orçamento público, impedindo, por vezes, o fomento de políticas que beneficiariam milhares de pessoa, em detrimento de uma só, por outro, está em jogo o direito inalienável à vida, diante da omissão injustificada do Poder Público, bem como o dever constitucional de atuação da Justiça materializado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Logicamente, é preciso estabelecer parâmetros e empreender limites as intervenções do Judiciário na seara da saúde, todavia, conforme se percebeu na análise das informações apresentadas, a maneira como está sendo conduzida as políticas públicas sociais, especialmente àquelas voltadas à saúde, demonstram o total desprestígio a direitos

¹³ Conforme estudo apresentado pela Organização Transparência Internacional, o Brasil, hoje, ocupa a 76º posição em um ranking de percepção da corrupção pelo mundo. (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2017)

constitucionais que, somente através de muita luta, foram alçados a posição de destaque que lhes é inerente.

Ademais, cabe ressaltar que a definição de reserva do possível empreendida no direito alemão, em nada tem a ver como a que foi implantada em solo brasileiro, uma vez que tal teoria estaria associada, originalmente, a razoabilidade do objeto da ação pretendida, enquanto que no Brasil foi vinculada à insuficiência de recursos públicos, de modo a legitimar a omissão do ente estatal na efetivação de direitos sociais. (CUNHA JÚNIOR, 2008)

Nesse sentido, faz-se necessário destacar que o enquadramento social sob o qual a teoria da reserva do possível se desenvolveu na Alemanha é totalmente diverso daquele presente no Brasil, já que, naquele país, valores como o “mínimo existencial” de há muito já foram assegurados, diferente do que ocorre no Brasil, onde os direitos mais básicos, positivados no texto constitucional, sequer foram efetivados. (CUNHA JUNIOR, 2008)

Por essa razão, tal teoria só se justifica perante Estados que já tenham assegurado a existência digna a todos os cidadãos. Vez que, de modo diverso, estar-se-ia a legitimar a inação do Estado em uma sociedade expressivamente desigual, perpetrando assim as injustiças sociais.

4.5 DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA À NECESSIDADE DE UM CONTROLE ORDENADO

A partir da análise das críticas que se fazem ao fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, verifica-se que, con quanto evidenciem a necessidade de limitações a atuação do Judiciário no âmbito dos demais poderes, seja pela excessiva ingerência seja pelo desarranjo dos gastos públicos, é notório, também, que a atuação jurisdicional não é exclusivamente responsável pela crise que se instalara, vez que, conjuntamente à sua atuação, existe uma infinidade de problemas decorrentes da má alocação dos recursos públicos, por parte do Estado, tais como, a inexistência ou ineficiência das políticas aplicadas, incompetência dos gestores ou até mesmo a corrupção.

Desta maneira, torna-se insuficiente afirmar que o Poder Judiciário não detém legitimidade democrática para analisar políticas públicas atribuídas ao Executivo e Legislativo, já que, como de viu, a judicialização dos conflitos, seja ele entre indivíduos ou

entre estes e o Estado, é um cenário inevitável ante a recente composição jurídica constitucional.

A grande questão que se insurge, todavia, é em relação aos parâmetros e limites que devem guiar a atuação do Poder Judiciário, a fim de evitar que decisões acerca dessa temática, acabem gerando ainda mais desigualdade no meio social. Logo, a ausência de uma intervenção ordenada e que segue os parâmetros constitucionais (orçamentários e sociais), concorre, juntamente com os outros aspectos que já forma expostos, para uma situação de caos social, onde se falta tudo e, aos mesmo tempo, não se garante nada.

Portanto, diante da necessidade de um controle judicial ponderado, pautado nos valores constitucionais, que de fato concretize o direito à saúde, em vista das omissões do Poder Público, é indispensável a construção de alguns parâmetros objetivos, capazes de oferecer ao Magistrado, meios idôneos de julgamento, quando diante de tais demandas. Bem como, de soluções alternativas que, objetivando o deslinde célere dos conflitos que envolvam a saúde e o desafogo deste tipo ações no Judiciário, visam dar maior efetividade às reivindicações sociais, sobretudo àquelas relacionadas com direito à saúde.

5 DA CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS QUE FOMENTEM UM CONTROLE JUDICIAL EQUÂNIME

Como restou demonstrado no capítulo anterior, é praticamente inevitável a guinada do fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil, uma vez que diante da reiterada omissão estatal, faz-se necessária a intervenção do Judiciário como garantidor da efetivação dos direitos sociais.

Ocorre que, o controle que se propõem no presente trabalho, não pode ser confundido com aquele praticado hodiernamente no fóruns e tribunais, já que, considerando a complexidade das pretensões de saúde que chegam ao Poder Judiciário, que muitas vezes fogem do campo de conhecimento estritamente jurídico, é indispensável a utilização de parâmetros e critérios objetivos que auxiliem no momento da decisão. Nesse sentido, Faria (2010, p. 65):

[...] se quiser manter sua relevância institucional num contexto social cada vez mais complexo, diversificado, contraditório e fragmentário, o Judiciário tem, obrigatoriamente, de modificar suas funções jurisdicionais tradicionais, que o restringem somente à subsunção dos fatos às normas de condutas unívocas por meio de métodos exclusivamente formais e caráter lógico, sistemático e dedutivo.

Por outro lado, em razão da excessiva judicialização a que passa o direito brasileiro, bem como, da inegável morosidade que acompanha a instrução processual, e como forma de aumentar a efetividade dos direitos sociais inseridos no texto constitucional, torna-se oportuno a busca por soluções extrajudiciais que demonstrem eficiência na resolução de tais lides.

Assim, o presente capítulo tem o escopo de apresentar algumas possíveis soluções ao fenômeno da judicialização da saúde, através de medidas que visem orientar o Judiciário na análise desses tipos de demandas. Busca-se também, apontar mecanismos alternativos à jurisdição, que tenham a capacidade solucionar, dentro da perspectiva constitucional, as reivindicações sociais.

Dessa maneira, não pretendendo esgotar a temática, tampouco estabelecer métodos infalíveis ao manejo com as demandas sociais, e ante a necessidade de se criar um controle organizado de políticas públicas, seja através de um judiciário coerente, que respeita a legitimidade dos outros poderes, ou mediante a atuação de outras entidades que, agindo na

esfera administrativa, mostram-se mais eficiente na salvaguarda dos direitos sociais, é imprescindível a proposição de mecanismos que, previstos em lei ou no próprio texto constitucional, aliviem o atual cenário que perpassa a saúde, o direito e a política brasileira.

