

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO CONCRETIZADOR DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES AS A MECHANISM OF CONCRETIZING THE EFFECTIVENESS OF RIGHT TO HEALTH

- **Simone Letícia Severo e Sousa¹**

RESUMO: O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Diante de sua essencialidade, o presente artigo conceituará o termo saúde e apontará os princípios que o norteiam. Analisar-se-á, na ordem jurídica brasileira, o papel do Estado na implementação da saúde, conceituando para tanto as políticas públicas e demonstrando sua implementação nos três níveis da federação. Verificar-se-á, ainda, como se dá a intervenção do Judiciário em questões de saúde, observando os limites de sua atuação e indicando os julgados mais recentes acerca do tema. Ver-se-á que judicialização tem se demonstrado um importante fator de integração, de concretude e de democratização, porque não dizer de justiça social, mormente quando as soluções dadas nas demandas atendem ao comando constitucional de acesso universal, com vistas aos princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade, de modo a atender ao essencial, individualizado ou não, sem prejudicar o atendimento coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Efetividade; Saúde; Direito Fundamental; Judicialização.

ABSTRACT: The right to health, besides its qualification as a fundamental right, represents a inseparable consequence of the constitutional right to life. Before its essentiality, this article will appraise the term health and appoint the principles that guide it. In the Brazilian legal system, the role of the State in the implementation of health will be examined, conceptualizing public policies and demonstrating its implementation in the three levels of the federation. Further it will be seen how the

¹ Doutora em Direito Público – PUCMINAS. Professora Universitária. Coordenadora dos cursos de graduação em Direito e pós graduação em Direito Civil e Direito Processual Civil da Universidade José do Rosário Velano – UNIFENAS-BH. Assessora Judiciária 1ª Câmara Civil TJMG.

intervention of the judiciary works in matters of health, respecting the limits of its performance and indicating the most recent sentences on the subject. It will be seen that legalization has proved an important factor of integration, concreteness and democratization, even social justice, especially when the solutions given in the demands serve the constitutional command of universal access, aiming the principles of proportionality, the suitability and necessity, in order to meet the essential, individual or not, without harming the collective attendance.

KEYWORDS: Public Policy; Effectiveness; Health; Fundamental Rights; Adjudication.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da era moderna, a saúde torna-se matéria de Estado, isto é, das políticas públicas.

O termo *saúde* se origina do latim *salute*, que significa “*salvação*”, conservação da vida, cura, “bem-estar”. Preservando este sentido, a Organização Mundial de Saúde define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou enfermidade”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos inclui o direito à saúde, ao preconizar, em especial, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar (art. 25).

A saúde no Brasil é indubitavelmente um dos maiores desafios do século XXI, onde a saúde pública e a saúde privada travam incessantes batalhas, num emaranhado de relações jurídicas.

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Se por um lado a assistência à saúde é um dever do Estado, por outro, o Poder Público admite que as ações e serviços de saúde sejam prestados pela iniciativa privada. É o que se depreende do art. 199, “*caput*”, da Constituição da República (CR/88), segundo o qual a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (BRASIL, 1988)

Desse modo, ao mesmo tempo em que o Estado possui o dever de garantir saúde à população, o que faz pelo Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal reconhece à iniciativa privada a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde.

Segundo dispõe o art. 196, da CR/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante 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 sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

A análise do tema aborda questões de políticas públicas da saúde no Brasil, abordando a implementação dessas políticas como mecanismo concretizador da efetividade do Direito à Saúde, com enfoque nos princípios, discussão da competência e orçamento.

O problema assume preocupante dimensão quando divergências de cunho político ou ideológico interferem em um processo, que deveria estar protegido dessas interferências, necessitando a elaboração de mecanismos que contribuam para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Ver-se-á que a adequada compreensão dos conteúdos jurídicos dos princípios constitucionais informadores das políticas públicas de saúde é relevante para a determinação das exigências do direito à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde e para a apreciação de suas consequências.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS : CONCEITO E IMPORTÂNCIA

No Brasil, as políticas públicas desempenharam um papel muito importante na consolidação da ordem republicana que, desde a origem, manteve traços antidemocráticos, cujas raízes penetram profundamente nas estruturas existenciais, fundindo-se a interesses sociais objetivos e contraditórios entre si.

As políticas públicas podem ser definidas como conjuntos de disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público. São também definidas como todas as ações de governo, divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação de outros agentes econômicos. As políticas públicas em saúde integram o campo de ação social do Estado orientado para a melhoria das condições de saúde da população e dos ambientes natural, social e do trabalho. Sua tarefa específica em relação às outras políticas públicas da área social consiste em organizar as funções públicas governamentais para a promoção,

proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade. (LUCHESE, 2004, p. 1).

Desse modo, as políticas públicas podem ser definidas como uma forma de intervenção no Estado, tanto na ordem econômica, como na social, com a finalidade de garantir as condições necessárias para a realização dos objetivos previstos na Constituição. (APPIO, 2005, p. 144)

Para Maria Paula Dallari Bucci, política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Com esse tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a realização de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados. (BUCCI, 2006, p. 39)

Para a autora, as políticas públicas abrangem os elementos de previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização e execução.

Argumenta Eros Grau:

Constituição dirigente que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – interpretação dinâmica. Volta-se à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º - e isso que se impõe -, fundamento à reivindicação pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, não de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade. (GRAU, 2012, p. 212).

Para o autor, o Estado deve ser compelido a refinar o desempenho de suas funções, pelas quais responde, sendo de integração e modernização e de legitimação capitalista, o que supõe a implementação de políticas públicas. Assim, o Direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas.

Insta ressaltar que as políticas públicas dependem de previsão orçamentária para sua implementação, utilizando-se da Lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, que devem configurar instrumentos fundamentais para sua realização.

O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência com outras políticas públicas. (LIMBERGER; GRISON, 2010, p. 316).

Portanto, a saúde é condição essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo assim, ao Estado, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, assegurá-la como direito de todos os cidadãos. O direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. (HUMENHUK, 2004, p.1).

3. PRINCÍPIOS

Além da análise dos parâmetros legais e da existência de fundamentação de sua decisão, os princípios auxiliam na tarefa de investigar se a escolha do Estado é ou não arbitrária. Princípios hoje são considerados normas jurídicas dotadas de valor, e o juiz deve considerar os parâmetros por eles impostos quando da determinação de qual medida será a mais adequada para tutelar efetivamente os direitos.

