

# Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil

*Maria Célia Delduque*

*Silvia Badim Marques*

*Álvaro Ciarlini*

Espera-se que, após o estudo do texto, o aluno compreenda o fenômeno da judicialização no Brasil, bem como a formulação e implementação das políticas públicas de saúde, e que as excessivas demandas judiciais de caráter individual em desfavor do sistema de saúde inviabilizarão sua racionalidade coletiva, conforme previsto constitucionalmente.

## Introdução

O acesso a prestações de saúde pela via judicial no Brasil evidencia que o exercício do direito à saúde pelos cidadãos, positivado em nosso ordenamento jurídico pela Carta Magna de 1988, traz à tona a dificuldade de se conjugar a atuação dos sistemas político e jurídico em prol da garantia dos direitos sociais. Ao garantir uma determinada prestação sanitária em juízo, como parte integrante do direito à saúde, o Poder Judiciário é acusado de exorbitar de suas funções de aplicar a lei ao caso concreto e interferir, reflexamente, nas políticas públicas que se destinam a garantir esse direito sob a perspectiva coletiva.

Isto porque cresce exponencialmente em nosso país o número de decisões judiciais que obrigam, coercitivamente, o Estado a fornecer os mais diversos medicamentos e prestações de saúde solicitadas em juízo pelos mais diversos cidadãos, com base, cada qual, nas suas necessidades individuais, atestadas pelo parecer de seu médico assistente. Necessidades essas que, por diversas vezes, se chocam com as determinações da política pública de saúde, formalizada para atender as necessidades terapêuticas de toda a sociedade brasileira, de acordo com dados e prioridades cabíveis para a escolha da melhor oferta terapêutica a todos que delas necessitarem.

O conflito entre as necessidades individuais e coletivas, que permeia a garantia de um direito complexo como o direito à saúde, vem mostrando que os sistemas político, jurídico e médico-sanitário precisam avançar, conjuntamente, para responderem às demandas de saúde. Como destaca Lopes (2004), um dos temas contemporâneos de discussão entre juristas, filósofos e cientistas sociais e políticos tem sido a politização do sistema judicial, ou o que se convencionou chamar de Judicialização da Política.

Esse fenômeno vem deflagrando debates pungentes entre acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos e sociedade civil, focados em como resolver a garantia da prestação individual sem ferir o planejamento coletivo. No centro dessa arena, encontram-se, assim, os questionamentos sobre os contornos da atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

E é sobre esse conflito, que se convencionou chamar de *Judicialização das políticas de saúde*, que este artigo se debruça, objetivando construir caminhos de entendimento e enfrentamento do problema.

A ***Judicialização das políticas de saúde*** representa não só um conflito, como também um fenômeno político-social, que hoje vem ganhando importância teórica e prática no Brasil. Carvalho (2004) salienta que o termo “Judicialização” é polissêmico, sendo tratado por diversos autores de formas distintas. Desta forma, algumas abordagens iniciais são necessárias, para a utilização do termo no decorrer deste texto.

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

Vianna et al. (1999) utilizam o termo para descrever o alargamento das relações sociais como objetos do direito, passíveis de serem trazidas à discussão jurídica e, também, judicial. Apontam os autores as transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988 no Brasil, que alargam as possibilidades de ações junto ao Poder Judiciário, para que este decida sobre os mais diversos temas sociais, políticos e também econômicos, que passam a ser abrigados pelo direito.

Campilongo (2002), ao trabalhar este tema na realidade brasileira, traz uma abordagem baseada na teoria dos sistemas elaborada pelo filósofo alemão Niklas Luhmann. Nesse sentido, sustenta que ocorre a “judicialização” da política quando o Poder Judiciário, órgão central do sistema jurídico, passa a atuar para além dos limites estruturais desse sistema, operando com ferramentas próprias do sistema político, sem ter capacidade para tanto, exercendo, assim, a função que só o sistema político pode exercer na sociedade, qual seja: a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Em outras palavras, trata-se da sobreposição das decisões judiciais às decisões políticas, elaboradas por esse sistema de acordo com a sua função específica na sociedade. A Judicialização, sobre esse ponto de vista, seria temerária por representar um desequilíbrio entre os sistemas sociais.

Para Maciel e Koerner (2002), a expressão judicialização da política recebe um sentido de processo social e político quando é usada para se referir à “expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda, aumento do número de processos no Tribunal” (p. 115-116). Salientam esses autores, além disso, que o termo Judicialização aplica-se não só à atuação dos juizes, como à de outros profissionais de carreiras judiciais, especialmente aos membros do Ministério Público, que utilizam as suas atribuições para levarem “excessivamente” conflitos à justiça, ou para resolvê-los extrajudicialmente, “tendo a lei e seu *savoir-faire* como referência” (p. 116).

Nessa direção, abordaremos neste artigo a Judicialização como um fenômeno político-social, no sentido do alargamento das possibilidades de ação junto ao Poder Judiciário, e o aumento exponencial do número de demandas, de caráter individual, interpostas junto a esse poder, que versam sobre questões de saúde. E, conseqüentemente, a interpenetração do direito no campo político e sanitário, que intrinsecamente permeiam a garantia do direito social à saúde.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consolidação da saúde como um direito social a ser garantido de forma integral e universal pelo Estado, os cidadãos brasileiros passaram a ter a prerrogativa de reivindicarem este direito em juízo, acionando legitimamente o Estado para a garantia de suas pretensões sanitárias. Como nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, as questões que envolvem conflitos relacionados ao direito social à saúde podem ser levadas a juízo, e podem ser objeto da atuação judicial. E, uma vez acionado, o Poder Judiciário tem o dever de proferir uma resposta.

Por mais complexas que sejam as questões postas em juízo, e por mais que essas se misturem com outras questões além das estritamente jurídicas (questões econômicas, políticas e até mesmo técnico-científicas), o Judiciário deve se pronunciar a respeito delas. E deve, ao final da etapa processual correspondente, proferir uma decisão que colocará fim ao processo, e que atenderá, ou não, a pretensão do autor. Essa decisão, principalmente quando proferida no julgamento de demandas que envolvem os direitos sociais, pode extrapolar os contornos tradicionais do sistema jurídico e se imiscuir nas questões oriundas de outros sistemas, como o político e o econômico. Nesse sentido, segue a constatação de Faria (2002a) de que os direitos sociais e a complexidade das questões que envolvem a garantia desses direitos na contemporaneidade “estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo” (p. 59).

Especificamente em relação ao direito social à saúde, temos que o exercício desse direito está intrinsecamente relacionado à elaboração de políticas de saúde e à prestação de serviços públicos de saúde, que, por sua vez, são permeados por questões de ordem política, social, econômica e técnico-científica. Como destaca Faria (2002b), os direitos sociais necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas dirigidas a segmentos específicos da sociedade. Em suas palavras, necessitam de políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender as expectativas por eles geradas com a sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos (p. 273).

A elaboração de uma política pública de saúde demanda uma série de conhecimentos e questões que ultrapassam, e muito, os limites

do campo jurídico, tal como esse está hoje disciplinado em nossa sociedade. Todavia, faz-se necessário que essas políticas públicas sejam conhecidas e inseridas no sistema jurídico, para que o direito à saúde seja exercido e garantido na sua complexidade. E o que, de fato, vem a ser essa política pública?

A língua portuguesa não distingue as diversas acepções do termo política e muito menos política pública. Na língua inglesa, os termos *polity*, *politics* e *policy* têm diferentes conceitos que definem, de modo mais apropriado, as dimensões que os termos representam. A expressão *polity* significa a natureza política do Estado ou a sociedade como uma unidade política, ou como se refere Couto (2006, p. 98) “a política constitucional consubstanciada no ordenamento normativo superior do Estado”. É a ordem do sistema político delineada pelo sistema jurídico e a estrutura institucional do sistema político-administrativo. O termo *politics* está mais afeito a atividades que envolvem relações de poder que influenciam a pacificação de conflitos quanto à alocação de bens e recursos públicos. Para Couto (2006), refere-se ao jogo de vitórias, derrotas, empates, cooperação, alianças, ganhos e perdas da vida social. As *policies*, que, em uma tradução literal, designariam diretriz ou orientação política, concernem ao produto da atividade política que tem lugar nas instituições de Estado, é o conteúdo material das decisões políticas, ou seja, as políticas públicas.