5.1 SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À ATUAÇÃO JURISDICIONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle extrajudicial de políticas públicas no âmbito da saúde pode se manifestar sob diversas formas e a partir da atuação de vários entes, podendo ainda ser interno ou externo. Como controle interno¹⁴, intende-se aquele exercido por órgão ou instituições afetas a própria estrutura da entidade controlada, assim, são exemplos de entes que desempenham esse tipo de controle, Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado, Controladoria Geral da União, atual Ministério da Transparência etc.

O controle externo, por sua vez, é aquele cuja intervenção se dá na esfera de um Poder pelo outro, para Hely Lopes, “é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado” (MEIRELLES, 1990). Defensorias Públicas, Ministério Público e até mesmo a própria sociedade, podem realizar esta forma de controle.

Especificamente neste trabalho, será enfatizado o controle popular, ou seja, àquele empreendido pelos próprios cidadãos em face dos atos da Administração Pública. Dessa forma, no âmbito das políticas públicas de saúde, existem mecanismos que possibilitam a verificação da regularidade dos atos do ente estatal por parte dos administrados, impedindo a prática de condutas contrárias ao interesse social.

Assim, instituídos em lei, as Conferências e os Conselhos de saúde, representam efetivos instrumentos de controle das políticas públicas de saúde, por parte da sociedade. Revelando-se, ainda, como eficiente alternativa ao controle encerrado pelo Poder Judiciário, como se passará a ver.

¹⁴ Tal mecanismo encontra-se expresso no art., 74 da CF/88, que aduz: “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.” (BRASIL 1988)

5.1.1 Conferências e Conselhos de Saúde: instrumentos de controle disponíveis à população

Fruto de movimentos coletivos, a reforma sanitária que foi intentada no Brasil, representa o êxito, ao menos no plano normativo, de setores sociais que conseguiram mediante uma grande mobilização, compelir o estado a garantir, de forma universal, um rol de direitos mínimos, que até então eram negados aos cidadãos.

Dessa forma, pelo próprio viés democrático que estava intrínseco aos direitos que foram positivados no texto constitucional, a exigência da participação popular nos processos decisórios da saúde foi pauta obrigatória defendida pelo movimento sanitário na implantação do Sistema Único de Saúde - SUS.

A participação popular no controle da saúde, juntamente com outras garantias, como já mencionado, compõem o rol de diretrizes do SUS previstas constitucionalmente no artigo 198, incisos I, II e III¹⁵. Assim, descentralização, integralidade e a participação da comunidade, orientam a organização e o funcionamento do sistema de saúde brasileiro, com o intuito de torná-lo mais adequado a atender às necessidades sociais (WENDHAUSEN; BARBOSA; BORBA, 2006; OLIVEIRA, 2003 apud ROLIM; CRUZ; JESUS, 2013, p. 3). No âmbito infraconstitucional, tal mecanismo é regulamentado pela Lei nº 8.142/90 (BRASIL, 1990)¹⁶.

Como importantes instrumentos decisórios alternativos ao controle judicial da saúde, as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde, são a materialização do controle

¹⁵ Neste sentido: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] III - participação da comunidade. [...]” (BRASIL, 1988).

¹⁶ Lei nº 8.142/90 trata da participação da sociedade na área no SUS em seu artigo 1º: “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. § 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. § 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.” (BRASIL, 1990).

social dos atos do Poder Público no âmbito do SUS, de modo que, atuando como órgãos propositivos e fiscalizadores que são, poderão auxiliar na elaboração de políticas públicas destinadas a suprir as reais necessidades da população.

Diversamente de outros mecanismos de controle dos atos do ente estatal, as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde visam “[...] a efetiva interação da sociedade com a formulação e a execução de políticas públicas de saúde, bem como a fiscalização e a avaliação das ações e serviços dessa área. ” (MAPELLI JÚNIOR; COIMBRA; MATOS, 2012), representando, pois, verdadeira ferramenta de participação democrática no campo das decisões políticas realizadas pelo Estado.

No que concerne as Conferências de Saúde, sua organização interna está prevista no artigo 1º, §1º, da Lei n.º 8.142/90, o qual estabelece que haverá reunião “[...] 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”. (BRASIL, 1990).

Importante salientar que as Conferências devem ser realizadas nas três esferas de governo, municipal, estadual e federal. Todavia, raramente são empreendidas nos âmbitos dos Estados e Municípios, restando a União, promovê-las em nível nacional. Desde a sua instituição há 70 anos, cumprindo o disposto no parágrafo único do artigo 90 da Lei n.º 378/37, à sua readequação na CF/88, e posterior regulação na Lei nº. 8.142/90, já foram realizadas, quinze Conferências de Saúde Nacionais, sendo a última no ano de 2015.

Nelas, importantes diretrizes são aprovadas com a finalidade de orientar os gestores acerca de quais políticas públicas devem ser elaboradas, desenvolvidas, ou aplicadas, perpassando desde temas como a consolidação do direito à saúde e a garantia de acesso à atenção de qualidade no SUS¹⁷, até a fortalecimento de políticas de saúde para minorias étnicoraciais, comunidades tradicionais, identidade de gênero, LGBT e portadores e doenças raras, priorizando, assim, as práticas integrativas e complementares em saúde¹⁸.

Como se vê, as Conferências de Saúde, visam fortalecer o controle social e a gestão participativa, ao mesmo tempo que, a partir das diretrizes que são laçadas em suas deliberações, apontam-se como alternativas a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil.

Com uma proposta de atuação mais direta, os Conselhos de Saúde, regulados no artigo 1º, §2º, da Lei n.º 8.142/90, instituem-se:

¹⁷ Vide: Diretriz 1.1 da 15ª CNS (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2015)

¹⁸ Vide: Diretriz 1.3 (a) da 15ª CNS (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2015)

[...]em caráter permanente e deliberativo, [tal como um] 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, 1990).

Nas palavras de Professor Johannes van Stralen:

“Os Conselhos de Saúde inserem-se num movimento geral que procura superar as formas existentes de participação política, cristalizadas em partidos políticos, e criar instituições democráticas que promovam a inclusão política. Trata-se de uma inovação institucional surgida durante o processo de transição política, quando a sociedade rejeitava fortemente o padrão clientelístico e excluente das políticas sociais e aspirava a novas políticas desenhadas a partir das necessidades da população, por meio da participação direta dos cidadãos no processo de tomada de decisões. ” (AN STRALEN, 2006, p. 630).

