



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

TÂMARA LUZ MIRANDA RÊGO

**MEDIDAS ALTERNATIVAS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO NO ESTADO DA BAHIA**

SALVADOR

2017



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

TÂMARA LUZ MIRANDA RÊGO

**MEDIDAS ALTERNATIVAS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO NO ESTADO DA BAHIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Público, inserida na linha de pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos, área de concentração Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia.

**SALVADOR
2017**

R343

Rêgo, Tâmara Luz Miranda

Medidas alternativas e a desjudicialização da saúde: uma análise da situação no Estado da Bahia / por Tâmara Luz Miranda Rêgo. – 2017. 149 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2017.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Saúde pública - Bahia. I. Bahia, Saulo José Casali. II. Universidade Federal da Bahia. III. Título.

CDD-344.0321

TÂMARA LUZ MIRANDA RÊGO

**MEDIDAS ALTERNATIVAS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
UMA ANÁLISE SOBRE A SITUAÇÃO NO ESTADO DA BAHIA**

Tese submetida à aprovação como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em
Direito, pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca:

Aprovada em 23 de fevereiro de 2018.

Orientador: Prof. **Dr. Saulo José Casali Bahia**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador: Prof. **Dr. Dirley da Cunha Júnior**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador: Prof. **Dr. André Portella**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid

Examinador: Prof. **Dr. Lucas Gonçalves da Silva**
Professor da Universidade Federal de Sergipe
Doutor em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador: Prof. **Dr. Charles Silva Barbosa**
Professor da Faculdade de Tecnologia e Ciências
Doutor em direito pela Universidade Federal da Bahia

Dedico este trabalho a todos aqueles que dependem de um sistema público de saúde para cuidar da saúde, e por isso acordam de madrugada para pegar senha, aguardam horas e horas em filas, esperam dias, meses até anos para serem atendidos, e, muitas vezes, voltam para casa sem tratamento adequado.

Dedico, pois, àqueles que sobrevivem com fé, mesmo sem condições mínimas de existência e, ainda, assim, não perdem a esperança de viver num Brasil mais digno à pessoa humana.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela força e pelo equilíbrio mantidos ao longo desse trabalho.

Aos meus pais, à minha irmã, ao meu marido César Filho e ao meu filho, César Neto, pela compreensão, dedicação e amor transmitidos.

A todos os colegas, amigos e familiares que fortaleceram os meus caminhos nessa trajetória e contribuíram para o resultado final desta tese, em especial Thaize Carvalho, Vicente Passos, Geovane Peixoto, Vanesca Bispo, Poliana Brito, Mônica Lima, Andrea Brito, Kamayura Carvalho, Felipe Alabi, Deise Graciane, Camila Valois e todos os demais de dentro e fora da ASTEC.

Ao professor Dirley da Cunha Júnior pelo estímulo acadêmico e pela força intelectual.

Ao meu orientador Saulo José Casali Bahia, pela paciência, pela confiança, pela dedicação, pela competência profissional e pela oportunidade.

A todos vocês, minha eterna gratidão.

RESUMO

A presente pesquisa concentra seu objeto de estudo em torno da eficácia das medidas alternativas como forma de garantir o direito fundamental à saúde na atualidade. Nesse aspecto, a problemática invocada recai sobre a possibilidade de efetivar o direito à saúde por meio de medidas complementares ao sistema sanitário implantado no Brasil, após a Constituição de 1988, tendo como exemplo o Estado da Bahia. A partir da análise em evidência, será possível perceber que a busca por soluções consensuais e dialógicas constituem um importante instrumento de trabalho para a efetivação do direito à saúde no país. O objetivo principal desta tese é reconhecer que, apesar das dificuldades enfrentadas pelo Estado Brasileiro ao longo da sua história, os problemas em torno da saúde pública podem ser atenuados ou até mesmo superados mediante adoção de medidas resolutivas compatíveis com a dinâmica das relações sociais, econômicas e políticas contemporâneas. Além disso, por meio da temática abordada, será possível analisar o sistema sanitário estruturado no Estado da Bahia a fim de conhecer um pouco mais das suas peculiaridades e contribuir para o aperfeiçoamento do modelo alternativo adotado nessa região, desde a implantação da Câmara de Conciliação da Saúde, criada na Capital baiana, por meio do Convênio de Cooperação nº 01/2015. O estudo se firmou em dados empíricos fornecidos diretamente pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, além de análise teórica e explanatória sobre o assunto. Os resultados mostram uma redução na judicialização da saúde na Bahia. Contudo, apesar dos avanços obtidos, é indispensável investir no fortalecimento das vias alternativas adotadas no Estado, fomentando a ampliação de técnicas nesse sentido.

PALAVRAS CHAVES: **Eficácia. Medidas alternativas. Direito à saúde. Soluções consensuais.**

ABSTRACT

The present research aims to study the effectiveness of alternative measures as a way of guaranteeing the fundamental right to health in the present time. In this regard, the problem is based on the possibility of implementing the right to health through complementary measures to the health system implemented in the country after the 1988 constitution, using the State of Bahia as an example. From the analysis in evidence, it is possible to perceive that the search for consensual and dialogical solutions constitute an important working tool for the realization of the right to health in the country. The main objective of this thesis is to recognize that despite the difficulties faced by the Brazilian State throughout its history, public health problems can be attenuated or even overcome by adopting resolute measures that are compatible with the dynamics of social relations, economics and contemporary politics. In addition, through the theme discussed, it will be possible to analyze the sanitary system structured in the State of Bahia, in order to know a little more of its peculiarities and contribute to the improvement of the alternative model adopted in this region since the implementation of the Chamber of Conciliation of Health, created in the Bahian Capital, through Cooperation Agreement n° 01/2015. The study was based on empirical data provided directly by the Health Department of the State of Bahia as well as a theoretical and explanatory analysis of the subject. The results show a reduction in the judicialization of health in Bahia. However, despite the progress made, it is essential to invest in the strengthening of the alternative routes adopted in the State and to encourage the expansion of techniques in this regard.

KEYWORDS: Efficacy. Alternative measures. Right to health. Consensual solutions.

RIASSUNTO

La presente ricerca concentra il suo oggetto di studio sull'efficacia delle misure alternative come mezzo per garantire il diritto fondamentale alla salute nel tempo presente. A questo proposito, il problema si basa sulla possibilità di attuare il diritto alla salute attraverso misure complementari al sistema sanitario attuato nel paese, dopo la costituzione del 1988, prendendo ad esempio lo stato di Bahia. Dalle analisi in evidenza sarà possibile percepire che la ricerca di soluzioni consensuali e dialogiche costituisce un importante strumento di lavoro per la realizzazione del diritto alla salute nel Paese. L'obiettivo principale di questa tesi è riconoscere che, nonostante le difficoltà incontrate dallo Stato brasiliano nel corso della sua storia, i problemi di salute pubblica possono essere attenuati o addirittura superati adottando misure risolutive compatibili con la dinamica delle relazioni sociali, economico e politico. Inoltre, attraverso il tema discusso, sarà possibile analizzare il sistema sanitario strutturato nello Stato di Bahia per conoscere un po' più delle sue peculiarità e contribuire al miglioramento del modello alternativo adottato in questa regione, dall'attuazione della Camera di conciliazione di salute, creato nella capitale baiana, attraverso l'accordo di cooperazione n° 01/2015. Lo studio è stato basato su dati empirici forniti direttamente dal Dipartimento della Sanità dello Stato di Bahia, nonché un'analisi teorica e esplicativa sull'argomento. I risultati mostrano una riduzione della giudizializzazione della salute a Bahia. Tuttavia, nonostante i progressi compiuti, è essenziale investire nel rafforzamento delle rotte alternative adottate nello Stato, incoraggiando l'espansione delle tecniche a tale riguardo.