Essas categorias diferenciadas, no entanto, têm apenas fundamentação teórica, porque na prática essas realidades são entrelaçadas e se influenciam mutuamente. Couto, por exemplo, (2006) esclarece que a produção das políticas públicas (*policies*) está condicionada tanto pela política competitiva (*politics*), como pela política constitucional (*polity*). Isso se mostra muito evidente nas políticas setoriais como a saúde, bastando ver, como exemplo, a política de reavaliação de registro de agrotóxicos levada a cabo pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Nesse caso, é possível ver como as dimensões da *policies* e *politics* influenciam-se de maneira recíproca. Os atores, as condições de interesses e a tomada de consciência sobre o risco desses produtos na saúde humana reforçam os conflitos entre os interesses econômicos e os sanitários sobre o uso de agrotóxicos. Eventualmente, tais interesses econômicos exercem uma pressão bastante forte dentro do sistema político-administrativo, até com a intervenção do Poder Judiciário, de modo que essas novas condições da *politics* podem levar à revisão do plano da *policy* original.

Saravia (2006, p. 28-29), em uma perspectiva operacional e não descritiva, define a *policy* “como um sistema de decisões públicas” ou como um “fluxo de decisões públicas orientado a manter o equilíbrio social”. Villanueva (2006, p. 49) descreve a política pública como um comportamento propositivo, intencional, planejado e não simplesmente reativo e casual. “É uma ação com sentido” e lhe atribui significados. Para Rua (1998, p. 1), “a política pública envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estratégicas para implementar as decisões tomadas”. Isto quer dizer que as políticas públicas envolvem as demandas do ambiente (*inputs*), entendendo-se como demandas a expressão de um problema ou “estado de coisas” que um determinado ator social, por mobilização e ação política, faz com se torne prioritário na agenda governamental, exigindo uma decisão a partir da escolha de alternativas.

Certamente a política pública visa produzir efeitos, realizar objetivos e proporcionar bens e serviços à população, mas ela não se resume aos fins, nem à simples solução de problemas. A política pública tem uma função maior, que é a de realizar um objetivo de ordem pública e concretizar um direito fundamental.

As políticas públicas apresentam-se com desafios diferenciados para a sua formulação e implementação, especialmente quando se contextualizam as políticas públicas setoriais e inter-setoriais, diversas em sua natureza, abrangência e grau de complexidade.

As políticas públicas setoriais básicas requerem instituições e serviços próprios isolados, ou seja, as chamadas políticas setoriais. Essas são um corte transversal tematizado, restritas a setores. Têm sentido no seu campo de abrangência delimitado por uma temática. O fato é que no campo setorial inserem-se os problemas reais dos brasileiros e, no setor tematizado, encontram-se as possibilidades de dar melhor acesso à população a bens essenciais.

Saúde, saneamento, alimentação, habitação, segurança, transporte e energia têm mercados, instituições e políticas próprias. A lógica da setorialidade expressa-se tanto na forma organizacional das estruturas temáticas de governos como também na cultura do funcionamento setorial, na discussão dos respectivos programas, como também nos mecanismos de alocação dos recursos.

Na área da saúde, por exemplo, as transferências de recursos, em sua maioria, são destinados a fortalecer as ações setorializadas, o orçamento anual é baseado em programas e subprogramas. É no

foco setorial, e não apenas nas políticas gerais de desenvolvimento, que se devem concentrar os esforços para a crescente inclusão da população na renda e no consumo do país. Para Saravia (2006) toda política pública está integrada no conjunto de políticas governamentais e constitui uma contribuição setorial para a busca do bem-estar coletivo. “As políticas públicas são influenciadas, a partir de sua incorporação ao elenco de ações setoriais do governo” (p. 35).

No âmbito setorial da saúde, especialmente em vista do entendimento de que são múltiplos os fatores e diversos os determinantes que constituem o mais alto nível de indicadores de saúde de uma população<sup>1</sup>, é imprescindível a formulação de políticas públicas multissetoriais que contribuam para o atingimento do completo bem-estar físico, mental e social da população. Veja-se o médico que atua no atendimento de uma determinada coletividade. O seu trabalho perde efetividade se detecta que o indivíduo que está sob seus cuidados, mora em condições de insalubridade ambiental, possui baixa ou nenhuma escolarização, não tem acesso ao lazer ou a atividades culturais e encontra-se em situação de risco em face da violência e da falta de segurança. Mesmo considerando apenas as

---

1 Ao longo do século XIX, o paradigma da relação saúde-doença, desenvolvido especialmente na Universidade John Hopkins (BUSS; PELEGRINI, 2007), deu preponderância à construção da saúde pública com um viés na bacteriologia e no sistema médico-biológico. Com o passar do tempo, a Organização Mundial da Saúde passa a inserir no modelo algumas alterações. A própria construção do conceito de saúde inscrita na Constituição da OMS, em 1948, declara que a saúde é um completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doenças. Passa-se, então, a vislumbrar uma tensão entre a saúde pública e a medicina, ou seja, entre os enfoques biológico e social do processo saúde-doença, isto é, enquanto a Saúde Pública identifica-se com o campo das ações de saúde que tem em perspectiva a promoção e a proteção da saúde individual e coletiva, através das intervenções coletivas, a Medicina tem se pautado pela recuperação do indivíduo, o que permite que “um fenômeno, aparentemente o mesmo, produza conhecimentos diversos, auxiliares da formulação de políticas diferenciadas” (MERHY, 2006, p. 15). A Conferência de Alma-Ata, no final dos anos 1970, e as atividades inspiradas no lema “Saúde para todos no ano 2000” recolocam em destaque o tema dos determinantes sociais. Nos anos 1980, o debate sobre as Metas do Milênio, novamente, dá lugar a uma ênfase nos determinantes sociais que se afirmam com a criação da Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde da OMS, em 2005. No Brasil, a Comissão Nacional sobre os Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS) foi fundada em 13 de março de 2006. “A CNDSS está integrada por 16 personalidades expressivas de nossa vida social, cultural, científica e empresarial. Sua constituição diversificada é uma expressão do reconhecimento de que a saúde é um bem público, construído com a participação solidária de todos os setores da sociedade brasileira” (BUSS; PELEGRINI, 2007, p. 88). Para a Comissão, os DSS são os fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e seus fatores de risco na população.

condições para a efetividade da atuação desse médico, tem razão Aranha (1999) quando afirma:

A plena fruição do direito à saúde em suas diversas dimensões de devido diagnóstico, prognóstico e tratamento médico encontra-se relacionada com as disposições concretas de financiamento da educação universitária médica e de áreas afins, de financiamento das pesquisas universitárias relativas ao desenvolvimento de equipamentos e métodos laboratoriais, de construção de uma rede de energia elétrica confiável para preservação dos equipamentos auxiliares, de edificação de redes nacionais e internacionais de banda larga para telemedicina, do devido equacionamento e acompanhamento da liquidez de sistemas de saúde suplementar, enfim, de uma lista abrangente de atuação estatal e não-estatal concertada segundo uma batuta unificada na figura interventora, mesmo que indireta, do Estado (não do governo) como espaço público de construção de soluções.