Os Conselhos de Saúde, portanto, relevam-se como uma importante ferramenta administrativa de deliberação junto aos órgãos do Poder Executivo, apto a interferir em políticas e serviços públicos de saúde já existentes, bem como, em fomentar a criação de novos, colaborando, assim, para a diminuição das ações judiciais relativas aos bens de saúde.

Tal característica democrática é facilmente percebida ao se constatar que metade dos membros do Conselho devem ser representantes da sociedade, conforme dispõe o artigo 3º do Decreto Federal n.º 5.839/06¹⁹ (BRASIL, 2006), abrindo, dessa forma, a possibilidade de deliberação e fiscalização acerca dos principais problemas relacionados ao fenômeno da judicialização da saúde.

Dessa maneira, os Conselhos de Saúde têm legitimidade para, por exemplo, analisar se a política concernente a assistência farmacêutica se mostra satisfatória, ou se hospitais estão oferecendo de maneira eficiente seus serviços, dentre muitos outros temas pertinentes a boa gestão das políticas públicas de saúde, alcancando-se como verdadeira instância de controle social.

¹⁹ A composição dos Conselhos de Saúde, consoante art. 3º do Decreto Federal nº 5.839/06, será de “[...] quarenta e oito membros titulares, sendo: I - cinqüenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS; e II - cinqüenta por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, de representantes do governo, de entidades de prestadores de serviços de saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - CONASEMS e de entidades empresariais com atividade na área de saúde.” (BRASIL, 2006).

Ademais, tais instâncias deliberativas têm legitimidade para editar atos normativos que, conquanto não vinculem a atuação administrativa, revelam-se como verdadeiros norteadores da gestão pública de saúde. Assim, no âmbito do Conselho Nacional de Saúde, as resoluções e recomendações, são instrumentos de grande valia para orientar a União na administração dos recursos públicos federais vinculados a saúde²⁰.

Portanto, da mesma forma que as Conferências de Saúde, os Conselhos, por meio de suas normatizações, se utilizado com uma maior frequência pelas outras instâncias de poder, não somente pelo União, podem atuar como ferramentas de controle social eficazes, ao mesmo tempo, que são capazes de influenciar sobremaneira na diminuição das excessivas demandas judiciais de saúde, evitando, assim, que decisões eminentemente políticas sejam tomadas por outra esfera de poder que não àquela legitimada para isso.

5.2 MECANISMOS QUE AUXILIAM A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO NAS DEMANDAS JUDICIAIS QUE ENVOLVEM SAÚDE

Como resultado da aparente inaptidão do Judiciário para atuar em lides que envolvam a prestação de direitos sociais por parte do Estado, é cada vez mais comum, no cenário jurídico brasileiro, nos depararmos com sentenças e acórdãos cuja elaboração não deixam dúvidas – seja por conta da superficialidade, seja devido a fundamentos inconsistentes ou mesmo por ignorar toda a lógica orçamentária do Governo – da insuficiência técnica que acomete os magistrados no Brasil, quando diante de tais demandas²¹.

²⁰ Vide uma série de recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Saúde no ano de 2016, tais quais: Recomendação nº. 001/2016: “Recomenda à Presidenta da República Dilma Rousseff e ao Ministro da Saúde, Marcelo Castro: Que seja mantido o compromisso do governo federal com a continuidade e qualificação do SUS, e que nenhuma reforma seja feita no sentido de retroceder aos direitos conquistados. Por fim, reafirmamos que ‘Direito garantido não se compra e nem se vende, o SUS é nosso e ninguém tira da gente’. Recomendação nº. 005/2016 “Recomenda ao Presidente da República a adoção das seguintes medidas corretivas pelos Ministérios responsáveis, com o objetivo de aprimorar o desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde no âmbito federal: [...] 11 – Informar mensalmente ao Conselho Nacional de Saúde os valores pagos referentes às demandas judiciais e as ações que estão sendo desenvolvidas pelo Ministério da Saúde para evitar a duplicação de pagamentos entre os três entes federados. ”; Recomendação nº. 014/2016: “Recomenda: À Comissão Intersetorial de Educação Permanente para o Controle Social no SUS – CIEPCSS incorpore, em seu planejamento, ações de capacitação para os conselheiros de saúde indígenas. Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua Ducentésima Octogésima Sétima Reunião Ordinária. ” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016).

²¹ Nesse sentido, pode-se invocar o emblemático caso da “pílula do câncer” (fosfoetanolamina sintética), que, produzida pela Universidade de São Paulo e sem nunca ter se submetido a testes controlados em humanos, criou-se um rumor que seria a cura definitiva para o câncer, desencadeando, partir de 2014, uma série de ações judiciais que preiteavam tal fármaco, que em sua maioria eram e continua sendo deferidas, como se pode observar na

Considerando também que o fenômeno da judicialização de políticas públicas sociais, especialmente aquelas ligadas a saúde, é um caminho sem volta, em virtude da crônica omissão do Poder Público brasileiro, que historicamente tem privilegiado ações voltadas ao desenvolvimento econômico em detrimento das políticas sociais, surge a necessidade da elaboração de mecanismos que auxiliem o Poder Judiciário a decidir a complexa causa da saúde de forma coerente, baseado em parâmetros que levem em conta os diversos aspectos da multifacetada política de saúde.

Dessa forma, sem a pretensão de criar um padrão inflexível de como a jurisdição deve proceder perante lides que envolvam políticas de saúde, passa-se a análise propositiva de alguns meios que, se usados adequadamente, poderão norteada a atuação dos magistrados quando do julgamento de ações dessa natureza.

O primeiro parâmetro para a instauração de um controle judicial racional e responsável perpassa pela seleção das lides a partir da existência ou inexistência de políticas públicas para aquele caso concreto, bem como, se existentes, avaliar qual o grau de efetividade de tais políticas, ou seja, se estão gerando o efeito pretendido.