PAROLE CHIAVE: Efficacia. Misure alternative Diritto alla salute Soluzioni consensuali.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|---------|--|
| ANVISA | – AGÊNCIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA |
| CCS | – CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DE SAÚDE |
| CESAU | – CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA SAÚDE PÚBLICA |
| CNJ | – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA |
| CONASS | – CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS SAÚDE |
| CONITEC | – COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS |
| COSIS | – CORDENAÇÃO DE SISTEMAS |
| CREMEB | – CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DA BAHIA |
| CRLS | – CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE |
| CRFB | – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA |
| DPE | – DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA |
| DPU | – DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| FACEP | – FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA |
| HEMOBA | – FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DA BAHIA |
| IBGE | – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA |
| MS | – MINISTÉRIO DA SAÚDE |
| MPE | – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA |
| NAT JUS | – NÚCLEO DE ATENDIMENTO JUDICIAL |
| NCPC | – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL |
| NRS | – NÚCLEO REGIONAL DE SAÚDE |
| OMS | – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE |
| PGE | – PROCURADORIA GERAL DO ESTADO |
| PCDT | – PROTOCOLO CLÍNICO DE TRATAMENTO |
| RENAME | – RELAÇÃO NACIONAL DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS |
| STF | – SUPRENO TRIBUNAL FEDERAL |
| STJ | – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA |
| SUS | – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE |
| SIOPS | – SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE ORÇAMENTOS PÚBLICOS EM SAÚDE |
| SESAB | – SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA |
| SAMU | – SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL |
| TJ/BA | – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA |
| UPA | – UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO |

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

| | | |
|-------------------|--|-----|
| Gráfico 1 | Estrutura da Saúde no Estado da Bahia | 94 |
| Gráfico 2 | Gestão Hospitalar na Bahia | 95 |
| Gráfico 3 | Gestão hospitalar nos interiores do Estado da Bahia | 95 |
| Gráfico 4 | Demanda Judicializadas por Área Técnica em 2016 | 97 |
| Gráfico 5 | Quantitativo das Demandas Judiciais Relacionadas à Regulação.. | 98 |
| Gráfico 6 | Valores Gastos Relacionados à Regulação | 99 |
| Gráfico 7 | Valores Gastos a Medicamentos/ANO | 100 |
| Gráfico 8 | Público com Saúde <i>per capita</i> nas Regiões do Estado da Bahia em 2010 | 102 |
| Gráfico 9 | Medicamentos mais solicitados | 110 |
| Gráfico 10 | Percentual de Pareceres Emitidos..... | 113 |
| Gráfico 11 | Redução da Judicialização..... | 114 |
| Gráfico 12 | Demandas ajuizadas em face do Estado da Bahia, durante 2016 e o primeiro semestre de 2017..... | 115 |

LISTA DE TABELAS

| | | |
|-----------------|--|-----|
| Tabela 1 | Ranking de maiores gastos pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia em medicamentos judicializados | 102 |
| Tabela 2 | Gastos feitos pelo Estado da Bahia na área de saúde | 104 |

SUMÁRIO

| | | |
|-----------|--|-----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 | A CRISE NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA | 18 |
| 2.1 | A SAÚDE PÚBLICA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 18 |
| 2.2 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DE 1988.... | 27 |
| 2.3 | A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE | 42 |
| 3 | OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 47 |
| 3.1 | A QUESTÃO DA EFICÁCIA | 47 |
| 3.2 | A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL | 52 |
| 3.2 | AS REPERCUSSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL..... | 60 |
| 3.4 | ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE | 66 |
| 4 | A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA BRASILEIRO | 79 |
| 4.1 | A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA | 79 |
| 4.2 | INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL | 83 |
| 4.3 | O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA | 88 |
| 5. | O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA | 93 |
| 5.1 | A ESTRUTURA SANITÁRIA | 93 |
| 5.2 | O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO NO ESTADO DA BAHIA | 97 |
| 5.3 | MEDIDAS ALTERNATIVAS ADOTADAS NO ESTADO..... | 107 |
| 5.3.1 | Nat jus..... | 107 |
| 5.3.2 | A Câmara De Conciliação Da Saúde..... | 108 |
| 5.3.3 | Medidas Alternativas Possíveis: Críticas E Sugestões | 117 |
| 6. | CONCLUSÃO | 124 |
| 7. | REFERÊNCIAS | 127 |
| | ANEXO | 138 |

1 INTRODUÇÃO

O acesso à saúde é um direito que tem como inspiração o valor da igualdade entre todos os seres humanos e faz parte de um conjunto de direitos denominados de direitos sociais, relacionados aos princípios de dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, que visam atingir a justiça social.

Embora a Constituição de 1988 tenha conferido à saúde, *status* de norma fundamental à dignidade da pessoa humana, a sua aplicação em termos concretos exige a superação de questões política e econômicas que dificultam e ameaçam a força normativa da Constituição.

Contudo, apesar das dificuldades enfrentadas para efetivar o direito à saúde, verifica-se, cada vez mais, a aproximação entre gestores do Sistema Único de Saúde, juízes, promotores, procuradores, defensores públicos, organizações da sociedade civil, universidades, entre outros, em busca de soluções que não coloquem em risco a sustentabilidade do sistema de saúde brasileiro.

Dessa forma, o contexto atual exige mais que a implementação de políticas públicas e recursos financeiros. O diálogo entre os diversos atores da sociedade, bem como a adoção de medidas alternativas e complementares ao sistema sanitário vigente, despontam como propulsores na luta pela efetivação do direito à saúde no novo século a partir da construção de um novo paradigma social pautado na consensualidade administrativa e na desjudicialização da saúde.

Nesse sentido, verifica-se que a adoção de medidas alternativas criadas pelo ordenamento jurídico, de um modo geral, contribui tanto para a efetivação do direito à saúde quanto para a compreensão constitucional no país. Ademais, a impossibilidade de efetivar de forma plena e absoluta os direitos fundamentais de cunho material, não exclui a possibilidade de garantir uma vida humana digna.

Assim, para manter a força normativa da Constituição é preciso, antes de tudo, compreendê-la, a partir do contexto inserido, e adotar técnicas de soluções compatíveis com a realidade circundante, motivo que enseja a relevância científica desta tese, cujo objetivo central enaltece o diálogo promovido na sociedade a partir de 2009, por meio da Audiência Pública nº 04, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, para esclarecer questões atinentes à saúde pública brasileira, que, por sua vez, vem, progressivamente, contribuir para a interpretação pluralista da Constituição.