No entanto, o estudo das políticas públicas é muito recente e bastante esporádico no Brasil, onde predominam abordagens contextualizadas e dissociadas dos macroprocessos, isto é, enfocam basicamente estudos de casos e seus resultados, fazendo com que alguns críticos contestem sua cientificidade por falta de teorização (FREY, 2000). O fato é que a política pública vem sendo objeto analítico de várias áreas do conhecimento, como a Ciência Política, a Economia, a Administração, mas também o Direito. Nesse sentido, o estudo da política pública é uma “comunidade epistêmica”, como se refere Schmidt (2007, p. 2017), ou seja, é um núcleo de observação e estudo comum a diferentes áreas e diferentes profissionais.

No Brasil, o trabalho pioneiro e sistemático sobre as expressões jurídicas da política pública é de autoria de Bucci (2006), que dá à política pública um formato que seja reconhecível pelo sistema jurídico. As políticas públicas a fim de se tornarem inteligíveis para o Direito devem estar consubstanciadas em um formato coincidente com o código comunicacional do sistema jurídico. Por isso, afirma a autora que as políticas públicas têm suporte legal, estão expressas em disposições constitucionais e em leis, decretos, portarias e em contratos firmados para a concessão de serviços públicos, entre outros instrumentos jurídicos.

Certamente, uma análise das políticas públicas que leve somente em consideração a perspectiva jurídica teria o condão de limitar e tornar insuficiente a compreensão da riqueza e diversidade das variáveis que compõem as *policies* como fenômeno estatal e suas relações com a



vida nacional e internacional. A incorporação dessa visão ampliada para uma comunidade arraigada nos fundamentos do direito e nas filosofias do Estado e do direito não é fácil. É preciso a abertura da Ciência do Direito à interdisciplinaridade.

Ademais, filia-se ao entendimento (BUCCI, 2006; COMPARATO, 1997) de que a política pública não é uma nova categoria do direito a exigir um regime jurídico próprio, nem tampouco uma norma, mas um fluxo de decisões públicas no âmbito de um programa de ação, cujo conteúdo incorpora normas e regramentos além de atos administrativos, a fim de tornar materiais os direitos fundamentais postos na Constituição.

Massa-Arzabe (2006), ao descrever a dimensão jurídica das políticas públicas, chama a atenção para o fato de que, na contemporaneidade, as *policies* se inscrevem no direito, porque elas são decididas por leis financeiras e leis-programas. Para ela, há uma ordenação prospectiva definidora de diretrizes e metas a serem alcançadas pelo Estado, e isso pode ser compreendido como o “direito das políticas públicas” (p. 52). Ressalta a autora ainda que uma ação governamental ou programa isolado não pode se constituir em uma política, visto que é necessária a articulação de vários programas e ações continuadas no tempo para a realização de um objetivo. Reconhece, no entanto, que ações governamentais e decisões administrativas isoladas, embora não sejam consideradas *policies* em si, podem ter caráter contributivo de relevância para uma política pública determinada.

Reforça esse entendimento a lição de Comparato (1989, p. 102), o qual afirma que o *government by law* cedeu lugar ao *government by policies*, ou seja, “governar não se restringe à administração da conjuntura, mas planejar o futuro por meio de políticas de médio e longo prazos”. A lei deixou de ter a função de criar direitos e impor obrigações e ser a expressão máxima da soberania popular. Passou a ter função instrumental dos governos e das políticas governamentais.

Derani (2006, p. 135), nesta linha de pensamento, compõe um conceito de políticas públicas com fortes tintas jurídicas. A autora as define como “um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizada, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes”. Como visto, a rigor, uma decisão política

é expressa no âmbito de uma arquitetura jurídica<sup>2</sup>, afinal, como bem assevera Dallari (2002), o interesse público, no moderno Estado de Direito, está definido nas leis, isto é, a vontade da sociedade está expressa em textos normativos. Sendo a política pública uma expressão de uma vontade social, ela reclama o arcabouço legal que lhe possibilite a transformação do fático ao normativo. Bucci (2006) e Aith (2006) concordam que toda política pública tem um suporte legal que pode ser expresso na Constituição, na lei *stricto sensu* ou em qualquer outro elemento da família normativa. E Derani (2006, p. 135) defende que “a base da política é o direito”.

Bucci (2006) faz uma interessante análise de algumas leis federais que instituem políticas públicas setoriais, revelando que não se tem uma ordem racional estabelecida para a disposição dessas políticas no texto normativo como os fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumento e sistema, mas conclui que há um marco definidor comum, a “impressão digital governamental” (BUCCI, 2006, p. 13) de uma política pública na norma legal: a definição de metas e resultados. Por fim, constrói um conceito de política pública, afirmando ser ela *in verbis*:

Programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

De um ponto de vista conceitual, as políticas públicas podem ser divididas em políticas públicas de Estado e políticas públicas de governos. Para Bucci (2006), o traço distintivo entre elas é meramente temporal: as políticas de Estado têm um horizonte calculado em décadas ao passo que as de governo ocorrem em curtos intervalos de tempo e compõem programas maiores. Aith (2006) adota a objetividade como critério para a distinção entre a política de Estado e a política de governos. Essas últimas cumprem objetivos pontuais, enquanto as primeiras têm objetivos mais amplos como a organização política do Estado, a garantia da soberania e da ordem pública.

É forçoso reconhecer, igualmente, que as políticas públicas ditas de Estado estão conformadas na Constituição e em leis federais, posto que tais normas de direito têm como característica sua perenidade,

<sup>2</sup> “Todo o jurídico aspira ao político e todo político pressupõe e reclama de alguma forma o jurídico. Ambos confluem num mesmo e único objecto [sic] de observação: o Estado é um sujeito simultaneamente político e normativo” (QUEIROZ, 1990).

sendo bastante complexa sua revogação ou alteração. Tal característica do instrumento normativo garante uma vida longa à política pública.

O maior exemplo deste tipo de política é o Sistema Único de Saúde, a mais importante política pública para a garantia do direito fundamental social à saúde. Estando descrita em sede constitucional e complementada por leis federais, tem sua perenidade garantida apesar dos governos e do transcurso do tempo.

Ao revés, as políticas públicas de governos, que devem ser entendidas como aquelas que veem complementar as primeiras, estão geralmente conformadas em normas jurídicas de hierarquia inferior, como as portarias, instruções e outras normas infralegais, o que lhes confere uma maior facilidade de revogação e alteração, adaptando-se a política pública governamental às expectativas dos sucessivos governos e à conjuntura temporal econômica e social.

Como visto, existem diferentes visões doutrinárias na conceituação de políticas públicas. Todas as formulações conceituais, no entanto, apontam o seu foco para um único núcleo: os governos.

Claro está que o conceito de política pública exige ser esta empreendida pelo Estado, até porque não faria sentido uma política pública elaborada pelas organizações privadas ou pelo mercado, desprovidos de legitimidade social e organização jurídico-legal. Sua dimensão é essencialmente pública e seu caráter, imperativo. Todas as decisões tomadas em função de uma política pública são revestidas de autoridade soberana do poder público, embora estudos demonstrem, na experiência brasileira, que grupos de interesse e mesmo organizações não governamentais podem ser entidades realizadoras de políticas públicas, mas há de se concordar de que é atributo exclusivo do Estado a definição das *policies*. O fato é que este campo do conhecimento das chamadas políticas públicas coloca o governo em ação, analisa essa ação e propõe mudanças no rumo dessas ações, quando necessário. É um campo holístico, um espaço multidisciplinar, tanto no seu estudo acadêmico como também na sua práxis.

Importa salientar que as políticas públicas devem submeter-se à concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição, notadamente os direitos sociais que delas necessitam para a plena fruição. Além disso, as políticas públicas devem ser, permanentemente, acompanhadas pela sociedade quando não submetidas ao controle social, nos fóruns constituídos para esse fim, a exemplo do que ocorre com a política pública de saúde, entre

outras, mas, devem, essencialmente, estar definidas com clareza na norma legal, pois, de outra forma, impede sua apreciação pelo Poder Judiciário, que devem observá-las rigorosamente, a fim de não construir uma judicialização desestruturante.