A princípio, conforme esta perspectiva, seria possível discernir as demandas complexas, que envolvem uma prestação efetiva do Estado (quando ausentes ou inefetivas as políticas públicas), daquelas que, por questões de logística ou outras ocorrências pontuais,

ementa de um julgado do Tribunal Regional Federal da 1º Região: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO MÉDICO. FORNECIMENTO DE FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA DEFERIDO. PACIENTE COMPASSIVO OU TERMINAL. TRATAMENTOS CONVENCIONAIS SEM EFEITOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Cinge-se a questão em torno da discussão acerca da concessão da substância FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA para o tratamento do câncer. 2. Inobstante entendimento de que a análise do fornecimento de medicação pelo poder público deva ser criteriosa - em que se verifiquem (I) a imprescindibilidade do medicamento; (II) a ausência de outra opção eficaz; (III) a atual situação clínica do paciente e o grau de evolução da doença; e (IV) a hipossuficiência financeira do enfermo, - o quadro fático dos autos, em abono à manutenção do deferimento, demonstra que a decisão impugnada, além de considerar a substância almejada como a única disponível, já que as medicações ditas registradas não surtiram efeitos positivos, consignou a urgência em sua utilização, o que evidencia a situação de paciente sem respostas ao tratamento convencional (ou em estado terminal), de maneira que o fornecimento da Fosfoetanolamina Sintética configura a sua última chance de permanecer vivo. 3. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016, que indistintamente garantia o acesso à substância a quem comprovasse o diagnóstico da doença e apresentasse termo de consentimento eresponsabilidade, diferentemente do que adotado na presente decisão, que permite o fornecimento apenas a quem os tratamentos convencionais não mais produzem nenhum efeito ou se encontre em estágio terminal. Nesses casos, postergar ou negar ao doente o acesso a tal droga, situações em que nada mais há de opção estatal para se manter vivo, violaria os direitos fundamentais à vida, à saúde, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. 4. O posicionamento que ora se adota se coaduna com o fixado no julgamento da SLAT 00021693320164010000, de relatoria do Des. Fed. Jirair Aram Meguerian, pela Corte Especial deste E. Tribunal Regional Federal. 5. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TRF-1 - AI: 00126826020164010000 0012682-60.2016.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 04/07/2016, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 03/08/2016 e-DJF1). ”. (BRASÍLIA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2016).

levaram o indivíduo a recorrer as vias judiciais afim de ter seu direito atendido (ainda que existam políticas públicas efetivas para o caso).

Dessa forma, questões envolvendo uma eventual falha na complexa cadeia que põe em prática uma política governamental, as quais representam a grande maioria das demandas judiciais no âmbito da saúde²², podem ser resolvidas pela via administrativa, a partir da comunicação com as entidades estatais responsáveis por aquela respectiva política social.

A título de exemplo, se um indivíduo bate às portas do Judiciário a fim de ter seu direito a um medicamento garantido, que por alguma circunstância pontual lhe fora negado, considerando que existem políticas públicas adequadas à distribuição de fármacos à população em geral, e que tais políticas têm se mostrado eficientes, o Poder Judiciário, diante desse quadro, deve atuar conjuntamente com as entidades responsáveis por realizar a distribuição dos medicamentos, que neste caso poderia ser a Secretaria Municipal de Saúde local ou outro órgão com semelhante atribuição, afim de garantir de forma rápida e eficaz o bem pleiteado, sem a necessidade de se percorrer os caminhos da *via crúcis* judicial.

Dessa maneira, reservar-se-ia ao crivo da jurisdição apenas aquelas demandas cuja inexistência ou ineficácia das políticas criaram lesão ao direito do autor.

Portanto, baseado nesses critérios, o Poder Judiciário teria a oportunidade de avaliar se o objeto requestado na lide (tratamentos, fármacos, internações etc.) já integra alguma política pública governamental, caso positivo, passaria a indagar em que medida tal política estaria cumprindo seus objetivos e contribuindo para a construção de um Estado Social de Direito, bem como, se existiriam alternativas equânimes para a solução da demanda requisitada, levando em conta o seu grau de urgência e sua compatibilidade com os critérios orçamentários adotados pelo Estado.

Ao se realizar tais distinções, seria possível elaborar um controle judicial de políticas públicas na área da saúde em harmonia com o que dispõe o texto constitucional, de forma que, só seriam submetidos à “judicialização”, as lides que se originaram da inefetividade ou inexistência de uma política pública específica.

Ademais, como se pôde observar, a participação dos agentes de elaboração e gestão das políticas públicas, assim como do próprio Judiciário e demais órgãos permanentes

²² Nesse sentido, Gilmar Mendes, em decisão proferida nos autos do STA 175-AgR/CE esclareceu que: “Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. [...]” (CEARÁ. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010)

cujas funções são essenciais a jurisdição do Estado (Ministério Pùbico, Defensorias Pùblicas, Procuradorias etc.), são de suma importância para a promoção de uma atuação jurisdicional ponderada e racional, que leva em consideração toda a complexidade da temática, proporcionando um controle judicial de políticas pùblicas apto a auxiliar na efetivação do direito à saúde.

Em decorrência da referida importância, sobrevém a necessidade de pormenorizar, a partir de tópico próprio, a participação dos diversos atores sociais na criação de um controle de políticas pùblicas capaz de se apresentar como sustentáculo à atuação do Poder Judiciário no julgamento desses casos complexos.

5.2.1 Teoria do Diálogo Institucional

Como se observou, em virtude do complexo arranjo político e jurídico estabelecido na CF/88, na qual passou a legitimar inúmeras formas de participação democrática, abriu-se a possibilidade às instituições brasileiras de atuarem conjuntamente na fiscalização e controle das políticas pùblicas, de modo que os representantes das três esferas de poder e de entidades essenciais à jurisdição, como Defensoria Pùblica, Procuradorias e Ministério Pùblico, bem como a sociedade civil²³ e suas organizações representativas, adquiriram papel fundamental na resolução das lides que envolvam pretensão resistida ao direito à saúde.

Assim, o aprimoramento dos mecanismos judiciais quando diante de demandas que versem sobre a saúde, passa obrigatoriamente pelo diálogo entre os atores sociais envolvidos, uma vez que tal intervenção possibilitaria aos julgadores decidir de maneira mais coerente e racional, sem lesar o Poder Pùblico e, principalmente, sem abdicar dos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

O diálogo institucional proposto aqui, a despeito de ser pouco discutido no meio acadêmico nacional, já há bastante tempo tem tomado o centro dos debates no direito estrangeiro. Nesse sentido, Sunstein, Vermeule (2002) e Waldron (1993, p. 42, 2009) já defendiam um complexo cooperativo, a partir do qual seriam tomadas decisões compatíveis com as diversas perspectivas de justiça próprias de uma sociedade estratificada. Dessa forma,

²³ Nesse sentido, a atuação da sociedade civil aqui retratada se assemelha bastante com o ideal de Häberle de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição. (HÄBERLE, 2007).

consoante ensina Marina C. Ferreira, a “literatura crescente em direito constitucional comparado tem se dedicado à construção de modelos teóricos que promovam, ao lado da proteção de direitos sociais, a deliberação democrática.” (FERREIRA, 2011, p. 248).