Apesar dos inúmeros trabalhos, artigos e pesquisas publicados no Brasil recentemente sobre o assunto, o estudo ora desenvolvido faz uma análise específica sobre a situação da saúde no Estado da Bahia. Nesse sentido, é preciso estimular de forma crescente a discussão em voga e abrir espaço para a consagração do novo fenômeno atual: a desjudicialização da saúde.

Diante deste cenário, verifica-se a necessidade de trazer à tona, a análise presente nesta pesquisa, cujo objetivo central é evidenciar de forma qualitativa e quantitativa as contribuições proporcionadas pelas medidas alternativas implementadas no Estado da Bahia, como forma de analisar o todo, por meio de uma parte.

Assim, apesar de existir um histórico importante de estudos empíricos no âmbito do Direito, verifica-se que em sua grande maioria eles foram realizados por cientistas sociais, o que, também justifica a presente tese.

Nesse sentido, considerando a importância dos estudos quantitativos para a compreensão do direito e a deficiência brasileira em relação a pesquisas desse porte, a ideia inicial era preconizar esse formato metodológico para mostrar as medidas alternativas adotadas pelo Estado brasileiro desde o ano de 2009 para efetivar o direito à saúde, pois conforme informa Alexandre Samy de Castro¹, a experiência internacional atesta que as pesquisas quantitativas têm contribuído de forma decisiva para o desenho institucional e de políticas públicas.

No entanto, considerando que o método quantitativo na pesquisa em Direito exige a estruturação de bancos de dados em formato numérico, pesquisas de opinião e pesquisas de campo, além do auxílio de um grupo de pesquisa específico, o uso dessa metodologia reduziu o escopo de abrangência da pesquisa, que utilizará como objeto de estudo o Estado da Bahia.

Dessa forma, foram utilizados, como dados da pesquisa, os relatórios de produtividade e monitoramento realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelos próprios órgãos e instituições investigados, os pareceres emitidos pela Câmara de Saúde da Bahia (CCS), bem como os dados e entrevistas disponibilizadas diretamente pela Secretária de Saúde do Estado da Bahia (SESAB) por meio de pesquisa *in locu*; as informações divulgadas oficialmente pelas referidas entidades e coletados em artigos e produções científicas publicadas sobre o tema, além da doutrina e jurisprudência.

¹ CASTRO, Alexandre Samy de. **O método quantitativo na pesquisa em direito**, publicado na obra: *Pesquisar Empiricamente o Direito*, organizada por Maira Rocha Machado, Rede de Pesquisa Empírica de Direito, 2017, p.72.

A presente investigação inscreve-se na linha de pesquisa de caráter qualitativo e de natureza exploratória, com utilização de uma estratégia metodológica que intercala técnicas quantitativas e qualitativas de produção, coleta e análise de dados. A pesquisa se delimitará ao estudo específico das ações adotadas, no Estado da Bahia, visando contribuir para o desenvolvimento sanitário regional (ou da região?). Ademais, para atender a proposta definida neste trabalho e analisar a situação do Brasil na efetivação do direito à saúde, serão destacadas, ainda, de forma genérica e exemplificativa, algumas medidas alternativas adotadas em outros Estados brasileiros.

A problemática de como é possível efetivar o direito à saúde na Bahia por meio da adoção de medidas alternativas ao modelo sanitário vigente e da consensualidade administrativa orientou a pesquisa. Buscou-se, então, analisar de maneira precisa a relação entre sociedade, gestão participativa e Poderes Estatais, com foco de abrangência nas estratégias extrajudiciais de efetivação do direito à saúde nas dimensões pública e privada.

Assim, o principal argumento da tese demonstra que a efetivação do direito à saúde no Estado da Bahia pode ser alcançado/atingido, também, por meio de um conjunto articulado de medidas alternativas, resolutivas e complementares ao modelo sanitário implementado pelo Sistema Único de Saúde, mas que essas medidas dependem, por sua vez, da participação conjunta dos diversos atores sociais envolvidos no sistema.

Esta tese pretende confirmar as hipóteses de que: i) apesar das dificuldades políticas e econômicas desenhadas no país, outras medidas podem ser adotadas para efetivar o direito à saúde; ii) as ações alternativas devem ser adotadas de acordo com o contexto histórico, político e econômico de cada região; e iii) a participação conjunta dos diversos atores sociais é indispensável para a mudança do paradigma constituído, e conseqüentemente para a efetivação do direito à saúde.

Nesses termos, no capítulo inicial, a crise na saúde pública brasileira será abordada a partir de uma perspectiva histórica, política e econômica, cuja finalidade é demonstrar que, longe de ser um problema recente, o direito à saúde, desde a origem da formação do Estado Brasileiro, enfrenta dificuldades.

No capítulo seguinte, serão abordados os principais obstáculos à efetivação do direito à saúde, destacando a questão da judicialização da saúde, do ativismo judicial e da reserva do possível.

Ultrapassadas as questões problemáticas, inicia-se “a construção de um novo paradigma brasileiro”, no qual as dificuldades cedem espaço à resolutividade e o litígio tende a ser substituído pela consensualidade. Assim, neste capítulo, será possível perceber que uma nova administração pública é possível no Estado brasileiro contemporâneo por meio de uma reestruturação dos instrumentos de ação utilizados e com o apoio de agentes atuantes.

Em seguida, o Estado da Bahia será palco de pesquisa para análise das alternativas, consensuais implementadas na região, com a finalidade de aferir se os efeitos decorrentes dessas ações contribuem para a efetivação do direito à saúde à população local, e de que forma podem ser aperfeiçoados, criticando as medidas adotadas e sugerindo a adoção de outras medidas resolutivas possíveis, a partir do contexto inserido. Nesse aspecto, serão analisadas questões peculiares do Estado Baiano, como a sua estrutura sanitária e o impacto da judicialização nos custos e investimentos na região.

Finalmente, no último capítulo, as conclusões serão estabelecidas doravante as evidências pesquisadas com o intuito de avaliar as perspectivas presentes e futuras do quadro sanitário brasileiro.

2 A CRISE NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA

A crise na saúde pública brasileira não retrata um fenômeno recente e isolado na história do país. Pelo contrário, envolve conflitos políticos, econômicos, sociais e até mesmo morais existentes desde o período colonial. Trata-se, portanto, de um colapso enfrentado pelo Estado Social que põe em risco a própria democracia estatal. Dessa forma, para melhor compreender as medidas adotadas para superar a crise na saúde pública no Brasil é indispensável refletir sobre a própria evolução do tema invocado a partir de uma perspectiva histórica, política e econômica, conforme delineado a seguir.

Neste capítulo inaugural, a proposta é analisar a crise da saúde pública no Brasil sob a perspectiva histórica, política e econômica com a finalidade de expor os obstáculos e os desafios que envolvem o problema da efetivação do direito à saúde no Brasil da sua origem aos dias atuais. E para compreender a crise em evidência, destaca-se a explicação de Geovane Peixoto:

O advento de uma crise significa que algo, até mesmo um modelo que tenha sido adotado, não está mais funcionando, ou seja, não atinge mais o fim para o qual foi colimado. A existência de uma crise, porém, dentro das ciências, não deve ser vista de maneira demeritória, pois significa que naquele campo científico continua existindo reflexividade acerca dos dogmas e princípios que o compõe².