Ressalte-se que os princípios desempenham a importante função de conferir unidade normativa a todo sistema jurídico, eis que se impõem como diretivas tanto para interpretação de toda e qualquer norma legal quanto para a ação de todos os entes estatais, e por isso, a sua ação é de cunho positivo. Além disso, possuem função negativa, pois servem de limite ao não permitir que se criem limitações excessivas a determinados direitos fundamentais, bem como ao impedir que se criem normas contrárias ao conteúdo neles previsto. (LEAL, 2003, p. 88).

Na lição de Luís Roberto Barroso (2010, p. 153), os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. Para ele, em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes, Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e o caminho a serem percorridos².

A ideia que fundamenta o consenso da jurisprudência atual consiste no princípio do resgate, que é um dos mais nobres em relação aos serviços de saúde. Segundo o princípio do resgate, a saúde e a manutenção da vida humana são os bens mais

² Para Luís Roberto Barroso, o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. (BARROSO, 2010, p. 155).

importantes da comunidade, razão pela qual todos os recursos financeiros possíveis devem ser aplicados para salvar uma vida, por menores que sejam as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos.

Luís Roberto Barroso destaca o princípio da dignidade da pessoa humana ressaltando que:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo-se da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de SUS indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. (BARROSO, 2010, p. 382).

O Supremo Tribunal Federal (STF), vê o **princípio da busca da felicidade** (*The Pursuit of Happiness*) como consectário "do princípio da dignidade da pessoa humana"³. Ademais, a Constituição Federal não o trouxe de modo explícito, contudo, dispôs sobre sua fonte primeira, o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado, pelo inciso III do art. 1º, como um dos fundamentos da República. O Supremo Tribunal Federal tem posições fundamentadas no princípio da busca da felicidade (*The Pursuit of Happiness*), mormente quando o tema cuida de direitos fundamentais⁴.

O **princípio da proporcionalidade** (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) significa um axioma (*Grundzatz*), que possui como subprincípios a **adequação** (*Geeignetheit*), a **necessidade** ou medida mais benigna (*Erforderlichkeit*) e a **proporcionalidade em sentido estrito** (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), que é a ponderação propriamente dita. (STEINMETZ, 2004, p. 210).

³ O Ministro Celso de Mello, julgando improcedente a Ação que questionava a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, afirmou que "o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à *busca da felicidade* e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado." ^[23] **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.**

⁴ No entendimento do Ministro Carlos Velloso (Plenário da Corte, 2005): "convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de *buscar a felicidade*. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz". **Recurso Extraordinário no 328.232/AM (DJ 20.04.2005).**

Enquanto o princípio da proporcionalidade serve para equilibrar e harmonizar os princípios, em caso de conflito entre eles, o princípio da necessidade atua quando houver conflito entre os diversos princípios.

Cabe salientar que o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional que visa sobretudo a dignidade da pessoa humana, sendo relevante sua aplicação aos casos concretos.

Nota-se que a máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação da proporcionalidade, isto é, da ponderação.

Sobre o **princípio da razoabilidade**, dispõe Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade tem sido utilizado para aferir se a conduta omissiva do Estado é a geradora de responsabilidade civil, como para determinação do quantum da indenização por dano moral; para a determinação do valor de pensão alimentícia; e no âmbito do direito do consumidor, inclusive no que diz respeito à limitação de internação estipulado em contratos de planos de saúde⁵. (BARROSO, 2010, p. 247).

Na doutrina brasileira, há uma forte tendência em conceber a razoabilidade e a proporcionalidade como categorias intercambiáveis. O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, não estabelece distinção entre esses dois princípios⁶.

Humberto Ávila, com posicionamento diverso, destaca:

O postulado da proporcionalidade não se identifica com o da razoabilidade; esse exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins. (AVILA, 2003, p. 108)

⁵ DJU, 12 ago. 2002, p. 102, RE 347.503-RJ, rel. Min. Carlos Veloso; DJU, 17 maio 1999, REsp 158.728-RJ, STJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Luís Roberto Barroso, sintetiza: o princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. (BARROSO, 2010, p. 252).

⁶ **Contra essa tese:** Eros Grau, Luís Virgílio Afonso da Silva e Wilson Antônio Steinmetz. Dentre os favoráveis a essa tese podemos citar: Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Suzana Toledo de Barros. Das diversas decisões que apontam no sentido de estabelecer uma relação de equivalência entre esses dois princípios: STF, DJU 16 ago. 2002, RE-AgR 200844-PR, rel. Min. Celso de Mello; STF, DJU 12 jun. 1998, ADIn-MC n. 1.753, rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJU 15 maio 1998, HC 76060-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJU 03 ago. 2000, RE 251.445-GO, rel. Min. Celso de Mello.

Dessa forma, verifica-se que no controle das políticas públicas o juiz deve se valer de vários princípios, dentre eles os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, procurando por vezes rechaçar a possibilidade de controle de políticas públicas, invocando o princípio da “reserva do possível”.

Ocorre que a reserva do possível não pode ser considerada de forma absoluta, tendo em vista o “mínimo existencial”.

Luís Roberto Barroso estabelece relação direta entre o princípio da dignidade humana e o mínimo existencial:

Dignidade da pessoa expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. (BARROSO, 2010, p. 337)

Cabe ao Estado implementar políticas públicas adequadas para o setor da saúde, assegurando a todos o acesso universal e igualitário.

O Direito à Saúde é um direito coletivo, que será atendido por meio de políticas públicas nos três níveis da federação brasileira, União, Estado e Municípios, por meio do SUS.

Mas, como falar em igualdade, no sentido de dar efetividade à saúde, quando decisões judiciais ofendem direitos subjetivos de outros, como ocorre quando aqueles que estão nas filas são preteridos para atendimento a essas decisões, como nos casos de transplantes de órgãos e cirurgias bariátricas? Sabe-se que não são raros casos em que pacientes são retirados de leitos em UTI, em hospitais lotados, para internação de outro, em decorrência de ordem judicial. O sistema de saúde está em colapso, o que justifica a intervenção do Poder Judiciário para que seja efetivado esse direito, nos casos necessários. Demonstra-se, nesses casos, determinante o uso de princípios para a elaboração de uma jurisprudência construtiva através de decisões ponderadas.