No Brasil, ainda que de forma incipiente, é possível encontrar na doutrina de Sarlet (2009) e mais recentemente na obra de Mendes e Branco (2013), a noção de cooperação institucional com o objetivo de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais inscritos na CF/88. Todavia, não restam dúvidas que, embora a concepção de uma teoria do diálogo constitucional ou diálogo institucional venha ganhando força no direito pátrio, é no sistema *common law* que tal doutrina tem encontrado abrigo para se desenvolver. (SARMENTO, 2010, p. 262).

No âmbito do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, vislumbra-se a premência por um controle judicial que inclua dentro do seu itinerário a possibilidade de um diálogo entre o Poder Judiciário e os demais atores sociais, de forma que estes possam auxiliar nos julgamentos dos casos que encerram lesões ao direito à saúde provocadas pelo Estado.

À vista disso, aponta-se a necessidade de expor, ainda que de forma breve, algumas noções acerca dos instrumentos dialógicos que permitem a atuação conjunta dos atores sociais no processo decisório em demandas relativas à saúde.

5.2.1.1 Atuação dialógica das instituições como instrumento democrático à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde

Como amplamente debatido, o Judiciário detém o poder-dever de julgar as lides que para ele são submetidas, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição estabelecido na Constituição de 1988, incluindo, naturalmente, as demandas que versam sobre o direito à saúde.

Entretanto, considerando a complexidade da temática, que evolve uma série de aspectos, além daqueles próprios dos conflitos privados, assim como a limitação eminentemente jurídica a que está adstrita os magistrados, torna necessário a criação de um diálogo entre os atores sociais, a fim de promover uma efetiva interação da qual resulte em

decisões judiciais que levem em conta todos os elementos que gravitam em torno do fenômeno da judicialização da saúde.

Admitindo a necessidade de que se crie um ambiente dialógico entre as instituições, Rosalind Dixon desenvolveu uma teoria de diálogo voltada aos conflitos judiciais que ensejam reparação, por parte do Poder Público, a direitos sociais lesados. De modo que, baseada substancialmente na interação institucional dos diversos atores que compõe este cenário, favoreceria tomadas de decisões de forma participativa, criando uma ambiência mais vantajosas para toda a sociedade, uma vez que minimizaria deficiências presentes até mesmo nas democracias mais desenvolvidas, como a existência de pontos cegos (*blind spots*) e encargos de inércia (*burdens of inertia*) (DIXON, 2006 apud FERREIRA, 2011).

Para a autora, os pontos cegos podem revelar-se por incongruências na efetivação dos direitos sociais em virtude da ausência de normas de regulamentação daquilo que foi instituído na Constituição (*blind spots of application*), ou por falhas na condução de políticas públicas quem levam a sua insuficiente cobertura, gerando resultados aquém do pretendido (*blind spot of perspective*), ou mesmo por erro do gestor quando da ponderação dos interesses e prioridades a serem considerados na elaboração e aplicação de uma política pública (*blind spot of accommodation*) (DIXON, 2006 apud FERREIRA, 2011).

Os encargos de inércia, por sua vez, também impedem a realização de políticas públicas voltadas a atender os anseios sociais, entretanto, caracterizam-se principalmente pela omissão decorrente de seus reflexos, assim, podem ser divididos em:

(...) temas (que) podem deixar de ser tratados por causa de outras prioridades que sejam imediatamente e eleitoralmente mais relevantes (*priority-driven burdens of inertia*); os encargos de inércia também podem surgir em face de uma questão que divida a coesão interna do partido no comando, de maneira que a realização de um projeto gere elevados os custos para a coerência e a integridade do partido (*coalition-driven burdens of inertia*); e, finalmente, quando a concretização de um direito exige complexas formas de ação administrativa, há um verdadeiro potencial para produzir "encargos burocráticos da inércia (*bureaucratic burdens of inertia*): a realização é dificultada por uma combinação de atrasos administrativos e falta de fiscalização legislativa. (DIXON, 2006 apud FERREIRA, 2011, p. 249-250).

Dessa forma, Dixon (2006 apud Ferreira, 2011) sinaliza que o principal óbice à concretização dos direitos sociais são as distorções criadas pelo Executivo e Legislativo no processo de deliberação de uma política pública direcionada a efetivação de direitos fundamentais. E é sob tais circunstâncias que o Poder Judiciário, fugindo de seu perfil autoritário de atuação, deve intervir de maneira a promover uma sistemática dialógica com as

demais instituições, capaz de auxiliar suas decisões e, consequentemente, desenvolver com eficiência seu papel na sociedade.

Com o fim de atingir essa lógica interativa institucional, o diálogo deverá ser encorajado mediante a criação de mecanismo que promovam a participação democrática de todos os atores sociais aptos a contribuir positivamente à satisfação do conflito.

Como forma de ilustrar a adoção de tais medidas pelo mundo, o constitucionalista Malcolm Langford, apresentou uma serie de exemplos da aplicação do método dialógico no âmbito de controvérsias judiciais, assim:

A Corte Suprema do Nepal, no caso Mira Dhungana c. Ministerio de Derecho, negou-se a declarar a inconstitucionalidade de uma lei que havia dado a um filho uma parte dos bens de seu pai a partir do nascimento, mas não dava o mesmo direito a filhas (pelo menos até que esta completasse 35 anos e permanece até esta idade solteira), e, no lugar da declaração de inconstitucionalidade da lei, exigiu que o Estado, em um prazo de um ano, revisasse a legislação depois de consultar as partes interessadas, inclusive organizações de mulheres. Este exercício jurisdicional baseado no diálogo também é evidenciado pelo maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem soluções antes que uma decisão final seja tomada [...] Outra estratégia utilizada é a elaboração de recomendações. Por exemplo, os tribunais da Índia e de Bangladesh, por vezes, têm adotado este enfoque no lugar de emitir ordens finais ordenando moradias alternativas no caso de deslocamentos forçados, embora tenham sido criticados por privar as partes de um remédio judicial efetivo de fato [...] Aqueles órgãos com competência jurisdicional que incorporam remédios judiciais mistos têm demonstrado maior eficiência. Em casos relativos ao direito à saúde e meio-ambiente e ao direito à alimentação, a Suprema Corte da Índia emitiu uma série de ordens contínuas e provisórias antes de chegar a uma ordem final. Por exemplo, obrigou que as autoridades informassem sobre a execução das ordens que o tribunal havia emitido para ampliação e implementação de maneira eficiente de programas de racionamento de alimentos [...] O uso cauteloso de medidas liminares pode ser uma forma de evitar a crítica que recebem as ordens judiciais mais sistemáticas de que não oferecem nada as vítimas em curto prazo [...]. (LANGFORD, 2009, p. 116)

Desta feita, é possível observar que as asserções da teoria do diálogo, bem como, os exemplos acima citados, adequam-se à problemática da judicialização das políticas públicas de saúde tratada no presente trabalho.