É evidente que a partir de 1988, a política pública para a saúde no Brasil está essencialmente inscrita na Constituição Federal, mas também em inúmeros outros dispositivos normativos. Essa situação não é suficiente, pois ainda existem lacunas que necessitam ser preenchidas e que estão aguardando a ação legislativa para sua concretização. Como política pública para a saúde, a mudança fundamental empreendida pela Constituição de 1988 foi a de alterar o padrão anterior para garantir um sistema único de saúde com acesso universal, igualitário e gratuito às ações e serviços de saúde. Nenhum outro direito social recebeu chancela constitucional semelhante ao da saúde: a relevância pública atribuída às ações e aos serviços de saúde. Esta relevância pública garantiu à saúde um lugar de destaque na Carta Política brasileira.

Embora seja evidente que o SUS precisa de algumas alterações na sua proposta original, ao longo dos quase 24 anos de sua existência<sup>3</sup>, o fato é que é inerente a qualquer política pública sua permanente reformulação, em função de necessários aperfeiçoamentos, da alternância de poder e do permanente conflito entre os grupos, que em razão de janelas de oportunidades, inserem alterações na política pública de acordo com seus interesses, inclusive com a participação do Poder Judiciário. É forçoso que se diga, no entanto, que a saúde nunca foi o foco central das políticas de Estado brasileiras. Ao revés, sempre foi deixada na periferia da agenda política institucional, sendo foco das atenções apenas quando das recorrentes epidemias com repercussão econômica ou social.

A conquista do direito à saúde e a permanente busca de melhor atenção à saúde têm sido uma bandeira de luta permanente de trabalhadores e cidadãos que, ora reunidos em grupos de pressão, se organizam para buscar efetivação do direito à saúde, ora, em um movimento espontâneo, buscam o Poder Judiciário para obrigar o Poder Público a cumprir as promessas constitucionais e o dever de prestar ações e serviços de saúde para a população.

No entanto, na trajetória da política de saúde, a implantação do SUS notabiliza-se por ser um processo cheio de contradições, em que,

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto vide Minayo (2001); Romero (2008); Santos (2008).

no mesmo momento em que o sistema se institucionaliza e se transforma em realidade, o faz em condições precárias e de forma incompleta, desvirtuando-se da sua concepção original. Duas lógicas operam na implementação da política pública de saúde: uma pública baseada no Sistema Único de Saúde e outra baseada nos planos e nos seguros privados de saúde. A política então se constrói em uma forma híbrida.

Menicucci (2007) considera que o ambiente político nacional não favoreceu a implantação do SUS, especialmente porque os governos pós-1988 estavam perfeitamente alinhados com um compromisso de redefinir o papel do Estado traduzido nos novos modelos para as políticas sociais, no contingenciamento nos gastos públicos, em vista da crise fiscal, e no fortalecimento de posições voltadas para o mercado. Estavam, igualmente, comprometidos com uma política internacional de estabilização econômica, reformas estruturais e freios nos gastos públicos, tudo na contramão da ampliação dos deveres governamentais de materialização dos direitos sociais ditados pela Carta Política.

Além disso, a baixa adesão dos trabalhadores organizados, que preferiram buscar a assistência médica nos planos privados de saúde, acabou por incrementar a demanda por uma assistência médica diferenciada da pública entre diversas categorias de trabalhadores, constituindo-se uma *cultura de planos de saúde*, em detrimento do modelo público e universal. Tal panorama viu-se replicado nos municípios em que “funcionários locais das prefeituras e até membros dos conselhos de saúde estavam cobertos por planos de saúde” (MENICUCCI, 2007, p. 310).

As conjunturas políticas e econômicas vêm marcando negativamente a implantação efetiva dessa política pública para a saúde norteada pela Constituição de 1988 – o SUS –, que, nos últimos anos, vem sendo pressionado pela judicialização. Mas compreendemos que judicializar excessivamente e em desfavor das políticas públicas de saúde e, em especial, de maneira individual, desestrutura o setor da saúde.

O que é esperado do Ministério Público é que conheça as políticas públicas de saúde e verifique a sua prestação pelos governos, atuando, firmemente, quando verificar sua omissão, pois seu *mister* com a saúde recebeu um sopro inspirador em 1988 pelo legislador constituinte, quando determinou que o Ministério Público tem como atribuição zelar pelos serviços de relevância pública e outorgou apenas à saúde esse imperativo de solidariedade social e essencialidade.

Podemos entender, no entanto, a despeito dessas considerações já lançadas, que o delineamento e a execução das políticas públicas de saúde estabelecem o fundamento de um direito subjetivo inscrito na Constituição Federal.

É importante lembrar que prepondera entre nós a ideia de que os direitos fundamentais, na órbita subjetiva, consistem na tutela da liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos, não só perante o Estado, mas também em face de outros cidadãos (LUÑO, 2005).

Os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos, sendo o primeiro constituído pelos “direitos de defesa”, e o segundo pelos “direitos a prestações”. Fazem parte dos direitos de defesa, sob essa ótica, os clássicos direitos de liberdade e igualdade, bem como as garantias individuais, as liberdades sociais e os direitos políticos (SARLET, 2001, p. 238). Os direitos a prestações são classificados em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestação em sentido estrito. Aqueles são formados pelos “direitos à proteção e à participação na organização e procedimento”; estes, pelos “direitos sociais de natureza prestacional” (op.cit. p. 238).

Nesse passo, convém ressaltar que, ao lado dos direitos a prestações, que têm natureza positiva e demandam um comportamento ativo dos respectivos destinatários, surgem também os direitos de defesa, sabidamente negativos (SARLET, 2001).

O direito à saúde se encontra respaldado na pretensão de obter do Estado uma prestação ou um comportamento comissivo. Nesse caso, é importante ressaltar a peculiar eficácia dos preceitos constitucionais que os disciplinam, pois esses invariavelmente são positivados “sob a forma de normas programáticas, normas-objeto, imposições legiferantes mais ou menos concretas, enfim, de tal forma a exigir – ao menos em princípio – uma interposição do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade” (op.cit, 2001).

Outra peculiaridade merece registro, sendo importante destacar que a Constituição Federal, ao situar os direitos sociais em seu art. 5º, § 1º, acabou por denotar o claro intento de realização, em nosso país, de uma diretriz própria ao “Estado de Bem-Estar Social”.

Como sabemos, o Estado de Bem-Estar Social tende a promover ao mesmo tempo a realização das expectativas sedimentadas nas estruturas sociopolíticas do Estado Social, bem como os princípios políticos liberais que se afirmaram no Ocidente a partir do término da Segunda Grande Guerra.

Muito embora o Estado de Bem-Estar Social não tenha sido adotado no Brasil com o mesmo entusiasmo visto em algumas sociedades ocidentais industrializadas, é inegável que seu modelo influenciou a criação de estruturas no sentido de atender a algumas demandas de parcelas da população socialmente menos prestigiadas.

Digna de nota, entre nós, é a criação de uma estrutura voltada à prestação de serviços públicos de saúde e previdência social, merecendo destaque, no particular, a instituição do Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária (CONASP)<sup>4</sup>, a proposição das Ações Integradas de Saúde (AIS)<sup>5</sup> e, finalmente, a promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>6</sup>, com o estabelecimento dos Conselhos de Saúde<sup>7</sup>. Todas essas iniciativas revelaram a franca adoção, no Brasil, dos critérios de universalização dos direitos sociais, no que se reporta especificamente ao direito à saúde<sup>8</sup>.

Ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, a Constituição Federal confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, prescrevendo assim a garantia à população do “acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 55).