Evidencia-se que a proteção dos direitos fundamentais deve ser efetuada com vistas no princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, a saúde deve ser concebida como um direito universal, em favor de todos os cidadãos.

A manutenção da vida humana saudável demanda, pois, ações políticas do Estado e até mesmo dos particulares. Os direitos sociais são coletivos e o Estado possui o dever de proteger tais direitos. Em face, principalmente, dos princípios da igualdade e da universalidade, o Estado tem a obrigação de prestar condições de saúde a todos os cidadãos.

Muitas são as ações, principalmente propostas pelo Ministério Público, exigindo do Poder Público o oferecimento de medicamentos e procedimentos médicos.

A jurisprudência tem entendido que não é viável impor ao Estado e Municípios tratamento particular da saúde, principalmente se tal serviço já é oferecido na rede pública.

Nesse sentido:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - MEDICAMENTO - CÂNCER CEREBRAL - CENTROS DE ASSISTÊNCIA DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA (CACON'S) - OBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS - INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA INEFICÁCIA DOS MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS FORNECIDOS PELO SUS - RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos dos arts. 196 e seguintes da Constituição da República, a saúde é direito de todos, e dever de qualquer dos entes federativos, conjunta e solidariamente.

2. Para os pacientes portadores de câncer, foi instituído tratamento gratuito e específico através dos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs), criados pelo SUS.

3. Não seria razoável exigir-se da Administração Pública - que se organiza, com vistas a cumprir o comando constitucional, padronizando procedimentos e estabelecendo protocolo de tratamentos para alcance universal e igualitário dos serviços de saúde -, que venha a prestar, individual e especificamente, medicação prescrita ao recorrido por médico particular, sem prova da superioridade do tratamento requerido em face do disponibilizado na rede pública de saúde.

4. Sentença reformada, em reexame necessário. Prejudicado o apelo voluntário. (AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0024.11.114877-1/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE AGRAVADO(A)(S): LEILA CRISTINA FIRMIANO DE ALMEIDA - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. ÁURÉA BRASIL. Data do julgamento: 10/01/2013. Data da publicação: 15/01/2013).

No caso em tela, informa o NATS (Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde) que, em Belo Horizonte, Região Metropolitana e municípios próximos, os

pacientes devem procurar a Comissão Municipal de Oncologia, que está localizada no Posto de Atendimento Médico do bairro Padre Eustáquio, onde mediante a apresentação de documentos pessoais e resultado de biópsia, são cadastrados e encaminhados a um dos CACON existentes para tratamento⁷. Para a relatora da 5ª Câmara Cível, Desembargadora Áurea Brasil, “tendo em vista que não há listagem de medicamentos previamente selecionados pela Administração Pública para tratamento de câncer, imperioso que o paciente esteja em tratamento em uma das unidades credenciadas, para que se avalie seu quadro de saúde, os insumos já utilizados, bem como se administre a medicação com o acompanhamento de seus efeitos, associando a quimioterapia com outros mecanismos, como a radioterapia, segundo o esquema terapêutico traçado pelos profissionais especializados do SUS.” Salienta a ilustre relatora que, “determina-se, em repartição de competências, ao governo federal financiar o tratamento do câncer e aos Estados e Municípios estabelecerem os fluxos e referências para atendimento aos pacientes. União financia o tratamento e aos Estados e Municípios cabe o credenciamento dos hospitais referências.”

Entretanto, há entendimento de que a existência de Portaria do Ministério da Saúde dispondo que a assistência e o tratamento dos doentes com diagnóstico de câncer serão prestados pelos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs) não afasta a legitimidade do Estado de Minas Gerais para conceder o medicamento pleiteado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PORTADORA DE CÂNCER RENAL. DOENÇA GRAVE. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE COMPROVADA.

- Demonstrada a necessidade de determinada prestação, por recomendação médica, para a prevenção, controle ou cura de moléstia grave, a demanda deve ser integralmente satisfeita, como meio de tornar efetiva a garantia do direito à saúde, à vida, ao bem-estar físico, psicológico e mental e à dignidade da pessoa humana.
- A disponibilização de tratamentos oncológicos através de CACONs não impede que a parte demande do Estado o fornecimento de medicamentos que não logrou obter junto a referido órgão.
- Demonstrada a necessidade de determinado medicamento para promover, proteger ou recuperar a saúde da pessoa, incumbe ao Estado (lato sensu) disponibilizá-lo.
- Preliminar rejeitada.

⁷ De acordo com o Enunciado 7 da 1ª Jornada de Direito à Saúde : “ Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON.”(Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 24/07/2014)

-Sentença confirmada no reexame necessário.
-Apelo prejudicado. (AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0388.12.003270-0/001 - COMARCA DE LUZ. REL. DES. HELOISA COMBAT. Data de julgamento: 17-07-2014. Data da publicação: 23-07-2014)

Para a relatora Heloisa Combat, na medida em que as necessidades da pessoa doente estiverem sendo atendidas pelos CACONs, de fato, não se justifica seja demandado o Estado de Minas Gerais para fornecer medicamentos destinados ao tratamento oncológico. Em não logrando o paciente obter junto aos hospitais credenciados o atendimento de que necessita, dispõe da prerrogativa de reivindicar a prestação correspondente do Estado. Eventualmente, poderá a Administração Pública diligenciar junto a um dos CACONs para obter o provimento de que o requerente necessita, é dizer, recaindo sobre ele a obrigação de tornar efetiva a dispensação do medicamento, poderá se valer dos instrumentos existentes para providenciar o atendimento.

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) reformou parcialmente a sentença da comarca de Patrocínio que determinava ao Município o fornecimento dos fármacos e suplementos alimentares: Forticare; Óleo de Peixe (w3); Glutamina e Clusivol Composto, conforme receituários médicos, alterando a sentença apenas no que pertine a apresentação periódica de receituário ao ente público.

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DIREITO - NORMA PRAGMÁTICA - AUTOAPLICABILIDADE - HIPOSSUFICIÊNCIA E NECESSIDADE DEMONSTRADAS - RETENÇÃO QUADRIMESTRAL DA RECEITA - CONTROLE DA DISPENSAÇÃO - NECESSIDADE - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.