Fundamental, por conseguinte, é identificar um momento caótico como uma oportunidade de reflexividade acerca de um modelo sanitário que funciona de forma insatisfatória.

2.1 A SAÚDE PÚBLICA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Segundo a definição estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS³), considera-se saúde um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente na ausência de uma doença ou uma enfermidade.

² PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**, Ed. JusPodvm, 2013, p.78.

³ A OMS é uma agência especializada em saúde, fundada em abril de 1948 e subordinada as Organizações das Nações Unidas, tendo por objetivo desenvolver ao máximo possível o nível de saúde todos os povos.

Trata-se, desse modo, de um conceito amplo e complexo, apto a compreender de forma associada as diversas causas que podem ensejar malefícios a saúde humana, diferentemente da ideia utilizada em tempos anteriores, em que a saúde era tratada de forma restrita.

Conforme ensina Ana Paula Oriola de Raeffray⁴:

O significado da saúde humana não encontra, é claro, uma única definição, dependendo cada uma delas do momento histórico em que é obtido. Mas, a saúde é uma questão de sobrevivência, quando o homem precisa submeter as forças da natureza, que atuam sobre o seu próprio corpo, à sua vontade.

Embora a Constituição em vigência não tenha delimitado de forma objetiva o conceito de saúde, conforme será verificado em tópico específico, o mesmo deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade humana.

Da Colônia ao Império, a concepção de saúde pública no Brasil estava atrelada aos surtos epidêmicos que assolavam o país. Dessa forma, as medidas sanitárias aplicadas pelo Estado eram destinadas à fiscalização e ao combate específico de doenças como a lepra, febre amarela, varíola, tuberculose, malária, tifo e peste bubônica provocadas tanto pelo intenso intercâmbio marítimo e terrestre de mercadorias e pessoas quanto pelo crescimento desordenado das cidades. A responsabilidade no tratamento de outras moléstias, por sua vez, foram assumidas por instituições particulares e religiosas.

Com a vigência da primeira Carta Constitucional, a saúde pública foi garantida, no artigo 179, de forma precária e limitada sob a denominação de “socorro público”⁵, consubstanciando a prática de alguns atos pelo Estado durante a Monarquia, que visava à proteção da saúde. Conforme expõe Ana Paula Raeffray⁶, apesar do inexpressivo espaço cedido pela Constituição de 1824 aos direitos sociais, cuidados com a saúde dos escolares e pessoas com problemas mentais foram assumidos pelo país.

Nesse sentido, para exemplificar algumas medidas utilizadas para assegurar, de alguma forma, a Saúde Pública do Reino do Brasil, Ana Paula Oriola⁷ lembra as normas para vigilância sanitária adotada nos Portos do Estado, o controle de mercadorias e comestíveis, bem como do exercício profissional e dos exames de medicina e farmácia, a vigilância de boticas, a criação

⁴RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.23

⁵A Constituição Imperial de 1824 rendeu homenagem à proteção social no artigo 179, inciso XXXI, com a seguinte redação: Art. 179. A inviolabilidade do direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade é garantida pela Constituição do Império, pela seguinte maneira: (...) XXXI. A constituição também garante os socorros públicos.

⁶ Idem, p. 133.

⁷ Idem, p.135.

da Junta de Instituição Vacínica, dentre outras. Outrossim, importante considerar, ainda, a estrutura social relatada pela autora:

Em 1819 o Brasil tinha uma população total de 3.596.132 habitantes, sendo que deste total 1.107.389 eram escravos, ou seja, população totalmente excluída da sociedade. Era uma população concentrada, cerca de 74% em torno dos principais portos exportadores e no interior das Capitânicas costeiras como Rio de Janeiro, Bahia, Pernambuco e Paraíba⁸.

É possível notar que, além de inexpressiva, a saúde pública no Brasil, era, também, excludente, concentrada e insatisfatória ao atendimento das demandas populacionais.

Na Bahia, a preservação da saúde passou a representar um sinal de civilização e progresso social, especialmente, a partir da chegada da Corte portuguesa. Todavia, as intervenções dos poderes públicos no intuito de melhorar a salubridade da província se tornaram mais pontuais depois do abalo provocado pela epidemia de cólera (1855), que causou grandes números de mortes, desabastecimento da capital e crise econômica.

As ações eram incipientes, limitadas pela conjuntura política, econômica e sociocultural. Ainda sobre a situação da saúde no Estado baiano, Christiane Cruz de Souza aponta que:

O modelo liberal adotado pelo Império previa a intervenção dos poderes públicos somente em períodos de calamidade, como os de epidemia. Após a epidemia de febre amarela em 1849, por exemplo, o governo provincial criou em 1853, com recursos do governo imperial o Hospital de Isolamento, que seria um espaço permanente de assistência aos portadores de doenças transmissíveis. Este, entretanto, só funcionava nas quadras epidêmicas, dentre outras coisas, devido à falta de dotação orçamentária para a sua manutenção⁹.

A Constituição de 1981 previa que cada unidade federativa deveria prover as expensas próprias e as necessidades de seu Governo e administração; dessa forma, o combate às doenças epidêmicas passou a ser uma responsabilidade do estado.

Nesse sentido, uma lenta mudança pôde ser verificada nas duas primeiras décadas do século XX, no Estado da Bahia, que não muito diferente dos demais estados, ainda sofria com a assolação da febre amarela, cólera, peste bulbônica, varíola, malária, gripe e varíola, conforme aponta Christiane Maria da Cruz ao estudar o quadro. Diante disso, sucessivos governadores da Bahia se esforçaram para construir uma estrutura mínima de saúde, para fazer frente às epidemias que irrompiam, continuamente no estado. Até as primeiras décadas do século XX,

⁸ Idem, p.137.

⁹ DA CRUZ, Christiane Maria. **Saúde Pública e assistência na Bahia na primeira metade do século XX: o protagonismo dos médicos e das mulheres da elite**, disponível no site: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300886528_ARQUIVO_anpuh2011-historiasaudeBahia.pdf, acessado em julho de 2017.

grande parte dos recursos do governo federal eram direcionados para a constituição de equipamentos de saúde voltados para a profilaxia, diagnóstico e tratamento de doenças epidêmicas¹⁰.

Os primeiros anos da República foram marcados pelo agravamento da saúde brasileira. Em razão da descentralização administrativa, da falta de recursos e infraestrutura, o pesadelo epidêmico do período anterior permanecia, culminando com as campanhas de vacinação:

As campanhas de vacinação contra as doenças eram de cunho imediatista, visando proteger apenas a mão de obra utilizada no comércio cafeeiro ou alguma epidemia ou calamidade pública, situações que não poderiam ser desconsideradas pelo Estado. A década de 20 revela a crise da sociedade brasileira em face do crescimento urbano e do desenvolvimento industrial, engrenando a máquina capitalista. Cresce, portanto, a questão em torno das medidas de saúde pública¹¹.