Assim, sob o prisma da judicialização da saúde em solo brasileiro, pode-se encontrar algumas medidas que apontam, ainda que de forma incipiente, a uma reorganização institucional do Poder Judiciário partir da lógica de diálogo entre as instituições na promoção do direito à saúde, entre as quais se sobressaem: a convocação da Audiência Pública sobre a judicialização da saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a implantação de núcleos de

assessoria técnica no Poder Judiciário de alguns municípios, e, por fim, a criação, por iniciativa do CNJ, do Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde, formado por órgãos jurisdicionais e gestores do sistema de saúde.

Organizada pelo STF, a Audiência Pública da Saúde, ocorreu entre os dias 27 de abril a 6 de maio de 2009, com alguns intervalos, onde foram discutidos os principais aspectos do fenômeno da judicialização da saúde, que se verifica no Brasil. Com um conteúdo bastante diversificado, a audiência serviu para promover um diálogo entre o Poder Judiciário e os demais atores envolvidos na questão da judicialização da saúde. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

No total, o Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministro Gilmar Mendes, ouviu em plenário cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde. Todavia, não obstante as valorosas contribuições concebidas no âmbito dessa audiência, as demandas que versam sobre o direito à saúde continuam abarrotando as mesas dos tribunais pelo Brasil, sugerindo, dessa forma, que algumas das medidas discutidas na Audiência Pública do STF não trouxeram o resultado tão pretendido, qual seja, a diminuição do número de demandas desse tipo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

Apesar de não ter logrado êxito sob alguns aspectos, a Audiência Pública proposta pelo STF, foi o ponto de partida para a criação, através do Conselho Nacional de Justiça, do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde, que, instituído pela Portaria n.º 650 de 20 de novembro de 2009 e regulamentado pela resolução n.º 107 de 06 abril de 2010, tem como principal objetivo:

Art. 2º [...]

- o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;
- o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;
- a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;
- a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;
- o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010)

A coordenação do Fórum de Saúde é atribuição, desde 2016, do Comitê Executivo Nacional, que, instituído pela Portaria n. 8 de 2016, tem em sua composição Comitês Estaduais atingindo, assim, uma cobertura verdadeiramente nacional.

Faz-se necessário ressaltar, ademais, que uma das principais propostas defendidas no Fórum de Saúde foi a edição da Recomendação n.º 31/2010 aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem em seu bojo a orientação aos Tribunais para adoção de medidas que objetivam subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, a fim assegurar uma maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Na prática, tal ato normativo possibilitou aos juízes, antes da apreciação de qualquer lide que envolva lesão ao direito à saúde, a oitiva dos gestores e técnicos responsáveis pela aplicação da respectiva política pública, a fim de esclarecer todos os pontos controversos que pairam sobre ação, permitindo, assim, ao magistrado a elaboração de uma decisão mais equilibrada com a realidade. Nesse sentido, transcreve-se a medida²⁴:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

²⁴ Existem outras medidas do mesmo ato normativo (Recomendação n.º 31/2010) que visa fomentar a interação entre os magistrados e as instituições que se inserem no fenômeno da judicialização da saúde, neste sentido, recomenda que os juízes: “b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas; c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça; d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON;”. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Dessa forma, foi a partir da necessidade desse alinhamento entre julgador e gestor, que foram criados os Núcleos de Assessoria Técnica – NAT, com a finalidade de fornecer informações técnicas relevantes para que os membros do Judiciário pudessem dispor de meios para decidir de maneira mais coerente suas demandas. Mostra-se salutar pormenorizar seu funcionamento, assim:

Os processos que chegam ao NAT são cadastrados no banco de dados e distribuídos aos profissionais da equipe para que estes possam analisar os casos e proferir o parecer técnico. Em seguida, a avaliação é enviada à coordenação para revisão, que, caso considere necessário, propõe alterações no texto. A última etapa é o retorno do parecer para o cartório ou para a secretaria do juiz que o encaminhou. Caso o medicamento em questão exista na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e se encontre disponível, o paciente é prontamente orientado a se encaminhar até o local onde se encontra o medicamento e retirá-lo, sem necessitar que sua demanda se perpetue. [...] O NAT, mais do que parâmetro para balizar decisões dos magistrados, informa, instrumentaliza, evitando o processo vivido nos primórdios da judicialização da saúde, período em que, muitas vezes, os juízes de 1º grau, por falta de real conhecimento da necessidade apresentada pelo demandante, entregavam a prestação por temer um dano maior. (FERREIRA;COSTA, 2013, p. 221).

Ainda em processo de implantação, os Núcleos de Assessoria Técnica já são realidade em alguns Estados da Federação, onde iniciam um processo gradual de integração dialógica entre as intuições que perfazem o quadro da saúde pública no Brasil. Estados como o Rio de Janeiro (2009)²⁵, Espírito Santo (2011), Pernambuco (2011), Paraná (2012) e Piauí (2012), foram os primeiros a adotar essa medida e, hoje, contam com essa estrutura em seus respectivos Tribunais de Justiça (FERREIRA;COSTA, 2013, p. 227).

Embora venha sofrendo algumas críticas, por supostamente ferir garantias como a isonomia e o contraditório, vez que, na maioria nos casos, sua composição é formada integralmente por gestores e técnicos de saúde, ignorando, dessa forma, a presença de representantes da sociedade civil, o NAT, vem se mostrando como um verdadeiro instrumento de diálogo entre a instituições na promoção do direito à saúde²⁶.

²⁵ Formado por 73 servidores, o Núcleo de Assessoria Técnica do estado do Rio de Janeiro, pioneiro nessa área, detém em seus quadros, profissionais das mais diversas áreas vinculadas à saúde, como Médicos, Farmacêuticos, Nutricionista e Enfermeiros, que têm a incumbência de elaborar pareceres sempre que requisitados por juízes, de modo a sanar as principais dúvidas destes, proporcionando assim, uma eficiência na prestação jurisdicional (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015).

²⁶ Nesse sentido, apresentando uma saída razoável a essa crítica, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, integrou à composição dos núcleos de atendimento técnico não só funcionários da Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, mas também do Departamento de Saúde do próprio Tribunal de Justiça e, principalmente, conselhos e associações de trabalhadores da área de saúde, que representam a sociedade civil. (FERREIRA;COSTA, 2013, p. 227).