A saúde compete solidariamente à União, Estados e Municípios, podendo o cidadão acionar qualquer desses entes federativos, conjunta ou isoladamente, para fins de obtenção de medicamentos que não integram a tabela do Sistema Único de Saúde.

O artigo 196 da CF/88 não é regra programática, ou seja, dispensa a edição de leis de caráter infraconstitucional para sua exequibilidade; é pragmática, de eficácia imediata, posto seu caráter autoaplicável, por isso geradora de deveres para o Estado e direitos para o cidadão.

Deve ser confirmada a sentença que condena a autoridade coatora a fornecer os medicamentos e suplementos alimentares prescritos, de forma imediata, ao particular portador Câncer que demonstra a necessidade e a impossibilidade de arcar com o custeio. (AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0481.12.016410-0/002 - COMARCA DE PATROCÍNIO. REL. DES. AFRÂNIO VILELA. DATA DO JULGAMENTO: 10/06/2014. DATA DA PUBLICAÇÃO: 26/06/2014).

Trata-se de construção pretoriana que considera que a ausência de políticas públicas no caso concreto, em relação ao medicamento ou procedimento necessário, permite a atuação do Judiciário, preenchendo uma lacuna no atendimento ao qual o Executivo seria obrigado. Nesse caso, o direito à saúde prevalece sobre o princípio da separação de poderes. Não ocorre indevida ingerência onde há omissão. Ocorreria ingerência se o Judiciário pretendesse administrar as políticas já existentes, não no caso de ausência de políticas e atendimentos específicos.

Desse modo, evidencia-se que a saúde é constitucionalmente caracterizada como "direito de todos", de modo que as políticas públicas pertinentes desenvolvidas pelos entes da federação devem ser observadas e consideradas perante as circunstâncias específicas de cada caso concreto

4. COMPETÊNCIA

As implicações da judicialização das políticas de saúde impõem aos técnicos em saúde, de um lado, princípios e limites legais que antes não estavam presentes ou, quando estavam, não se revestiam da força de normas constitucionais. De outro lado, traz ao seio do mundo jurídico uma das mais complexas áreas de políticas públicas do Estado moderno. Dessa forma, o embate entre duas áreas técnicas distintas, que operam com conceitos e modelos de racionalidade diversos, dá-se com choques e conflitos. (DORES, 2013, p. 01)

Importante destacar a seguinte decisão do Ministro Celso de Mello, do Superior Tribunal Federal (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 humana.

O preâmbulo da Constituição destaca a necessidade do Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Dentro de bem-estar, como uma das finalidades do Estado, encontra-se prioritariamente a Saúde Pública.

Argumentos contrários à intervenção judicial em matérias de políticas públicas são colocados como ofensa ao princípio da separação dos poderes, sustentando que a

interferência do Poder Judiciário configuraria uma invasão na esfera da competência de outro poder, o que não se configura, como já comentado, no caso de omissão do Estado.

Diante da incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo em garantir os preceitos constitucionais inerentes à saúde, torna-se cada vez mais necessária a intervenção do Judiciário, principalmente no que tange ao controle judicial das políticas públicas.

Evidencia-se que o Poder Judiciário tem tomado decisões que têm reflexos diretos nas políticas públicas.

Sobre a competência para legislar, salienta Marlon Alberto Weichert:

Em matéria de saúde, a **competência legislativa é compartilhada** entre todos os entes federativos, segundo a técnica vertical limitada. Compete a **União** editar **normas gerais** sobre o tema, aos Estados editar as normas complementares necessárias ao funcionamento dos seus serviços e à sua função de direção estadual do SUS, e aos Municípios a edição de normas complementares necessárias à sua esfera de atuação. Entretanto, conforme art. 23, II, **cuidar da saúde e da assistência pública é competência comum da União, Estados, DF e Municípios**. Deste modo, embora o art. 30, VII, da CF reze ser de competência dos Municípios, diretamente ou através dos entes da administração indireta, prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, serviço de atendimento à saúde da população, tal responsabilidade é linear, alcançando também a União e os Estados. (WEICHERT, 2004, p. 141).

Portanto, nota-se que o município brasileiro está duplamente titulado para legislar sobre proteção e defesa à saúde. O primeiro título refere-se à competência para suplementar a legislação federal (limitada a normas gerais) e a estadual no que couber (competência enumerada no artigo constitucional - art. 30, II). O segundo, prioritário, é relativo à predominância do interesse local pela proteção e defesa da saúde como objeto da competência dos Municípios descrita no artigo 30, I, da Constituição: "legislar sobre assuntos de interesse local".

Nos termos do art. 23, XII, da Constituição de 1988, compete à União, ao Distrito Federal e aos Estados legislar **concorrentemente** sobre saúde pública. Salienta-se que o município também pode legislar sobre saúde para atender o interesse local (art. 30,II, da CF). Na ausência de normas federais e estaduais sobre saúde que atendam o interesse do município, compete-lhe legislar sobre temas de sua atribuição no interesse local.

Ressalte-se, que a expressão constitucional "competência comum" no que respeita ao artigo 23, II, da Constituição de 1988, deve ser compreendida como a capacidade e o direito que têm a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

de legislar e praticar todos os atos administrativos necessários ao cuidado da saúde, "juntamente e em pé de igualdade".

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (CF-88, art. 23, XII e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, parágrafo 1º); aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência *comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde⁸. (DALLARI, 1989, p. 173).

Posteriormente, o mesmo autor afirma:

Uma particularidade importante do sistema brasileiro de saúde, em relação à qual são importantes os esclarecimentos sobre a competência legislativa concorrente, é que tanto a União quanto os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm competência em matéria de saúde, ou seja, cada um manterá o seu próprio sistema de saúde, mas todos devem integrar-se num sistema harmônico, que recebe na Constituição a denominação de sistema único de saúde. Em consequência, cada um pode legislar sobre os pontos que dizem respeito ao seu respectivo sistema. A própria União poderá legislar sobre peculiaridades do sistema de saúde mantido pelo governo federal, mas nesse caso também ela estará obrigada a observar o que tiver sido estabelecido em lei federal que fixe normas gerais⁹. (DALLARI, 2013. p. 2).