Ademais, o combate às doenças infecciosas foi intensificado com as obras de saneamento e as práticas de imunização, promovidas pelos Institutos de Pesquisa, ensejando descontentamentos populares frequentes, como a Revolta da Vacina¹², ocorrida em 1907 na cidade do Rio de Janeiro. Apesar da omissão constitucional e normativa no tocante a direitos previdenciários ou de saúde, verifica-se que o crescimento urbano e industrial, bem como a abolição da escravidão, durante o período republicano, ensejou o aumento da classe trabalhadora e, conseqüentemente, de medidas voltadas a ampliar o atendimento à saúde.

Dentre as medidas adotadas, destaca-se a reforma implementada por Carlos Chagas, em 1923, com a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública e a Lei Elói Chaves, considerada a primeira lei nacional atinente à regulamentação previdenciária. Posteriormente, em 1930, foi criado o Ministério da Educação e Saúde.

Desse modo, a concepção de saúde pública, a partir da década de 30, avança no cenário nacional, graças ao desenvolvimento da medicina previdenciária e da seguridade social, culminando em 1934 numa Constituição inspirada em bases sociais, mas que, ainda, refletia um modelo muito mais político, conforme ensina Ana Paula de Oriola Raeffray:

Na verdade inicia-se a migração dos valores meramente políticos para os valores sociais, primando-se o trabalho e, por esta razão o trabalhador. O Brasil passava por um industrialismo retardado. Mas, ainda não era a saúde de toda a população que se caracterizava como fato imbuído de relevante valor para receber a roupagem de modelo jurídico.

¹⁰ Idem.

¹¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.32

¹² Esta revolta foi de caráter popular, durante o início do período republicano ano no Brasil, marcado por vários conflitos e revoltas populares, foi desencadeado pela campanha da vacina obrigatória imposta pelo Governo Federal proposta pelo sanitarista Oswaldo Cruz.

O Modelo Constitucional de 1934 é, na verdade, um reflexo político, mais do que social. Na verdade, GETÚLIO não queria se mostrar um ditador, mas sim um político engajado ao Movimento Mundial de Garantia e Proteção do Trabalhador. Assim, o modelo de assistência à saúde visava apenas e tão somente proteger a relação capital-trabalho¹³.

Assim, além dos avanços no âmbito trabalhista e previdenciário, a Constituição de 1934 atribuiu aos entes federativos a competência de cuidar da saúde a assistências públicas, bem como adotar medidas voltadas a restringir a mortalidade e a morbidade infantis e de higiene social, mental, dentre outras. Wagner Balera também afirma que:

A efêmera duração daquela Lei Fundamental não nos impede de reconhecer nela um dos mais avançados sistemas de proteção social que já se instituíram no Brasil. [...] No primeiro Diploma Fundamental pátrio a proteção social figurava como “socorro” concedido ao cidadão pelo Estado. Com a Constituição de 1934, a proteção social é um seguro para o qual contribuem tanto o trabalhador como o empregador e, em igualdade de condições com essas categorias, o próprio Poder Público¹⁴.

Nesse sentido, durante o Estado Novo, a Constituição de 1937, se comparada à anterior, pouco inovou no quesito saúde pública, atribuindo à União, em seu artigo 16, XXVII, a competência privativa para legislar sobre normas fundamentais de defesa e proteção da saúde; especialmente da saúde da criança; e, autorizando os Estados a legislarem supletivamente, em seu artigo 18, sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais, além de abranger os riscos sociais e a assistência médica ao trabalhador e à gestante.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 378/37 instituiu o Departamento Nacional de Saúde que passou a desempenhar atividades fundamentais no campo da saúde, tanto no âmbito federal quanto no âmbito estadual, por meio dos Departamentos Estaduais de Saúde¹⁵. Nos centros urbanos, a assistência médica era praticada, em grande parte, por médicos de caráter privado e prestada pela Previdência Social em ascensão, enquanto a assistência hospitalar estava concentrada nas casas de misericórdia.

Após a reformulação do Ministério da Educação e da Saúde, em 1942, foram implantados os Serviços Especiais de Saúde (SESP) que passou a desenvolver uma assistência médica a pacientes de todas as idades; no entanto, até a década de 50, não se verifica nenhuma expansão significativa da assistência médica individual à população brasileira¹⁶.

¹³RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.170

¹⁴BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**, 3ª edição, São Paulo; LTr, p.35.

¹⁵RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.177

¹⁶ Idem, p.182.

Assim:

O grande problema pairava sobre os habitantes das zonas rurais, os quais recebiam assistência médica de instituições de caridade ou de serviços oficiais, já que estes, por não serem trabalhadores formais, não contribuíam com o seguro social. Logo, quem recebia os serviços de maior qualidade eram os trabalhadores contribuintes e aos desempregados e trabalhadores informais eram oferecidos serviços nitidamente inferiores, os quais ficavam sob a responsabilidade do Ministério de Educação e Saúde Pública¹⁷.

A redemocratização, verificada após a queda de Vargas, restabeleceu no país a garantia de direitos suplantados na ditadura imposta pelo governo anterior. Dessa forma, embora a Carta Constitucional de 1946 não tenha proporcionado assistência médica à população dissociada da medicina previdenciária, é certo que, sob a égide da Constituição Federal de 1946, várias medidas foram tomadas em prol do crescimento da proteção à saúde, como, por exemplo, a criação em 1953 do Ministério da Saúde¹⁸.

Segundo aponta Marília Coser Mansur, a maior presença do Estado na saúde pública foi acontecer principalmente após a criação do Ministério da Saúde, quando houve uma maior organização dos serviços, criação de departamentos específicos para cada finalidade. O Ministério da Saúde era responsável pela formulação de políticas nacionais de saúde, de alimentação e de nutrição, assim como pelas ações de atenção à saúde de interesse coletivo¹⁹. O Ministério da Saúde foi financiado com recursos do Tesouro, do qual faziam parte, em maior proporção, os Recursos Ordinários da União. Em termos orçamentários, o Ministério da Saúde não recebia uma grande fatia de recursos para implementar seus programas.

Pelos dados a seguir, verifica-se que houve um declínio nos percentuais destinados ao Ministério nas décadas de 60 e 70 pelo orçamento geral da União: em 1968, coube ao MS 2,21%; em 1972, houve redução para 1,40%; em 1973, foi de apenas 0,91%; e em 1974, de 0,90%²⁰. Portanto, se até o início do século XX a assistência médica (cura de doenças) era realizada ou por médicos que atendiam somente aqueles capazes de pagar por seus serviços, ou por instituições de caridade sustentadas pela Igreja e por doações, sem a participação do Estado, a partir da década de 60, o Estado Brasileiro passa a internalizar a concepção definida pela

¹⁷ SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: Quem é e como vive*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p.39.

¹⁸ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal*. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.204.

¹⁹ MANSUR, Marília Coser. *O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990*. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001.p.116. Disponível em https://portaldesites.icict.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00007207&lng=pt&nrm=iso, acessado em 12 de novembro de 2017.

²⁰ BRAGA, José Carlos e PAULA, Sérgio Góes de, 1981. *Saúde e Previdência: estudos de política social*. São Paulo: CEBES/ HUCITEC.