Diante desse contexto, não é difícil perceber que as medidas apresentadas retratam o início do desenvolvimento de uma readequação dialógica do Poder Judiciário, propiciando a criação de mecanismos capazes de suscitar um produtivo diálogo entre os atores sociais envolvidos nas pretensões relativas ao direito à saúde.

Portanto, a adoção de um controle dialógico que observe a interação harmônica entre atores sociais é um axioma necessário para que o julgador satisfaça sua função jurisdicional de controle de políticas públicas na área da saúde, uma vez que, sendo titular de todos os conhecimentos ou não, a dependência do magistrado, nos cenários aqui descritos, “[...] desde que de uma forma de pensar dialógica e preocupada com as capacidades e arranjos das instituições com as quais dialoga é mais apropriada do que simplesmente apostar em idealizações irrealizáveis”. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002).

6 CONCLUSÃO

Em virtude do complexo arranjo político e jurídico estabelecido na CF/88, foi inaugurado, após sua outorga, uma nova sistemática de efetivação dos direitos individuais e coletivos. No caso específico da saúde, a nova dinâmica das demandas judiciais foi tão intensa que recebeu a denominação de “Judicialização da Saúde”, muito por conta do grande número de pedidos visando a obtenção de medicamentos específicos do coquetel para portadores de HIV. O desfecho bem-sucedido de tais demandas, provocou uma verdadeira enxurrada de ações, que abalaram as bases de um judiciário engessado e visivelmente despreparado para lidar com esse novo quadro.

Nesse viés, surgiram teses contrárias à atuação do Judiciário voltada a suprir determinada omissão do Poder Público, uma vez que, segundo algumas doutrinas, a referida questão, por ser matéria de cunho administrativo, prescindiria da atuação jurisdicional. Teorias como a Separação dos Poderes Institucionais e a Reserva Possível, que propõem, substancialmente, o afastamento da jurisdição nas causas em que, à princípio, só o ente político estaria legitimado a atuar, foram utilizadas como subterfúgios à uma crítica dura contra o fenômeno da judicialização da saúde.

No entanto, conquanto tais teorias evidenciem a necessidade de limitações à atuação do Judiciário no âmbito dos demais poderes, elas pecam fundamentalmente quando imputam ao sistema jurisdicional a responsabilidade exclusiva pela crise que se instalara, estando alheias aos demais elementos que, conjuntamente à atuação do Poder Judiciário, inoperam o sistema público de saúde do país, ao mesmo tempo em que transferem ao Juiz a responsabilidade de torna válido aqueles direitos inscritos no texto constitucional. Assim, problemas decorrentes da má alocação dos recursos públicos, por parte do Estado, tais como, a inexistência ou ineficiência das políticas aplicadas, incompetência dos gestores ou até mesmo a corrupção, são elementos catalisadores da atual crise sanitária que assola país

Desta maneira, torna-se insuficiente afirmar que o Poder Judiciário não detém legitimidade democrática para analisar políticas públicas atribuídas ao Executivo e Legislativo, já que, como se viu, a judicialização dos conflitos, seja ele entre indivíduos ou entre estes e o Estado, é um fenômeno inevitável ante a recente composição jurídica constitucional.

Ultrapassadas tais críticas, a grande questão que se insurge, na realidade, é em relação aos parâmetros e limites que devem guiar a atuação do Poder Judiciário, a fim de

evitar que decisões acerca dessa temática acabem gerando ainda mais desigualdade no meio social.

Logo, a ausência de uma intervenção ordenada e que segue os parâmetros constitucionais (orçamentários e sociais), concorre, juntamente com os outros aspectos que já forma expostos, para uma situação de caos social.

Assim, diante da necessidade de um controle judicial ponderado, pautado nos valores constitucionais, que de fato concretize o direito à saúde, em vista das omissões do Poder Público, é indispensável a construção de mecanismos capazes de oferecer ao Magistrado, meios idôneos de julgamento, quando diante de tais demandas, bem como, de soluções alternativas que, objetivando o deslinde célere desses conflitos, visam dar maior efetividade às reivindicações sociais, sobretudo àquelas relacionadas com direito à saúde.

E é sob tal perspectiva que a atuação dialógica das instituições alcança fundamental pertinência, uma vez que, torna concreto a criação de um diálogo entre os atores sociais, a fim de promover uma efetiva interação da qual resulte em decisões judiciais que levem em conta todos os elementos que gravitam em torno do fenômeno da judicialização da saúde.

Nesse sentido, a presente pesquisa pôde constatar que a participação dos agentes de elaboração e gestão das políticas públicas, assim como do próprio Judiciário e demais órgãos permanentes cujas funções são essenciais a jurisdição do Estado (Ministério Público, Defensorias Públicas, Procuradorias etc.), são de suma importância para a promoção de uma atuação jurisdicional ponderada e racional, que leva em consideração toda a complexidade da temática, proporcionando um controle judicial de políticas públicas apto a auxiliar na efetivação do direito à saúde.

Portanto, como se viu ao longo deste trabalho, o aprimoramento dos mecanismos judiciais, quando diante de demandas que versem sobre a saúde, só serão realidade se fomentado o diálogo entre os atores sociais acima referidos, uma vez que tal intervenção possibilitaria aos julgadores decidir de maneira mais coerente e racional, sem lesar o Poder Público e, principalmente, sem abdicar dos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, **Intervenção judicial na saúde pública:** panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Brasília, DF, 2012a. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>> Acesso em: 2 nov. 2016.

AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha.** São Paulo: Renovar, 2001.

AN STRALEN, C. J. et al . Conselhos de Saúde: efetividade do controle social em municípios de Goiás e Mato Grosso do Sul. **Ciência e Saúde Coletiva.** v. 11, n.3, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232006000300011&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 1 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de out. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 out. 2016.

_____. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 nov. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Decreto Federal n. 5.839, de 11 de julho de 2006. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-

2006/2006/Decreto/D5839.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jan. 2012. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (1^a. Região). 2016. **Agravo de instrumento**. Relator: Marques, Kassio Nunes. Data de publicação: 03/08/2016. Disponível em:< <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/393992059/agravo-de-instrumento-ai-126826020164010000-0012682-6020164010000/ementa-393992100?ref=juris-tabs>> Acesso 18 jan 2017.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CAMPILONGO, C. F. Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In. FARIA, J. E. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Fabris, 1993.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1987, Brasília, DF. **Anais**. Brasília, DF: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em:
<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Anais.pdf> Acesso em: 13 out. 2016.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 14., 2012, Brasília, DF. Conselho Nacional de Saúde, 2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/Relatorio_final.pdf> Acesso em: 13/07/2013 Acesso em: 2 maio 2016.