Ainda sobre o tema prelecionam Limberger e Grison :

⁸ No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei n. 8.080-90, art. 9º).

⁹ Neste sentido: **ADI N. 2.875-DF. RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
EMENTA: LEI DISTRITAL. NOTIFICAÇÃO MENSAL À SECRETARIA DE SAÚDE. CASOS DE CÂNCER DE PELE. OBRIGAÇÃO IMPOSTA A MÉDICOS PÚBLICOS E PARTICULARES. ADMISSIBILIDADE. SAÚDE PÚBLICA. MATÉRIA INSERIDA NO ÂMBITO DE COMPETÊNCIA COMUM E CONCORRENTE DO DISTRITO FEDERAL. ARTS. 23, I, e 24, XII, DA CF. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DIREITO À SAÚDE. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR. EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 22, I. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO. I – Dispositivo de lei distrital que obriga os médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional. II – Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, I, da Constituição Federal. III – Exigência que encontra abrigo também no art. 24, XII, da Carta Magna, **que atribui competência concorrente aos referidos entes federativos para legislar sobre a defesa da saúde**. IV – Dispositivo da lei distrital que imputa responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao art. 22, I, da CF, que consigna ser competência exclusiva da União legislar acerca dessa matéria. V – Ação direta parcialmente procedente. Data: 31 de julho, 2008. (Grifou-se).

O direito à saúde, como direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo às políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (LIMBERGER; GRISON, 2010, p. 310).

Para os autores acima citados, uma das críticas que se pode formular à judicialização das políticas públicas, atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que têm condições de demandar, seja por advocacia privada ou defensoria pública, têm vantagem em relação aos que não têm acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação, seja por falta de instrumentalização (não instalação ou de concretude da Defensoria Pública em alguns Estados).

É o Estado, no seu papel de coordenador do SUS (art. 17 da Lei n. 8.080, de 1990) que deve ordenar o sistema de saúde estadual em relação aos seus serviços e ao conjunto de seus municípios e legislar **suplementarmente** sobre saúde. Porém, na prática é comum o Ministério de Saúde extrapolar sua competência constitucional de apenas legislar sobre normas gerais na área da saúde, normatizando o SUS nos mínimos detalhes, invadindo a competência estadual e impondo regramentos em minúcias aos Estados e Municípios, como se a competência para legislar sobre saúde fosse exclusivamente federal. Difícil também um sistema de saúde regionalizado conviver com uma centralização normativa como a imposta pelo Ministério da Saúde.

Portanto, no que tange às **competências legislativas**, a **competência é compartilhada** entre todos os entes federativos da seguinte forma: União legisla acerca das normas gerais, Estados editam as normas complementares necessárias ao funcionamento dos seus serviços e à sua função de direção estadual do SUS e aos Municípios coube a edição de normas complementares necessárias à sua esfera de atuação.

No que tange à **prestação de serviços de saúde**, a **responsabilidade é compartilhada**: União, Estados e Municípios tem o dever de zelar pela saúde dos cidadãos, logo, diante de omissões quanto a políticas públicas, é cabível a postulação judicial face a qualquer deles, permitida, inclusive, a cumulação no pólo passivo. Estabelece-se ao município, como gestor do SUS, especial atuação, sem porém dotá-lo de instrumentos orçamentários/materiais para esse fim, quando as deficiências daquele sistema se demonstra inoperante ou insuficiente no local.

Kildare Gonçalves Carvalho salienta:

O serviço público de saúde será organizado, formalmente, com um sistema único. Quer isto significar que não mais haverá a difusa administração da matéria na esfera da União (que implicava, por absurdo, na existência de dois ministérios e um sem-número de órgãos federais atuando no setor), nem a dispersão e superposição de órgãos e atribuições em esfera estadual e municipal. Sendo único, o sistema deverá possuir um específico modelo de relações entre o todo (o que dá unidade ao conjunto de órgãos, sujeitos a atribuições) e as partes que o integram." (CARVALHO, 2005, p. 817).

Para que o serviço público de saúde se torne eficiente e eficaz, no cumprimento de sua finalidade, é preciso organizar a distribuição das competências para a sua execução, de forma proporcional, fazendo com que cada ente fique responsável por uma parcela de poder que possa realmente ser exercido.

A judicialização, nesse caso, não deveria onerar, em tese, o Póde Público, pois como alerta o Promotor de Justiça Gilmar de Assis, Coordenador de Saúde do Ministério Público, “de acordo com a resolução da CMED, os medicamentos fornecidos por meio de ação judicial têm que ser vendidos à Administração Pública, tanto direta, como indireta, a preço de fábrica, com desconto e desoneração tarifária”¹⁰.

Consoante entendimento sedimentado da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, compete ao Município o fornecimento de insumos e suplementos alimentares, com fundamento na atribuição que lhes foi conferida pelo SUS e pelo Ministério da Saúde.

E quanto a fornecimento de medicamentos que não fazem parte da Farmácia Básica :

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS QUE FAZEM PARTE DA FÁRMACIA BÁSICA - RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS QUE NÃO FAZEM PARTE DA FARMÁCIA BÁSICA - RESPONSABILIDADE DO ESTADO.-Se os recursos públicos são escassos, principalmente os municipais, devem ser harmonizados para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais. Portanto, o particular deverá reclamar do Município aqueles medicamentos incluídos na Farmácia Básica e do Estado os medicamentos excepcionais e de alto custo, assim definidos através de normas expedidas pelo SUS e pelo Ministério da Saúde, não se afigurando razoável que um ente responda pelas atribuições do outro, sem qualquer previsão orçamentária para tanto. - Sentença parcialmente reformada, no reexame necessário. (AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO Nº 1.0223.12.022390-2/001 - COMARCA DE DIVINÓPOLIS. REL. DES. EDUARDO ANDRADADE. Data de julgamento: 22-04-2014. Data da Publicação: 30-04-2014)

¹⁰ Para maiores detalhes acerca desse assunto: www.granbel.com.br/judicializaodasaude . Acesso em 27 de julho/2014.

Acrescenta Kildare Gonçalves Carvalho:

A Constituição prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população. Cada uma dessas esferas de governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem sua competência administrativa estabelecida na Lei nº 8.080/90. (CARVALHO, 2005, p. 817.).