OMS, em 1948, em razão dos acontecimentos que movimentaram o mundo à época. Conforme assinala Telma Menicucci:

[...] a necessidade de se organizar as conferências mencionadas não surgiram do nada. Vieram, principalmente, a partir da década de 60 marcada mundialmente por alterações nos cenários políticos e pelos apelos por “*sexo, drogase rockn’roll*”. Motivadas por pensamentos libertários, foi nessa época também que se iniciaram as discussões e mobilizações que marcaram profundamente a história da Saúde Pública no Mundo, pensamentos de ousadia e com experiências nacionalistas permitiram a elaboração da Declaração de Alma-Ata, e assim, a ampliação da compreensão da complexidade da garantia desse direito fundamental ao ser humano: a saúde, e a alteração de estratégias originaram o pensamento da promoção da saúde sendo um eixo fundamental para atingir a utopia de “*Saúde para todos até o ano 2000*”²¹.

Nesse contexto:

A partir do conceito da OMS, na década de 70, na América Latina, cresceu a importância das ciências sociais na abordagem a saúde. Razão pela qual foram organizadas Conferências, como a de Alma-Ata e a Conferência de Ottawa, para se pensar estratégias para melhorar a promoção da saúde em nível mundial e se chegar ao completo em estar físico, mental e social²².

A participação privada era superior à gestão pública na assistência à saúde, nesse mesmo período, conforme apontado pelo então Ministro da saúde Wilson Fadul, segundo o qual nesse mesmo período, a rede hospitalar privada era muito superior à rede pública existentes²³.

Nesse sentido, a crise financeira verificada na Previdência Social desde o final da década de 50 e que se prolonga ao longo da década de 60 enseja, em 1966, a substituição dos IAPs pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que propunha uma nova base de financiamento ao sistema previdenciário, cujo controle financeiro é assumido pelo Estado enquanto a assistência médica é prestada pelo setor empresarial, conforme aponta Ana Paula Oriola²⁴:

É certo que este novo modelo no qual o Estado é o grande financiador dos sistemas, por meio da Previdência Social; o setor privado como prestador de assistência médica e o setor privado internacional como produtor de insumos para o segmento, derivou não apenas do desenvolvimento do país, mas também de um conjunto de políticas sociais compensatórias visando a legitimação do regime militar, viabilizadas pelo “milagre brasileiro”.

²¹MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p.158.

²²CARLOS Neto, Daniel; DENDASK, Carla; OLIVEIRA, Euzébio de. **A evolução da Saúde Pública** – Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, Vol.1. Ano.1. Março, 2016, pp52-67 ISSN:2448-0959- acesso em 23-072017: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/a-evolucao-historica-da-saude-publica>.

²³FADUL, Wilson. Anais da 3ª conferência Nacional de Saúde – Niterói: Prefeitura Municipal e Secretaria de Saúde, 1992.

²⁴RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.239.

Outrossim:

Até 1964, a assistência médica previdenciária era prestada, principalmente, pela rede de serviços próprios dos IAPs, compostas por hospitais, ambulatórios e consultórios médicos. A partir da criação do INPS, alegando a incapacidade de a rede própria de serviços fornecer assistência médica a todos os beneficiários, foi priorizada a contratação de serviços de terceiros. Essa tendência de abandono das ações executivas, em benefício do setor privado foi estabelecida para todos os ministérios, nas Constituições de 1967 e de 1969, bem como no decreto-lei 200/1968²⁵.

Nesse contexto, o governo militar, imposto após o golpe de 1964, sedimentou o caráter privado de assistência à saúde por meio de convênios estabelecidos com o setor privado nacional e estrangeiro, especialmente por meio da implementação da medicina de grupo, e ampliou os gastos com a medicina previdenciária, centralizando, definitivamente, a responsabilidade dessa assistência por meio da Previdência Social.

Desse modo, verifica-se que o modelo de gestão empresarial implementado permitiu a continuidade de uma assistência médica excludente que priorizava a “modernização” da economia em detrimento dos serviços sociais, ou seja:

Esse modelo de modernização baseou-se no incremento financeiro governamental com a infraestrutura econômica e forte redução nas políticas sociais. As reformas realizadas nesse sentido, além de favorecerem a acumulação capitalista, submeteram o Estado às regras do capital privado.

Na medida em que as reformas conseguiram normalizar a economia, mas não acelerar o crescimento, a partir de 1968 foi implementada uma política de expansão do crédito favorecendo a construção civil, a indústria automobilística e outras indústrias de bens duráveis de consumo. O capital internacional encontrava no país as condições ideais para investimento: mão-de-obra abundante, salários baixos e repressão à atividade política e à organização sindical. Foi um período de grande crescimento econômico do país e empobrecimento de grandes massas²⁶.

Considerando que o crescimento da medicina previdenciária diminuiu e que, ao contrário da saúde pública de caráter preventivo e assistencial, estava centrada no hospital e na atenção de caráter curativo, verifica-se que as medidas adotadas durante o governo militar não se propunham a implantar um programa efetivo para melhorar a saúde da população brasileira por meio do combate à pobreza e melhor distribuição de renda; mas, pelo contrário, os gastos com a saúde pública, eram suportados pelos assalariados. Entre os anos de 1920 e os anos de 1980, o Brasil conviveu com dois tipos de atenção à saúde, a saúde pública e a medicina

²⁵ESCOREL, S. **História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária.** In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008. p.385-434

²⁶ Idem, p.385-434.

previdenciária, sendo esta última restrita àqueles pertencentes às categorias de trabalho reconhecidas por lei e para as quais criou-se um seguro social²⁷.

Dentre as medidas governamentais adotadas na área de saúde, a partir de 1974, destacam-se o Plano de Pronta Ação (PPA) e o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), implementadas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, além da regulamentação do Sistema Nacional de Saúde (revogado pela lei 8.080/90) e ampliação da competência do Ministério da Saúde, na seguinte forma:

Segundo esse diploma legal, cabe ao Ministério da Saúde a formulação da política nacional de saúde e a promoção ou execução de medidas preferencialmente de alcance coletivo, em especial quanto a doenças transmissíveis; elaboração de normas técnicas de promoção e recuperação da saúde; assistência ao Governo da União na formulação da política nacional de alimentação e nutrição; a coordenação da ação de vigilância epidemiológica; o controle de drogas, medicamentos e alimentos para consumo humano; avaliação do estado sanitário da população e dos recursos disponíveis para sua melhoria; fiscalização das condições de exercício das profissões relacionadas diretamente à saúde; controle sanitário sobre as migrações²⁸.

Em agosto de 1976, foi aprovado pelo então presidente GEISEL, o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento – PIASS –, cuja finalidade era desenvolver a assistência primária à saúde baseado em medidas voltadas à privatização da saúde, como a venda de todos os hospitais governamentais para a iniciativa privada, que, desde 1968, já tinha sido proposta pelo Ministério da Saúde como forma de deixar ao Estado o papel de financiador dos serviços privados custeados parcialmente pelos pacientes.

O processo de universalização da assistência médica iniciou-se com a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS –, dentro do Sistema Nacional de Saúde, que passou a integrar em sua estrutura, em 1977, o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINDAS –, complementado em 1980, pelo PREVSAÚDE, que, na sua primeira versão, baseava-se nos princípios da Organização Pan-americana da Saúde.

A proposta de unificação dos sistemas de saúde, por sua vez, foi feita em 1987 por iniciativa da Previdência Social, tendo sido, portanto, pouco tempo antes da promulgação da Carta Constitucional que viria a mudar os rumos da saúde pública brasileira.