CONFERENCIA DE SAÚDE. **Diretriz 1.3 (a) da 15^a CNS**. 2015b. Disponível em:<<http://conferenciasaude15.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Diretrizes-Aprovadas-Vers%C3%A3o-Final.pdf>> Acesso 18 jan 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Recomendação CNS n. 001, de 15 de fevereiro de 2012. **Recomendações do Conselho Nacional de Saúde**, Brasília, DF, 15 fev. 2012. Disponível em:<<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2012/Reco001.doc>>. Acesso em: 1 out. 2013.

CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei n. 5.139, de 08 de abril de 2009. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 abr. 2009. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=B2DB9D412697D8521BFEC4D45922C3C1.node1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009>. Acesso em: 1 out. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010a**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Diário Oficial da União, Poder Judiciário, Brasília, DF, 30 mar. 2010a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-3301-de-de-2010>>. Acesso em: 1 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. 2016. Disponível em:<http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/reco_inicial.htm> Acesso em 11 fev 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **RJ cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80770-rj-cria-estrutura-propria-para-atender-casos->>. Acesso 8 fev 2017.

CUNHA JUNIOR, D. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, J. R. A. A vida ou a dívida? A auditoria constitucional da dívida e o financiamento do direito à saúde no Brasil: uma reflexão heterodoxa. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v. 42, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-edicoes/numero-2-volume-42/a-vida-ou-adivida-a-auditoria-constitucional-da-divida-e-o-financiamento-do-direito-a-saude-no-brasil-uma-reflexao-heterodoxa>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

DALLARI, S. G.; NUNES JUNIOR, V. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DIXON, R. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. **Center for Human Rights and Global Justice Working Paper**, New York, n. 3, 2006. Disponível em:<http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/WPS%20NYU%20CHRGJ_Dixon_Final.pdf>. Acesso em: 1 out. 2016.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, J. E. As Transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In:(Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA, S. L; COSTA, A .M. **Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais?**

Disponível em<http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Nucleos-de-assessoria-tecnica-e-judicializa%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde.pdf>Acesso 12 jan 2017.

FERREIRA, M. C. Direito à proteção da saúde pela via judicial: em busca da efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**. v.15, n. 22, p. 237-264, 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUEDES, G. **Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde**. Brasília, DF, 4 maio 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

GRAU, E. R. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, P. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e proceduralista da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York:W.W. Norton & Company, 1999.

IDE. **O judicial review e as condições da democracia**. Tradução de: Julia Sichieri Moura. In: BIGHONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

KMIEC, K. The origin and current meanings of -judicial activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1441-1476, 2004. Disponível

em:<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialaw_review>. Acesso em: 15 nov. 2016.

KOERNER, A. A história do direito como recurso e objetivo de pesquisa. **Diálogos**, Maringá, v. 16, p. 627-662, 2012.

LIMA, N. T.; FONSECA, C. M. O.; HOCHMAN, G. A Saúde na construção do Estado Nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In:

LIMA, N. T. et al (Org.). **Saúde e democracia**: história e perspectiva do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

MAPELLI JÚNIOR, R.; COIMBRA, M.; MATOS, Y. A. P. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 159-175, 2005.

MASCARO, A. L. B. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 17^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVEIRA, R. F. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

PERONDI, D. Mesa de Abertura. **Conselho Nacional de Saúde**, seminário nacional sobre demandas judiciais no âmbito do SUS, Brasília, DF, p. 11-12, 7 de jul. 2011. Disponível em:<http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_seminario_judicializacao.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

RIBEIRO, L. Os movimentos sociais e sua relação com a questão da saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro , v. 5, n. 3, p. 264-275, 1989 . Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X1989000300003&lng=e&nrm=iso>. Acesso em: 22 set. de 2016.

RIBEIRO, L. R. P. **Teorias da separação dos poderes**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2074>. Acesso em fev 2017.

SARLET, I. W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. **Cadernos da AMATRA IV**, v. 10, p. 9-39, 2009. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_Direitos_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2017.

SARAIVA, E. Introdução à teoria da política pública. In: .; FERRAREZI, E. (Org.). **Políticas públicas**: coletânea. Brasília, DF: ENAP, 2007.

SARLET, I. W. ; FIGUEIREDO, M. F.. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: .; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARNEY, J. **Discurso na 8. Conferência Nacional de Saúde**, 1987. In: **CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE**, 8., 1987, Brasília, DF. **Anais**. Brasília, DF: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em:<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Anais.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SARMENTO, D. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENADO FEDERAL. **LOA 2015 - Execução Orçamentária por Grupo Natureza de Despesa – GND**. 2015a. Disponível em:<<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=684730>>. Acesso 19 jan 2017.

SCOREL, S. **Reviravolta na saúde**: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de

Janeiro: Fiocruz, 1998.

SENADO FEDERAL. LOA 2017 - Execução Orçamentária por Grupo Natureza de Despesa – GND. 2017a. Disponível em:<<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=6379921>> Acesso 20 jan 2017.

SENADO FEDERAL. LOA 2015 - Execução Orçamentária por Função. 2015b. Disponível em:<<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=684712>> Acesso 20 jan 2017.

SENADO FEDERAL. LOA 2017 - Execução Orçamentária por Função. 2017b. Disponível em:<<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=6380153>> Acesso 20 jan 2017.

SILVA, V. A. *Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico*. In: CLÉRICO, L.; SIECKMAN, J. LALANA-OLIVER, D. (Org.). **Derechos fundamentales, principios y argumentación**: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy. Granada: Comares, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, H. J. **A cura da Aids**. Rio de Janeiro: Relme-Dumará, 1994.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública sobre a judicialização do direito à saúde. Brasília, DF, abr./maio 2009. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 de fev. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A G.Reg. No recurso extraordinário 642.536. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>> Acesso 20 jan 2017.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Interpretation and institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista de Direito GV**. v. 8, n. 1, p. 37-57, 2012. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322012000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 nov. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index**, p. 1-8, n. 5, 2012. Disponível em:<http://issuu.com/transparencyinternational/docs/cpi_2012_report?e=2496456/2010281>. Acesso em: 2 mar. 2016.

VIANNA, L. J. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

VILLANUEVA, L. F. A. **La hechura de las políticas**. México: Porruá, 1992.

WALDRON, J. *A right-based critique of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

WANG, D. W. L. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas**. 2009. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 5 fev. 2013.