É certo também que a execução, a fiscalização e o controle desses serviços são atribuições do poder público e que as atividades inerentes a sua consecução devem ser procedidas por determinadas instituições jurídicas do Estado, a quem incumbe a promoção, proteção e recuperação da saúde (op.cit., 2006). Essas finalidades, no entanto, devem ser levadas adiante, de acordo com o art. 198 da Constituição Federal, mediante a adoção da descentralização, “com direção única em cada esfera de governo”, do atendimento integral, “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais”, da participação da comunidade e, finalmente,

4 Decreto n. 86.329, de 02 de setembro de 1981.

5 Resoluções n. 06/1984 e 07/1984, MS/MPAS/MEC/CIPLAN; Ações Integradas de Saúde. Anexo: normas gerais aplicáveis às AIS. Brasília, 3 de maio de 1984.

6 Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (SUS), NOB/SUS 1996, aprovada pela Portaria GM/MS n. 2.203, de 5 de novembro de 1996 e NOAS/SUS n. 1/2002, aprovada pela Portaria GM n. 373, de 27 de fevereiro de 2002.

7 Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (CONASS e CONASEMS).

8 O tema da universalização dos serviços de saúde mereceu expressa previsão nos artigos 196 a 198 da Constituição Federal, contando ainda com os seguintes textos normativos: Lei n. 9.782/1999 (ANVISA), Lei n. 9.961/2000 (ANS), Lei n. 6.259/1975, Lei n. 6.437/1977, Lei n. 5.991/1973, entre outros.

do financiamento permanente, “com vinculação de recursos orçamentários” (CIARLINI, 2009, p.17).

O atendimento integral propugnado no texto constitucional como diretriz do sistema abarca, prioritariamente, a adoção de atividades preventivas de proteção da saúde<sup>9</sup>, sem, no entanto, descurar-se da necessária intervenção curativa, sempre que essa se mostre necessária (CIARLINI, 2009). Desse modo, objetivando a realização dos escopos de “redução do risco de doenças e outros agravos” e do “acesso universal igualitário às ações e serviços”, essas atividades objetivam a promoção, proteção e recuperação da saúde (SCHWARTZ, 2004, p. 101).

O atendimento integral propugnado nos respectivos textos normativos refere-se a “todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes”, que, por certo, devem ser “disponibilizados para a proteção da saúde da população”, independentemente do nível de complexidade envolvido, pois abarca os procedimentos ambulatoriais mais singelos, até “os transplantes mais complexos” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 75).

A outra diretriz que merece registro é a participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e dos serviços públicos de saúde<sup>10</sup>, o que se dará por intermédio das conferências e dos conselhos de saúde<sup>11</sup>, sem prejuízo da criação de outros mecanismos de participação da sociedade civil na gestão do sistema.

A participação social, nesse contexto, é de primordial importância, pois fundamenta a ideia de pluralismo, em um ambiente democrático participativo (SCHWARTZ, 2004). Tal modalidade de gestão adota, para tanto, um procedimento instituidor de “debates, pressões e propostas, numa convivência democrática de atores da sociedade com atores governamentais” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 209).

Ao lado dos critérios de universalização dos direitos fundamentais sociais, emerge ainda o tema dos custos dos direitos e sua relação com o processo de exclusão social gerado pela falta das efetivas condições econômicas e fiscais aptas a concretizá-los.

Em verdade, segundo a tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999), o tratamento da questão dos direitos constitucionais não pode prescindir de uma reflexão que tenha em conta a peculiaridade de que

9 Art. 7º, incisos I e II, da Lei n. 8.080/1990.

10 Art. 7º da Lei n. 8.080/90 e Lei n. 8.142/1990.

11 Lei n. 8.142/1990.



os direitos têm custos. A proposta desses autores é justamente indagar quanto custa um direito, certamente com o propósito de demonstrar que a realização e observância de direitos constitucionais dependem da alocação estratégica dos recursos públicos aptos para tanto.

Assim, fica denotado aspecto decisivo da crua realidade de uma sociedade liberal, qual seja, a constatação de que a realização de direitos subjetivos constitucionais caminhará para a efetividade na mesma medida em que for devidamente implementada a organização política dessa sociedade (op.cit).

Diante dessa diretriz, ao ostentar posição diametralmente oposta à que orienta a clássica distinção entre direitos positivos e negativos, a tese de Holmes e Sunstein sustenta-se na consideração de que todos os direitos são positivos, pois, para a realização desses, é imprescindível, além da alocação de recursos, a efetiva concretização de ações estatais aptas à observância de sua eficácia. Por esse enfoque, há uma correlação entre a possibilidade de atendimento aos direitos fundamentais, no sentido de afirmar sua efetividade, e a própria capacidade do Estado, diante de sua disponibilidade financeira de alocar, insista-se, os recursos financeiros aptos ao seu adequado atendimento.

Tal proposição leva-nos também a considerar a existência de uma tensão entre a ocorrência de um *deficit* na efetividade dos direitos fundamentais (HOLMES; SUNSTEIN, 2006), tendo em conta a *lei da escassez* e as expectativas nutridas pelos sujeitos de direito, na seara constitucional, pela observância de suas conquistas históricas.

Não devemos ainda nos esquecer de que os princípios e as regras jurídicas que tratam do direito à saúde podem colidir com outros preceitos normativos que tratam de prerrogativas ou interesses do poder público (op.cit). Sendo assim, a concretização dos direitos sociais, por ser dependente das condições financeiras do Estado, não pode ser executada de forma irrestrita, sendo certo ainda que os direitos sociais, embora prescritos na Constituição, não podem ser atendidos todos ao mesmo tempo.

Nessa medida, considera-se que os direitos têm custos e que esses custos constituem uma limitação ao seu efetivo exercício, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado.

Esse posicionamento não deve ser visto, no entanto, como adesão ao princípio da reserva do financeiramente possível. Convém insistir que a Constituição Federal previu em seu art. 6º o “direito à

saúde” como direito social, sendo que o disposto no art. art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, permite considerá-los direitos fundamentais de “segunda dimensão” (SARLET, 2001, p. 189), que por isso mesmo teriam aplicabilidade imediata.

O intento desses preceitos normativos que tratam de direitos fundamentais é o de dar certa efetividade e eficácia vinculante a determinados princípios e regras constitucionais.

Do ponto de vista da execução de políticas públicas para o fim de tornar efetivos tais direitos subjetivos constitucionais, foram previstas as regras dos artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal, com a criação das diretrizes da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade em uma rede regionalizada e hierarquizada.

As diretrizes normativas constitucionais afirmam prerrogativas dos sujeitos de direito, e, nessa medida, convém indagar se os dados fáticos concernentes ao mundo da vida, que limitam a efetiva observância dos direitos subjetivos constitucionais, poderiam ser vistos como referências deontológicas obstativas a essas prerrogativas dos cidadãos.

Do ponto de vista formal, a resposta deve ser negativa, pois considerar tais limitações, que concernem ao plano fático, portanto, ao mundo do *ser*, como autênticas restrições à eficácia normativa, sabidamente pertencentes ao mundo do *dever ser*, consistiria em um duro golpe contra a pretensão de normatividade da Constituição, que, ao estabelecer esses direitos fundamentais sociais, produz “vinculatividade normativo-constitucional” (CANOTILHO, 1998, p. 435), não podendo ser suas respectivas normas consideradas meros “programas” ou “linhas de direção política” (op.cit., p. 436).

Para Canotilho (1998), tais preceitos consistem em normas de legislar e normas garantidoras de direitos sociais, funcionando como verdadeiras imposições ao legislador, a justificar, inclusive, no caso de seu descumprimento, a declaração de inconstitucionalidade por omissão ou mesmo a sujeição das normas infraconstitucionais que eventualmente restrinjam a observância desses comandos ao controle de constitucionalidade. Da mesma forma, o Mestre de Coimbra deixa claro que o delineamento de uma “garantia do mínimo social” (op.cit) deduz-se de um dever do Estado em garantir a dignidade da pessoa humana, mas não se afirma, em verdade, como uma autêntica concretização de direitos sociais.