²⁷ MANSUR, Marília Coser. **O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 116 p. Disponível em https://portaldesic.iciet.fiocruz.br/transf.php?id=00007203&lng=pt&script=thes_chap, acessado em 12 de novembro de 2017.

²⁸ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.239.

Ao final da ditadura militar, era possível perceber a imposição de normas jurídicas voltadas a atender o interesse dos militares, transformando a saúde num simples gerador de rendas. Dessa forma, verifica-se que do Império à Ditadura, a atenção à saúde pública, assim como aos demais direitos sociais, não foi priorizada pelo Estado.

Se durante a primeira metade do século XIX a saúde pública era quase inexpressiva no Brasil, a partir daí passou a privilegiar um modelo de caráter privado e previdenciário que não conseguiu suprir seus próprios interesses, pois:

No início dos anos 80, o modelo de assistência à saúde vigente, apurado durante a década de 70 já estava em patente declínio, pois os elevados custos da assistência médica, diante da recessão econômica e da crise fiscal do Estado provocaram uma grave crise da Previdência Social, desestabilizando completamente esse modelo²⁹.

As políticas sociais que acompanharam quase todas as décadas do século XX estavam ancoradas na questão da cidadania regulada. Houve uma ampliação dos direitos dos cidadãos neste período; contudo, como cidadãos, eram considerados apenas os indivíduos pertencentes ao mercado de trabalho formal, para as profissões reconhecidas em lei. O sistema de proteção social no Brasil ficou atrelado a esta cidadania regulada até os anos 80³⁰.

A Constituição de 1988, conforme será visto a seguir, reproduziu um avanço de demandas políticas e sociais dos anos 80, consubstanciado num sistema de proteção social que reorganizava o setor de saúde, denominado Sistema Único de Saúde - SUS.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DE 1988

O término do governo militar significou muito mais que o fim de um período autoritário e sombrio. O *déficit* social, construído ao longo de vinte e um anos de ditadura, contribuiu para a formação de um pensamento crítico e inovador, disposto a implementar um sistema sanitário adequado ao tratamento da saúde pública.

²⁹RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal**. Editora QuartierLatin, São Paulo, 2005, p.260.

³⁰ MANSUR, Marília Coser. **O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. p.116. Disponível em https://portaldesicict.fiocruz.br/transf.php?id=00007203&lng=pt&script=thes_chap, acessado em 12 de novembro de 2017.

Isso não significa que antes da Constituição de 1988 o tratamento à saúde pública no Brasil inexistisse. Algumas políticas voltadas ao atendimento sanitário da população foram adotadas pelos governantes da época; contudo de forma restrita. Era necessário reforçar a fundamentalidade dos direitos sociais implementados a partir da Constituição de 1934. Para dar sentido à concepção disseminada pela OMS, Sônia Fleury relata:

Percebia-se que os anos de autoritarismo haviam deteriorado ainda mais as condições da população carente, a qual permanecia excluída do processo de crescimento do país. O novo governo reconhecia que se tratava do resgate da “dívida social” que o país tinha com seus cidadãos.

A postulação do direito à saúde implicava, por um lado, na reconceituação da saúde e, por outro, na criação de uma estrutura institucional que viabilizasse e garantisse o gozo deste direito. A revisão do conceito de saúde se faz numa dupla dimensão: i) como concepção ampliada, incorporando os determinantes sociais do processo saúde/doença em uma perspectiva de atenção integral às necessidades da população, com a superação do paradigma clínico de atenção às enfermidades, para se projetar uma nova divisão de trabalho que atue em todas as funções inerentes à promoção prevenção e reabilitação, garantindo ao paciente o lugar de sujeito ativo da sua condição sanitária; ii) a saúde assume a condição de função pública, a partir da definição de suas ações e serviços como sendo de relevância pública, reafirmando as prerrogativas do Poder Público de regulação, fiscalização e controle, independentemente do regime de propriedade do provedor³¹.

Nesse sentido, a VIII Conferência Nacional de Saúde³², ocorrida em 1986, solidificou as bases para implantação de um sistema de saúde unificado, descentralizado e universal, cuja essência foi incorporada pela Constituição de 1988 e, posteriormente, utilizada na criação de um novo modelo sanitário, por meio das leis 8080/90 e 8142/90. A Reforma Sanitária abriu caminho para a construção de nova era na saúde pública brasileira a partir da abolição do modelo excludente do Seguro Social e, sobretudo, da reconstrução da relação Estado-sociedade, com a adoção dos princípios³³ como garantias individuais. Sobre isso, esclarece Wal Martins:

Até a Constituição de 1988, nenhuma outra Constituição havia se referido expressamente à saúde como parte integrante do interesse público e como princípio-garantia em benefício do indivíduo, pois, como demonstrado, nas Constituições anteriores a assistência à saúde era assegurada ao indivíduo, exclusivamente na condição de trabalhador.³⁴

³¹FLEURY, Sônia. **A questão Democrática na Saúde**. In: Saúde e Democracia – São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p.67.

³² **A VIII Conferência de Saúde**, realizada em 1986, foi um dos principais momentos na luta pela universalização da saúde no Brasil e contou com a participação de diferentes atores sociais, dentre eles profissionais da área, acadêmicos, movimentos populares de saúde, sindicatos e outros implicados na transformação dos serviços de saúde.

³³ Segundo Robert Alexy, princípios são, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.80.

³⁴ MARTINS, Wal. **Direito à saúde**, Editora Fórum, 2008, p.47.

A Constituição de 1988 classificou, em seu Capítulo II, Título II, artigo 6º, à saúde como um direito social, presente no rol dos direitos e garantias fundamentais, ao lado da educação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. De acordo com a atual Constituição, o direito à saúde é um direito de natureza social, considerado fundamental à pessoa humana, e, portanto, inalienável, imprescritível, irrenunciável, limitado e histórico. Ao comentar sobre a incorporação dos direitos sociais nas Constituições Brasileiras, Dirley da Cunha Júnior³⁵ aponta que os direitos sociais no Brasil despontam a partir da Constituição de 1934, por obra do constitucionalismo social difundido por todo o mundo com a revolucionária Constituição mexicana de 1917, seguindo firme a diante. Contudo, o autor destaca o avanço proporcionado pela Constituição de 1988 em relação aos direitos sociais ao afirmar que:

A constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no Título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial³⁶.

Embora a expressão direitos fundamentais não seja a única utilizada pela doutrina para explorar essa categoria de direitos, ao lado de outras, como direitos naturais, direitos humanos, direitos fundamentais do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos da pessoa humana, foi assim utilizada pela Constituição Federal de 1988, compreendendo, dentre tantas espécies, os direitos sociais. Ao tratar das variações e inadequações terminológicas usadas pela doutrina, Dirley da Cunha Júnior, aponta, ainda, que os direitos fundamentais vêm sofrendo mutações e assumindo novas dimensões com o envolver da história, conforme as exigências específicas de cada momento, o que dificulta uma conceituação material ampla e proveitosa, de modo que em última análise, os direitos fundamentais devem ser entendidos como as reivindicações indeclináveis que correspondem a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade, ou mesmo no plano universal. Assim, afirma que:

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana³⁷

³⁵ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, JusPodvum, p.550.