O mesmo autor assevera que a Constituição prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população. Cada uma dessas esferas de governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem sua competência administrativa estabelecida na Lei nº 8.080/90. (CARVALHO, 2012, p. 817).

A partir de então, saliente-se que a saúde não é apenas uma obrigação do Estado, mas constitui um elemento de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Há que se ressaltar que, da solidariedade decorre, na forma dos artigos 264 e 275 do Código Civil, que os serviços de saúde podem ser exigidos de um ou de alguns dos entes federados, fazendo-se a compensação entre os referidos órgãos na forma do dispositivo no artigo 35, inciso VII, da Lei n. 8.080/90.

É do Estado, ainda, o papel de regular, fiscalizar e controlar os serviços públicos e privados de saúde (art. 198 da CF) no seu território estadual, cumprindo apenas as normas gerais da União. Contudo, na prática, poucos são os Estados que têm assumido seu verdadeiro papel no SUS.

Ocorre que a prestação do serviço público de saúde é realizada de forma descentralizada, de maneira que cada ente possua as mesmas competências em seu respectivo território, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada através de um sistema único (art. 198).

Leonardo Tibo B. Lima, propõe um novo modelo para o serviço público de saúde brasileiro. Talvez um dos maiores problemas esteja exatamente na questão da competência. Nesse novo modelo proposto, os Municípios ficariam responsáveis, essencialmente, pela medicina preventiva da população. O Município promoveria ações de esclarecimento e educação da população, de higiene, de saneamento básico, de noções de alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação

etc. Em vez de gastar o dinheiro público com hospitais e equipamentos de custo elevado, o Município centralizaria os investimentos exclusivamente na medicina preventiva, melhorando a qualidade de vida da população. Aos Estados competiria promover o fornecimento de medicamentos, através de farmácias públicas, estrategicamente localizadas nos hospitais, nos postos de saúde e onde se fizer necessário. O Estado poderia, ainda, auxiliar os Municípios, caso estes enfrentassem dificuldades na execução dos serviços de medicina preventiva. A competência da União seria residual, portanto. Assim é que a União ficaria responsável pela promoção da medicina curativa. Todos os hospitais seriam federais e os médicos que neles trabalhassem seriam servidores públicos federais, afinal a reestruturação do serviço público de saúde brasileiro é urgente. Ao invés de hospitais municipais, os municípios seriam responsáveis por postos de saúde. Seria do município a responsabilidade pelo desenvolvimento do Programa do “Médico da Família”, como existe no Canadá e em Cuba. Assim, caberia aos municípios centralizar os investimentos exclusivamente na medicina preventiva, em busca da melhoria da qualidade de vida da população. (LIMA, 2005, p. 3-4).

Busca-se um Estado moderno mais efetivo e com políticas menos centralizadoras, tendo em vista que as políticas atuais centralizam as elaborações de protocolos clínicos e a repartição orçamentária, distribuindo competências sem efetivar as devidas contrapartidas. Aos municípios, por exemplo, são impostas condições difíceis ou impossíveis de serem cumpridas, mormente pelos pequenos, para que possam obter tais contrapartidas ou ressarcimento pelas prestações de competência de outra esfera federativa.

5 – POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO

Compreender o alcance da expressão “saúde” no contexto moderno é tarefa árdua, porém, de grande importância para ensejar a apropriada efetivação das políticas públicas de saúde.

O Ministro Gilmar Mendes aduz que¹¹:

¹¹ Ministro Gilmar Mendes, ainda afirma: Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91\AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007). (Ag. Re. STF – 30.04.2010).

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que a falta de legislação específica. Em outros termos, os problemas não são de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. (Supremo Tribunal Federal - Ag. Reg DJe n. 76, publicado em 30/04/10, p. 90).

Desse modo, é fundamental a implementação e manutenção de políticas públicas de saúde na execução dos orçamentos. Desse modo, não se trata apenas de legislação¹², que apenas propicia meios de execução.

O Ministro Celso de Mello assim pronunciou em julgamento no STF:

A Justiça precisa agir quando o poder público deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição. O direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o direito à saúde e à prestação de serviços de saúde". (MELLO – STF – 16/3/2010).

Para o Ministro Celso de Mello, a alegação da falta de recursos financeiros é secundária em relação à essência do Direito à Saúde, que deve ser privilegiado principalmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana:

Tal como pode enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da **Presidência** do Supremo Tribunal Federal, **em contexto assemelhado** ao da presente causa (**Pet. 1246-SC**), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – **que se qualifica** como direito subjetivo inalienável **a todos** assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196) – **ou fazer prevalecer**, com essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário** do Estado, **entendo** uma vez configurado esse dilema, que em 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. (BRASIL, 2010, grifo no original)

Um sistema de provisão pública como o imaginado na Constituição de 1988, financiado por todos esses recursos (os gastos diretos e os gastos tributários), teria uma boa chance de ser a primeira opção de uma esmagadora maioria de brasileiros, como

¹² Valter Foletto Santin, expressa, que para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, às chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 35).

acontece nos bons sistemas públicos de outros países. O modelo atual estimula o uso seletivo do sistema público de outros países. O modelo atual estimula o uso seletivo do sistema público por quem pode optar e o uso compulsório por parte dos que não dispõem de alternativas¹³. (KERSTENETZKY, 2012, p. 244).

Com efeito, o tratamento jurídico das políticas públicas na área da saúde não deve ser o mesmo que a dogmática tradicional vem dando aos nominados atos administrativos. As políticas públicas a serem adotadas nesta esfera devem ser conceituadas como *instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade, tendo por escopo assegurar condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos*. (APPIO, 2005, p. 36).

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, muitas vezes privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial – custos não só financeiros, mas também sociais, derivados de uma cultura que só recentemente veio a se imbuir desse espírito subjetivista. Por isso, diz-se que a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Esse pensamento não foge à realidade, se verificarmos que a classe mais necessitada é atendida em massa pelas políticas coletivas, que ficam prejudicadas muitas vezes quando uma verba que poderia atender a um programa capaz de abranger um grande número de pessoas é destinada apenas a um atendimento isolado. Essa análise fria, embora lógica, não pode, porém, obstar o atendimento judicial no caso necessário, o que faz com que os julgamentos de casos tais sejam sofridos, por isso devem se impregnar de lógica jurídica, com o uso dos princípios maiores no início citados neste artigo.