No Brasil, no entanto, a ênfase presente na maioria das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm, sim, aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse particular, merecem destaque as seguintes situações diferenciadas, representativas das principais linhas argumentativas sustentadas nos respectivos votos que tratam do tema. A primeira delas denota a regra geral que hoje tem sido adotada pelos tribunais brasileiros, no sentido de que o direito à saúde, à vista de seu caráter fundamental e indisponível, consoante o preceito constante nos artigos 5º, *caput*, e 196, ambos da Constituição Federal, deve ter primazia sobre outros interesses do Estado, inclusive no que se reporta às suas diretrizes financeiras e fiscais<sup>12</sup>.

---

12 As diversas ementas ilustrativas desse entendimento estão assim configuradas: Ementa. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. 1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica). 2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, § 3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido merital. Não há razão lógica ou jurídica para negar a esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância. 3. “Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do § 3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal” (REsp n. 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam

As pretensões que sustentam as ações representativas dessa primeira análise referem-se à obrigação do Estado em custear o tratamento de pessoa acometida por doença grave. Os casos considerados dizem respeito a doenças como a AIDS, tuberculose, hepatites B e C, diversas manifestações de tumores cancerosos etc.

No caso em exame, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul impetrou Mandado de Segurança contra decisão administrativa que negou aos beneficiários da medida, portadores do vírus HIV, os medicamentos indispensáveis ao tratamento da doença. A sentença de primeiro grau utilizou basicamente o fundamento do direito à vida e seu corolário direito à saúde, preconizados no artigo 5º e 196 da Constituição Federal, reprisando a fórmula já referida no texto constitucional, segundo a qual a saúde é dever do Estado, devendo, por isso, ser garantida mediante a instituição de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Diante desse pressuposto, concluiu a sentença que tal dever consiste em garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. A própria norma infraconstitucional, reguladora da espécie, no caso, a Lei n. 9.313/1996, prevê, em seu artigo 3º, a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas portadoras do vírus HIV por meio do Sistema Único de Saúde.

Como reforço à linha de argumentação utilizada na referida decisão, a alegada falta de previsão orçamentária do Estado foi tratada como “interesse financeiro secundário”, a representar “valor

---

acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. 8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre. 9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF. 10. Recurso provido - RMS 23184/RS, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2006/0259093-6, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO (Primeira Turma), Julgado em 27/02/2007, publ. DJ 19.03.2007, p. 285. (Ressalvam-se os grifos)

constitucional de somenos densidade em comparação com o direito à saúde”, e que, longe de consubstanciar uma indevida ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo<sup>13</sup>, a atividade judicial necessária à preservação desses direitos tem em conta, em verdade, “o único meio de salvar uma vida, bem fundamental para onde deve ser direcionada a ação do poder público”.

A decisão em sede de Recurso Especial utilizou-se desses mesmos argumentos no sentido de afirmar a primazia do direito à vida e à saúde previstos na Constituição Federal, respaldando-se em outros precedentes em sentido idêntico, inclusive do Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>.

O segundo caso envolve certa sofisticação quanto aos limites da atividade jurisdicional no sentido de dar efetividade aos comandos constitucionais garantidores do direito à vida e à saúde<sup>15</sup>. O caso

13 As decisões examinadas, que negam a ingerência do Judiciário no Executivo, não contêm fundamentação a esse respeito. Limitam-se apenas a afirmar, como argumento da não ingerência, que tal atitude judicial tem por escopo o atendimento a valores mais nobres contidos no texto constitucional.

14 Do STJ, exemplificativamente: AgReg. no AG n. 246642/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, Publ. DJ de 16.11.99; AgReg. no AG nº 253938/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Publ. DJ de 28.02.00; RESP n. 325337/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, Publ. DJ de 03.09.2001. Do STF, exemplificativamente: AgReg no RE n. 255627/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, Publ. DJ de 23.02.01; RE n. 195192/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Publ. no DJ de 31.03.00.

15 A ementa do acórdão paradigma, no presente caso, tem o seguinte texto: Ementa - FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, DO CPC - PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, *per sí*, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. Por seu turno, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. 5. Precedentes da Primeira Seção: REsp 787.101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006; REsp 827.133, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 29.5.2005; REsp 796509, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.3.2006. Recurso especial improvido. REsp 857502/RS, Recurso Especial 2006/0138024-6, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 17/10/2006, publ. DJ 30.10.2006,

vertente diz respeito à possibilidade de haver bloqueio de valores em contas públicas, no sentido de assegurar o atendimento aos interesses jurídicos em jogo. O RESP em questão foi interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento a agravo interposto em face de uma decisão judicial interlocutória que havia determinado o bloqueio de valores existentes em conta bancária da Fazenda Pública Estadual, no sentido de dar efetividade à ordem judicial, para que fossem fornecidos os medicamentos necessários ao tratamento de paciente acometido por doença respiratória.

A decisão de primeira instância havia imposto ao Estado do Rio Grande do Sul, em sede de antecipação de tutela jurisdicional, o custeio do referido tratamento. Diante do não atendimento do Estado à ordem judicial, a decisão interlocutória, objeto do agravo conhecido e desprovido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, determinou, com respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio dos valores suficientes para financiar os meios terapêuticos necessários, pelo prazo de um mês. Depreende-se do inteiro teor do acórdão que o Recurso Especial interposto foi fundamentado na assertiva segundo a qual o sequestro de valores depositados em contas da fazenda estadual gaúcha fere o princípio da legalidade.

Nessa linha argumentativa, o recurso encontra-se ainda embasado na inaplicabilidade das tutelas antecipadas e inibitórias previstas, respectivamente, nos artigos 273 e 461, ambos do CPC. Tal restrição justifica-se pelo caráter aberto e, portanto, passível de discricionariedade judicial, da previsão contida no comando do § 5º do mencionado art. 461.

A fundamentação do acórdão que julgou o RESP, no entanto, levou em conta a primazia dos direitos fundamentais em face de outros interesses do Estado, firmando o entendimento também adotado no julgamento do RESP 832.935<sup>16</sup> e RESP 796.509<sup>17</sup>, no seguinte sentido:

Em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente

---

p. 284 REsp 857502/RS, Recurso Especial 2006/0138024-6, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgamento em 17/10/2006, publ. DJ 30.10.2006, p. 284. (Ressalvam-se os grifos)

16 STJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publ. DJ 30.06.2006.

17 STJ. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, publ. DJ 24.03.2006.

estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.

O terceiro caso digno de destaque diz respeito à tensão existente entre o proclamado direito à saúde e à vida e a disponibilidade de recursos públicos aptos ao atendimento dessas demandas<sup>18</sup>.

---

18 A decisão, ora adotada como paradigma representativo do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o caso, é a seguinte: RE 393175/RS - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO - Ementa - PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196). PRECEDENTES (STF). RECONHECIDO E PROVIDO. **DECISÃO:** O presente recurso extraordinário busca reformar decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 94): “CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.” (*grifo*) Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) – a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à **preservação** da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas

---

pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positividade dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, **às pessoas**, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 462.563/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. CARLOS



VELLOSO – AI 532.687/MG, Rel. Min. EROS GRAU – AI 537.237/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RE 297.276/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 342.413/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 353.336/RS, Rel. Min. CARLOS BRITTO – AI 570.455/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): ‘PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 131/132), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - A), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, restabelecendo, desse modo, por inteiro, a r. sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância (fls. 64/69). Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO – Relator (Informativo STF, n. 414, de fevereiro de 2006).