A exclusão dos mais necessitados se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (BARROSO, 2010, p. 26).

As interpretações sobre as articulações entre saúde e política econômica buscaram evidenciar simultaneamente: 1) a natureza objetiva (histórico-material) da

¹³ Para a autora: de fato, uma evidência do acesso diferenciado a serviço de saúde é o fato de que, ainda que mais de 90% da população seja usuária de algum serviço do SUS, apenas 28,6% dos brasileiros usam exclusivamente o SUS – não é difícil perceber que se trata da população pobre brasileira -, enquanto apenas 8,7% optam por não usá-lo. (KERSTENETZKY, 2012, p. 244).

sociedade, a identificação de padrões, variações e matizes dos arranjos político-institucionais presentes no setor da saúde no Brasil; 2) a identificação e análise da origem e das contradições entre projetos de atores singulares, suas projeções no Estado, visto não apenas como lócus de preservação e legitimação, mas também como arena de disputa por hegemonia. (BAHIA, 2012, p. 3).

No Brasil, o esmaecimento da separação entre a esfera privada e a pública explicita-se no âmbito do econômico, quando o Estado se apresenta como uma espécie de sócio do capital privado, ainda que no plano das políticas públicas não se tenha verificado nenhuma iniciativa comparável ao modelo do Estado de Bem-Estar Social.

A configuração público/privado na saúde como expressão da sua mercantilização tem sua expressão maior na criação do Instituto Nacional da Previdência Social – INPS (pós-golpe militar de 1964), que por meio da implementação de políticas voltadas para o setor privado da saúde se constituirá em potente instrumento para a ampliação da dinâmica de acumulação no setor (COHN, 1980). Esse novo ajuste revela a organicidade da relação Estado/saúde em prol dos interesses dos produtores privados, pois ao Estado se reservava a função de organizar a clientela, financiar a produção de serviços e subsidiar o investimento privado para ampliação da capacidade instalada (COHN, 1995). Eis aí o processo sociopolítico e histórico que engendra a privatização precoce do sistema de saúde brasileiro com a conseqüente estruturação da produção de serviços de saúde em moldes privados e lucrativos, fenômeno que na América Latina se iniciará apenas na década de 80 com o golpe militar no Chile. (ELIAS, P. E, 2004. p. 2).

É importante ressaltar que para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento estatal para a área respectiva, pois se deve fortalecer o sistema público, e também permitir que a regulação do setor privado permita corrigir falhas de mercado, garantindo a qualidade na prestação de serviços à sociedade. (GREGORI, 2010, p. 37).

O problema maior ocorre é quando os recursos públicos destinados à área da saúde, pelo Estado, são limitados e não compatíveis com tamanha demanda abrangida pelo Sistema de Saúde adotado.

Nesse sentido, confira-se a lição de José Afonso da Silva:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem o polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as ações preventivas e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. (SILVA, 2005, p. 831).

Em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial:

Ementa: SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTOS. LISTAS OFICIAIS. SOLIDARIEDADE. PRESCRIÇÃO MÉDICA. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. A vedação à concessão da tutela antecipada de caráter irreversível depende da apreciação do risco de lesão irreparável no caso concreto. Jurisprudência do STJ. 2. Há solidariedade entre a União, os Estados e os Municípios na prestação dos serviços de saúde. Não se admite, contudo, o chamamento ao processo. 3. **A assistência terapêutica, no âmbito do SUS, compreende a dispensação de medicamentos, produtos e procedimentos terapêuticos prescritos por médico vinculado ao sistema, constante das listas oficiais, avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade. Lei 12.401/2011. Art. 28 do Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011.** 4. Segundo a jurisprudência das Câmaras do 11º Grupo Cível, o Poder Público deve fornecer medicamentos e produtos mediante a exibição de prescrição médica, independentemente de perícia, ainda que estranhos às listas oficiais. Ressalva do posicionamento pessoal, segundo o qual o acesso a medicamento fora das listas públicas depende da prova da ineficácia ou da inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS. Negado seguimento ao recurso. (Agravo de Instrumento Nº 70053351433, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 25/02/2013). (Grifou-se).

O SUS vem desafiando racionalidades, na tentativa de se manter como um projeto que busca avançar na construção de um sistema universal de saúde na periferia do capitalismo, num país populoso e marcado por enorme desigualdade social.

Entretanto, as possibilidades para a saúde no futuro mais imediato encontram-se indubitavelmente atreladas ao êxito do Estado na formulação de políticas públicas voltadas principalmente ao enfrentamento da exclusão social.

As Leis n. 8.080 de 19 de setembro de 1990 e a n. 8.142 de 28 de dezembro de 1990 são singularmente relevantes para o novo modelo, uma espécie de estatuto da saúde no Brasil. A Lei n. 8.080/90 sedimenta as orientações constitucionais do Sistema Único de Saúde. A Lei n. 8.142/90 trata do envolvimento da comunidade na condução das questões da saúde criando as conferências e os conselhos de saúde em cada esfera de governo como instâncias colegiadas orientadoras e deliberativas, respectivamente.

Insta ressaltar que o SUS é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, sendo o único a garantir assistência integral e completamente gratuita para a totalidade da população, inclusive aos pacientes portadores do HIV, sintomáticos ou não, aos pacientes renais crônicos e aos pacientes com câncer.

Pelo menos em tese, o SUS - Sistema Único de Saúde - se encontra alicerçado no princípio da co-gestão, pela participação simultânea dos entes federativos, competindo a todas e a cada uma das esferas estatais, em seus três níveis, a garantia aos indivíduos do direito à saúde e à vida.

Porém, na prática, a questão tem sido bastante diferente. Confira-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE TRATAMENTO ODONTOLÓGICO - DIREITO À SAÚDE ART. 196, C.R. - RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Nos termos do art. 196 da CF, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. 2- Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, há que ser mantida a decisão que determinou o custeio do tratamento odontológico por parte do município. 3- A multa coercitiva é uma medida que deve ser imposta, no intuito de assegurar a efetividade da jurisdição. 4 - A redução da multa coercitiva por ocasião da análise do efeito suspensivo não tem o condão de incentivar o descumprimento da obrigação, até porque a desobediência poderá acarretar responsabilidade criminal, sem prejuízo da responsabilidade civil. (Agravo de Instrumento n. 1.0390.09,025497-5/001. Rel. Des. Raimundo Messias Júnior. Data de julgamento: 13/11/2012. Data de publicação: 26/11/2012)

Desse modo, a saúde é um dever do Estado, assim considerado *lato sensu*, e um direito do cidadão, prerrogativa esta consignada no texto constitucional vigente em vários de seus dispositivos, inclusive como corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, fundamento normativo de toda Constituição.