A ementa referida, da lavra do Ministro Celso de Mello, segue a mesma orientação já descrita precedentemente, no sentido de afirmar a primazia do direito social à saúde, à vista de sua fundamentalidade, em relação aos demais princípios constitucionais incidentes. Segundo o texto do acórdão, devem ser afastados esses últimos, notadamente no que se reporta ao que foi considerado chamar “outros interesses do Estado”, designados como “secundários”; ou seja, a inteligência dos dispositivos constitucionais, pela Suprema Corte Brasileira, de acordo com a adoção de referências valorativas ético-políticas, leva à afirmação de que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

A abordagem suscitada em tal decisão traz ainda a afirmação de que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República”, e que, por determinar a garantia aos cidadãos ao “acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar”, o caráter programático dessas normas “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente”, pois, ao contrário, o Poder Público, fraudaria “justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Finalmente, a decisão registra, sob o ponto de vista do Estado de Bem-Estar, a obrigação da entidade de direito público respectiva de dar efetividade às “prerrogativas básicas” dos cidadãos, para que permita o seu efetivo acesso aos serviços de saúde. Não basta, portanto, que o ente estatal se limite a proclamar “o reconhecimento formal de um direito”, devendo também providenciar que tal direito seja “integralmente respeitado e plenamente garantido”. Disto se infere que, nessa seara, o cidadão exercerá seu poder em face do respectivo ente estatal a fim de exigir a “implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional”.

Em posição diametralmente oposta à orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi proferida a decisão no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/2007<sup>19</sup>.

19 A decisão monocrática, subscrita pela Ministra Ellen Gracie, foi assim fundamentada: [...]. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “[...] a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, [...]” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “[...] execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, [...]” (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde. STF – Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Origem: AL – Relatora: Min. Ellen Gracie – DJU nº 43 de 05.03.2007.

No caso em evidência, a Procuradoria-Geral do Estado de Alagoas sustentou a ocorrência de grave lesão à economia pública, pois a liminar concedida em sede de ação civil pública generalizou a obrigação do referido Estado em fornecer “todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de medicamentos, cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço”.

O fundamento do pedido de suspensão de tutela consiste na afirmação de que, consoante o teor da Lei n. 8.080/90 e da Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, é atribuição da respectiva unidade da federação o fornecimento dos medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de Alto Custo. Nesse sentido, o Estado de Alagoas afirmou a existência de grave lesão à ordem pública, uma vez que o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na mencionada portaria e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação orçamentária do estado e o cumprimento do programa de fornecimento de medicamentos excepcionais.

Em sua decisão, a relatora do pedido de suspensão reconheceu estar configurada a lesão à ordem pública, uma vez que a execução da decisão impugnada afetaria “o já abalado sistema público de saúde”. Reconheceu, assim, que a gestão da política nacional de saúde é feita de forma regionalizada, buscando “maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”.

A referida decisão, portanto, levou em conta uma peculiar interpretação do artigo 196 da Constituição Federal no sentido de que, ao assegurar o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas com alcance à população como um todo, “assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. O estado de Alagoas, por sua responsabilidade em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde dos cidadãos, não poderia inviabilizar o sistema público de saúde, para dar atendimento a pretensões individualizadas, o que aconteceria no caso de atendimento à antecipação de tutela em referência.

É importante ressaltar, no caso, o argumento adotado na decisão do STF de que a atendimento a uma pretensão individual por saúde

importaria na impossibilidade “de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”<sup>20</sup>.

A decisão em destaque deferiu parcialmente o pedido, diante da constatação de que o poder público não se recusou a fornecer tratamento aos seus pacientes daquela unidade da federação, e que, em verdade, deve ser “limitada a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n. 1.318, do Ministério da Saúde”.

Com isso, esse posicionamento adotado pelo STF tem em mira a possibilidade de imposição de limites à obrigação do Estado em fornecer medicamentos diante de uma demanda individual por saúde, uma vez que isto poderia inviabilizar as ações estatais, orientadas por políticas públicas, aptas a dar atendimento à população por intermédio do sistema público de saúde.

Insta ainda ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal adotado no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 do Ceará<sup>21</sup>, em que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte Constitucional. Esse julgamento serviu como subsídio para diversos outros julgados do STF<sup>22</sup>. É inegável que esse entendimento firmado, após a Audiência Pública convocada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>, trouxe à luz vários elementos que ressaltam a complexidade da matéria, possibilitando, sobretudo, a reflexão acerca da análise das peculiaridades do caso concreto a exame do Poder Judiciário.

Santos (2010) sintetiza o entendimento do STF após a realização da audiência pública de saúde ao analisar as ações de antecipação de tutela: das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47, que diziam respeito ao fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos a pacientes de doenças graves que recorreram ao Poder Judiciário.

---

20 STF. Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/2007.

21 Brasil. STF. STA-AgR 175/CE, julgado em 17.03.2010, Publ. DJe-076, div. 29.04.2010.

22 Dentre os quais se destacam: SS 3941, julgada em 23.03.2010; SS 3852, julgada 07.04.2010; SS 4045 e SS 3962, julgadas em 07.04.2010; STA 283, julgada em 20.04.2010, todos de competência da Presidência do STF, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes.

23 Realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

A autora aponta que o entendimento do STF, firmado em relatório do Ministro Gilmar Mendes, nessas ações, seguem as seguintes diretrizes para o exame do caso concreto colocado em juízo: a) a exigência de suficiente produção de provas – que no caso em análise foi considerada adequada; b) produção de provas fundada cientificamente; c) adequação da prestação de saúde ao que se pretende na ação judicial; d) a aferição acerca do registro do medicamento e as possibilidades de aquisição pelo Estado; e) a existência de evidências científicas e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT) adotados pelo SUS para o caso descrito nos autos; f) aferição se existente política pública que contemple o pretendido na ação judicial; g) aferição se existente política de dispensação de medicamento sustentada pela medicina baseada em evidências; h) admissão da corrente medicina baseada em evidências de modo a permitir questionamento de ordem científica acerca da adequação da prestação de saúde pretendida; i) argumentação de que a reserva do possível (escassez de recursos) por si só não elimina a obrigação do Estado (União, Estados, DF e Municípios) quanto ao fornecimento de prestações de saúde; j) necessária apreciação dos argumentos de lesão à ordem, economia e separação de poderes; e k) solidariedade entre os entes da federação quanto à política pública de saúde.

A realização da audiência pública de saúde, portanto, revelou-se um canal apropriado para que o Poder Judiciário pudesse abrir o debate sobre o direito à saúde e sobre o SUS, pois, após a realização dessa audiência, os limites do direito à saúde começaram a ganhar contornos mais definidos em seu exercício judicial.

De acordo com os apontamentos de Santos (2010), percebe-se que o Poder Judiciário vem firmando uma posição em relação à garantia do direito à saúde para além do debate em torno das teorias do mínimo existencial e da reserva do financeiramente possível, primando pela análise de cada caso concreto colocado em juízo e sua relação com a política pública estabelecida em matéria de saúde. Isso faz com que a complexidade do julgamento dessas demandas aumente, pois o Poder Judiciário não poderá encontrar uma resposta pronta, ou padronizada, para todos os casos semelhantes que envolvem o direito à saúde.

Para usar as palavras do filósofo norte-americano Ronald Dworkin (2002), o STF parece optar por “levar os direitos a sério” e, neste caso, “levar a sério” o direito à saúde. Isto por firmar o entendimento de que a resposta judicial deve vir após o exame detalhado de cada caso concreto apresentado em juízo, de acordo com suas peculiaridades

jurídicas, técnicas e políticas. Nesta direção, deve o julgador considerar as especificidades de cada caso submetido à sua apreciação, e assim buscar para esse caso uma única resposta correta no ordenamento jurídico em sua integridade.

Como salientado por Marques (2011), não se trata de sacrificar direitos, ou escolher entre valores concorrentes (que não se confundem com interesses), mas sim compreender os princípios jurídicos – como o da integralidade de assistência à saúde – como normas deontológicas que estabelecem direitos e deveres e que preexistem no momento da decisão. Normas essas que irão levar o aplicador, diante do reconhecimento das características e necessidades do caso concreto, a uma única resposta correta, a uma interpretação e aplicação corretas da lei e das normas constitucionais. Uma leitura harmônica dos princípios e das regras e textos normativos, que será única para cada caso concreto posto em juízo.

Destaca-se que os entendimentos recentes do STF apontam para a necessidade desse Poder relacionar-se de forma mais próxima com a sociedade e com os outros Poderes do Estado, visto ser necessário que os juízes conheçam a realidade político-administrativa que envolve o SUS e suas implicações para a vida dos cidadãos.

Para que criemos um novo paradigma para aplicação e garantia do direito à saúde, é preciso crescer na intersecção entre os saberes e das práticas profissionais de operadores do direito, médicos e gestores públicos de saúde, inclusive na participação da sociedade civil em todo esse processo. É preciso que o direito se dirija para além do processo judicial. E se insira, com sua especificidade técnico-jurídica, nas questões que envolvem a área sanitária, em seus âmbitos técnicos e políticos.

Unger (2004) salienta que “devemos prosseguir pacientemente com a tarefa de garantir o gozo efetivo de direitos” (p. 43). E o direito à saúde, como já apontado, só será efetivamente garantido de forma sistêmica, conjugando o coletivo ao individual, o direito à política, a medicina à gestão pública. Ost (2005) também reforça que é preciso “reivindicar o direito à lentidão de onde unicamente poderia emergir uma forma inédita de práxis social” (p. 34). É preciso que seja construída uma práxis social para enfrentar o embate entre as decisões judiciais do caso concreto e as políticas públicas de saúde, sem prejudicar os cidadãos e, tampouco, retroceder às conquistas sociais

de universalidade e integralidade do direito à saúde<sup>24</sup>. Assim, é preciso que se amplie o debate já iniciado no Brasil sobre esta temática em fóruns acadêmicos e políticos que abriguem todos os atores envolvidos e interessados na proteção efetiva do direito complexo à saúde.

Dessa forma, mostra-se extremamente pertinente a criação do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, ligado ao Conselho Nacional de Justiça<sup>25</sup>. Esse Fórum tem por objetivo elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos na área da saúde, como os relacionados a fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, internações e monitoramento de ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

O artigo 2º estabelece como competências deste Fórum Nacional: I - 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; II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. Também o artigo 4º desta Resolução deixa clara a composição multidisciplinar deste Fórum, que deverá contar com membros e especialistas do Ministério da Saúde, e demais órgãos envolvidos com a temática.

O Poder Judiciário brasileiro, com a criação do Fórum de Monitoramento da Saúde mencionado, mostra-se disponível para levar esse debate adiante, de forma mais aberta e democrática, em prol da garantia do direito à assistência à saúde de forma mais condizente com o contexto técnico e político que o envolve. Reconhece-se, assim, pela mais alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a importância do exercício do direito à saúde ser penetrado por outros saberes e outras informações de ordem político-sanitária. O CNJ mostra-se, ainda, preocupado com a formação dos magistrados, para que atuem de forma mais condizente com a complexidade que envolve o direito à saúde.

---

24 Sobre a garantia do Direito à Saúde e o princípio do não retrocesso social cf. Cunha (2010) em *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o Direito à Saúde no Brasil*.

25 Fórum criado pela Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010, do CNJ.



Neste sentido, expediu a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, em que recomenda à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que: a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, para propiciar maior entrosamento sobre a matéria (artigo II da Referida Resolução).

Portanto, de acordo com os posicionamentos e iniciativas recentes da cúpula do Poder Judiciário em nosso país, podemos inferir que o direito à saúde deve ser discutido com parcimônia dentro de cada processo judicial, de forma a tentar confrontar o pedido individual com a política pública estabelecida em matéria de saúde. E que, também, o direito à saúde e seu exercício devem ser objetos de discussões e intervenções extrajudiciais, que prezem pelo diálogo e intersecção entre os saberes que envolvem a saúde.

E, vale apontar, que o foco é, e deve ser, a garantia da saúde humana, de forma digna. É assim que amadureceremos a nossa sociedade rumo à concretização dos nobres valores sociais arraigados em nossa Carta Magna.

## Referências

AITH, F. M. A. *Curso de Direito Sanitário*. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ARANHA, M. I. *Direito Regulatório*. Curso de Especialização de Direito Público. Brasília: UnB, 2009. [mimeo], 144p.

BRASIL. Decreto n. 86.329, de 02 de setembro de 1981.

\_\_\_\_\_. Resoluções n. 06/84 e n. 07/84, MS/MPAS/MEC/CIPLAN, Ações Integradas de Saúde. Anexo: normas gerais aplicáveis às AIS. Brasília, 3 de maio de 1984.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. NOB/SUS 1996, aprovada pela Portaria GM/MS n. 2203, de 5 de novembro de 1996, e NOAS/SUS 1/2002, aprovada pela Portaria GM n. 373, de 27 de fevereiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. *A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do processo participativo*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 209.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (CONASS e CONASEMS).

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUSS, P. M.; PELEGRINI, F. A. a saúde e seus determinantes sociais. *Physis, Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 77-93, 2007.

CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, E. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004.

CIARLINI, A. L. de A. Desjudicialização da Saúde: um bem necessário? *Revista de Direito Público*, São Paulo, IOB, v. 1, n. 28, jul./ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. In: SANTOS, N. R. dos; AMARANTE, P. D. de C. (Org.). *Gestão pública e relação público privado na saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. p. 89-90.

COMPARATO, F. K. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, 214 p.

COUTO, C. G. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97-130.

CUNHA, J. R. A. *O Princípio da proibição do retrocesso social e o direito à saúde no Brasil*. 2010. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) – Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2010.

DALLARI, S. G. Direito Sanitário. In: ARANHA, M. I.; TOJAL, S. B. de B. (Org.). *Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 47-72.

DERANI, C. Política Pública e a Norma Política. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131-142.

FARIA, J. E. Estado, Sociedade e Direito. In: *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, Mercado e Justiça na Reestruturação Capitalista*. São Paulo: Max Limonard, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002b.

FREY, K. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The Cost of Rights— Why Liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LOPES, J. R. de L. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34/EDESP, 2004.

LUÑO, A.-H. P. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MARQUES, S. B. *O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica*. 2011. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MASSA-ARZABE, P. H. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, M. P. D. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

MENICUCCI, T. A implementação da Reforma Sanitária: a formação de uma política. In: HOCHMAN, G. et al. (Org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 303-325.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

MINAYO, M. C. S. Sobre a complexidade de implementação do SUS. Prefácio. In: SILVA, S. F. da. (Org.). *Municipalização da saúde e poder local: sujeitos, atores e políticas*. São Paulo: Editora Hucitec, 2001.

OST, F. *O tempo do Direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

RUA, M. das G. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos. In: RUA, M. das G. (Org.). *O Estudo da Política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

ROMERO, L. C. P. A judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica. O caso do Distrito Federal. Brasília, Senado Federal, n. 41, mai. 2008. Textos para discussão. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm). Acesso em: 2 ago. 2008.

SARAVIA, E. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (Org.). *Políticas Públicas*. Coletânea. Brasília: ENAP, 2006. p. 21-42.

SANTOS, A. de O. *A Abordagem de Temas Jurídicos na Audiência Pública da Saúde no Supremo Tribunal Federal*. 2010. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) – Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2010.

SANTOS, N. R. dos. Vinte anos do Sistema Único de Saúde: por onde manter as chamadas da utopia. In: DANTAS, B. et al. (Org.). *Os Cidadãos na Carta Cidadã*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 5, p. 146-168.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, J. P. Gestão de Políticas Públicas: Elementos de um Modelo Pós-Burocrático e Pós-Gerencialista. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. tomo 7, p. 1.988 a 2.032.

SCHWARTZ, G. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TATE, N.; VALLINDER, T. (Org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York University Press, 1995.

UNGER, R. M. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

VILLANUEVA, L. F. A. Estúdio Introdutório. In: SARAIVA, E.; FERRAREZI, E. (Org.). *Políticas Públicas*. Coletânea. Brasília: ENAP, 2006. p. 21-42.