6. CONCLUSÃO

O direito à saúde tem especial destaque enquanto direito fundamental, porque visa efetivar a dignidade da pessoa humana, contemplando de forma direta o direito à vida. A Constituição Federal traz em seu bojo o asseguramento de tal direito a todos os cidadãos, sendo dever do poder público concretizá-lo, na busca do bem estar social.

O setor da saúde deve direcionar suas ações para além da simples provisão de serviços, ressaltando que as políticas públicas devem configurar a resposta que o Estado

oferece diante das necessidades vividas pela sociedade. Desse modo, as políticas públicas devem ser implementadas pelo Estado, no intuito de enfrentar os problemas sociais, dentre eles os relacionados à saúde.

Evidencia-se que as políticas públicas devem ser alvo da ação regulatória do Estado. Ademais, a promoção da saúde no Brasil deve remeter à reflexão sobre a elaboração e implementação de políticas públicas aplicáveis não somente à área da saúde, como também à educação, habitação, transporte, cultura e ao lazer, que previne e assegura a saúde mental, inclusive aquelas que contemplem necessidades da população idosa.

Com a Constituição Federal de 1988, as condições de saúde e a assistência prestada à população de certa forma evoluíram, uma vez que a saúde começou a ser vista como “qualidade de vida”, não visando somente à doença, e sim ao indivíduo como um todo de forma humanizada.

A implantação do SUS visou de certa forma organizar a saúde em si, com o fortalecimento à atenção básica de saúde, com a criação de uma doutrina de cuidados primários e especiais.

O SUS representa a materialização de uma nova concepção acerca da saúde no Brasil. O funcionamento do SUS faz com que a área de saúde esteja entre as mais democráticas, pois, além de comportar um alto grau de participação social, sua gestão deveria configurar um dos modelos de descentralização com maior êxito nos serviços públicos brasileiros. Porém, na prática a situação é diferente, requerendo a verdadeira implementação de adequadas políticas públicas – e de concretude às já existentes.

Porém, resta claro que a implantação do SUS, por seus princípios e escopo de atividades, exige mudanças de caráter político e social, bem como nos padrões de interação que, até então, sustentaram as ações no setor.

Por mais que a legislação do Sistema Único de Saúde aponte para a municipalização e descentralização, o que tem acontecido, na prática, é que os governos federal e estadual não têm investindo no setor de forma apropriada.

Um dos problemas é que o SUS se encontra em permanente fase de "reprogramação" sem perspectiva, a curto prazo, de solução para os problemas. E a instabilidade advinda do SUS, tem contribuído para o declínio das condições de saúde da população.

Cobram-se providências contínuas e os inúmeros esforços para melhorar a saúde individual e coletiva nas sociedades contemporâneas, porém, ações autônomas devem ser revitalizadas na busca por provisão de políticas sociais.

Os maiores desafios atuais estão ligados à estruturação do novo modelo de atenção à saúde que, a partir das grandes funções da saúde pública, que realize efetivamente as atividades de promoção e proteção à saúde, principalmente sob a ótica dos princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade.

As políticas públicas aplicadas na prática podem contribuir substancialmente para a elevação do nível de qualidade de vida das populações. Note-se que as políticas públicas de atenção à saúde vêm melhorando sua atuação consideravelmente nos últimos anos, mas há ainda muito que evoluir.

A judicialização, nesse caso, tem se demonstrado um importante fator de integração, de concretude e de democratização, porque não dizer de justiça social, mormente quando as soluções dadas nas demandas atendem ao comando constitucional de acesso universal, com vistas aos princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade, de modo a atender ao essencial, individualizado ou não, sem prejudicar o atendimento coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, E. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, L. **Sistema único de saúde**. Disponível em <<http://www.epsjv.ficruz.br.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação 31 de 30 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução

das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. **Diário da Justiça Eletrônico**, 07 abril 2010.

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.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CUNHA, J.P.P., CUNHA, R.E. Sistema Único de Saúde - SUS: princípios. In: CAMPOS, F.E., OLIVEIRA JÚNIOR, M., TONON, L.M. **Cadernos de Saúde. Planejamento e Gestão em Saúde**. Belo Horizonte: COOPMED, 1998. Cap.2, p. 11-26.

DALLARI, S. G. Competência municipal em matéria de saúde. **Revista de Direito Público**. N. 92, São Paulo, 1989.

_____. **Normas gerais sobre saúde**: cabimento e limitações. Disponível em: <www.saude.caop.mp.br>. Acesso em 16 de ago. 2013.

ELIAS, P. E. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. **Revista São Paulo em Perspectiva**. vol.18 no.3 São Paulo July/Sept. 2004.

GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GREGORY, M. S. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HUMENHUK, H. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839.htm>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LIMA, C. R. M. **Informação e regulação da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-papers, 2005.

LIMA, R. S. de F. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, I. W; TIMM, L. B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LIMBERGER, T.; GRISON, L. Políticas públicas de direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. **Revista Estudos Jurídicos**. ISSN Eletrônico 2175-0491, Santa Cruz do Sul: 2010.

LUCHESE, P. **Introdução**: Políticas Públicas em Saúde. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br.htm>> Acesso em 18 mar 2013.

MARTINS. W. **Direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, M. A. A. et al. **Regulação em saúde**: aplicabilidade para concretização do pacto de gestão do SUS. Brasília: Cogitare Enferm 2009 Abr/Jun; 14(2):346-52.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SANTIN, V. F. **Controle judicial da Segurança Pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHULMAN, G. **Planos de saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

STEINMETZ, W. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TESSLER, M. I. B. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, nº40, p.80-81, 2001.

URBANO, H. E. M. C. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. **Revista de informação legislativa**. Ano 47. n. 188. Brasília: outubro-dezembro, 2010.

WEICHERT, M. A. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