³⁶ Idem. op.cit, p.557.

³⁷ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, JusPodvum, p.557.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins definem os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual³⁸. Essa definição, segundo os referidos autores, permite uma orientação preliminar na matéria ao levar em consideração alguns elementos básicos: a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoas vs. Estados); b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); c) a sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal³⁹.

Fábio Konder Comparato identificou os direitos fundamentais como os valores mais importantes da convivência humana, que, por sua vez, foram concebidos por Dirley da Cunha Júnior como princípios jurídicos-constitucionais especiais que concretizam o respeito à dignidade humana, surgidos no final do século XVIII, com a criação do Estado Constitucional. Contudo esse autor ressalta:

Não obstante, é preciso salientar que eles são consequências da própria evolução da humanidade, cujo ideal libertário principiara desde a antiguidade, a partir da concepção de direitos inatos do homem, em razão de sua, unicamente, condição humana⁴⁰.

Assim, se é certo afirmar que a origem dos direitos fundamentais está intrinsecamente vinculada ao movimento de limitação dos poderes estatais desencadeado pelo constitucionalismo, tão certa é a ideia de que esses direitos surgiram com a própria existência humana, especialmente, quando se trata de direito à saúde, que não pode ser dissociado desta condição. Todavia, esses direitos para poderem ser reconhecidos, efetivos e acatados, precisam receber formulação jurídica adequada, o que veio a ocorrer por meio das “Declarações solenes” e, notadamente e num momento posterior, nas “Constituições políticas de cada Estado”⁴¹.

Nesses termos, embora seja possível identificar materialmente a existência de direitos fundamentais como corolários a própria condição humana, e, portanto existentes muito antes da sua contemplação formal, somente a partir das Declarações solenes, que estes direitos passam a ganhar dimensão jurídica. Além da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, diversos outros instrumentos pretéritos asseguraram os direitos fundamentais ao longo

³⁸ DIMOULIS Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Editora Atlas, 4ª Edição, São Paulo, 2012, pág. 40.

³⁹ Idem, p.40.

⁴⁰ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, JusPodvum, p.557.

⁴¹ Idem, p.598.

da história. Nesse passo, encontram-se a Magna Carta, no século XIII, em seguida as Declarações inglesas do século XVII, conhecidas como a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment (1679) e o Bill of Rights (1688).

O caráter universal da Declaração Francesa de 1789, marcada notadamente pelo seu mundialismo, delineou as bases da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em Paris⁴². Importante destacar que o desenvolvimento do direito internacional público no século XX e, principalmente, após o fim da Segunda Guerra Mundial, teve como consequência a crescente internacionalização dos direitos fundamentais que são designados, em âmbito internacional, com a expressão direitos humanos⁴³.

A consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras constituições no final do século XVIII, possibilitou uma maior visibilidade dos direitos fundamentais, que, a partir de então, passam a ser reconhecidos por meio de dimensões históricas que se complementam. Nesse momento, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais, que por decorrerem do pensamento liberal burguês da época, são considerados como liberdades públicas relativas aos direitos civis e políticos, e, portanto, demandam uma atuação negativa do Estado, considerada por Jellinek, com status negativos, exercidos por meio de uma função de defesa⁴⁴.

Segundo Celso Lafer os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são frutos (ressalvados certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder⁴⁵.

Verifica-se que os direitos que compunham a primeira dimensão dos direitos fundamentais encontraram seus fundamentos nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, tendo como valor básico a ser defendido a liberdade. A necessidade de proteção à liberdade se deu em virtude da aquisição de poder econômico pela classe burguesa,

⁴² Conforme leciona Dirley da Cunha Júnior, na sua obra **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, JusPodvm, p.558, essa Declaração contém trinta artigos, todos reconhecendo direitos fundamentais. Do artigo 1º ao 21, reconhecem-se os chamados direitos e garantias individuais. Do art. 22 ao art. 28, consagram-se os direitos sociais. No art. 29, exigem-se os deveres da pessoa para a comunidade. Finalmente no art. 30 institui o princípio de interpretação da Declaração, sempre em benefício dos direitos e garantias nela proclamados.

⁴³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, op.Cit. Pag 27.

⁴⁴ GEORGE Jellinek.

⁴⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: companhia das letras, 1991, p.25

até então oprimida pelo monarca, figura que personificava o Estado em seu domínio absoluto, impondo limites sobre o corpo, os bens e os atos dos súditos. Luís Roberto Barroso, ao estudar o individualismo, dispõe da seguinte forma:

Trabalhados no individualismo liberal e dirigidos á proteção de valores relativos á vida, á liberdade, á igualdade e á propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares⁴⁶.

Nesse ínterim, os direitos fundamentais de primeira dimensão, por compreenderem uma função de defesa e estabelecerem normas de competência negativa impõe uma omissão estatal numa dupla perspectiva conforme delineada por Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁴⁷

Acerca dos direitos de defesa, Robert Alexy aponta, ainda, que podem se manifestar em três funções: como direitos ao não impedimento de ações; como direitos à não afetação de propriedades e situações e como direitos à não eliminação de posições jurídicas⁴⁸. Em consequência das distorções sociais e econômicas desencadeadas pela Revolução Industrial, a partir do século XX, as classes operárias e burguesas passaram a travar entre si uma luta de interesses, suscitando críticas e propondo reformas ao modo de produção capitalista. Dessa forma, como o antagonismo gerado não ia de encontro aos mandamentos constitucionais instituidores dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a situação repercutiu no surgimento das doutrinas anarquistas, socialistas e comunistas, culminando com a expansão dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que, segundo descreve Denise Auad:

Já os direitos econômicos e sociais, de segunda geração, tiveram seu reconhecimento histórico apenas no século XX, por meio da Constituição mexicana de 1917, e [...] por meio da Constituição da República de Weimar, em 1919. São considerados direitos de prestação por exigirem do Estado uma atuação positiva e a aplicação de verbas orçamentárias para sua concretização. Fazem parte desse rol os direitos trabalhistas, previdenciários, de amparo à saúde, à maternidade e o direito à educação. [...] são fruto de longas lutas históricas de reivindicação, por parte das classes proletárias e excluídas, de proteção estatal para a garantia, pelo menos, das condições necessárias para uma subsistência digna. Os direitos sociais apontam o reconhecimento, pelos diplomas constitucionais, de que não basta o Estado garantir liberdade aos seus cidadãos, pois esta não se consolida sem a garantia de um mínimo de dignidade social.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.101

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 edição, Coimbra, 1998, p.383.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2008.

A primeira Constituição a garantir uma longa lista de direitos sociais foi promulgada no México em 05 de fevereiro de 1917. Em seu primeiro capítulo, encontram-se direitos sociais que pouco se diferenciam daqueles de uma Constituição contemporânea como a Brasileira de 1988⁴⁹. Em seguida, vieram as Constituições Soviética (1918) e a de Weimar (1919), sendo esta última considerada um pacto social firmado entre a burguesia e as demais forças sociopolíticas existentes à época, de modo que:

Esse compromisso implicou a positivação de direitos fundamentais de natureza diversa no texto constitucional. O extenso rol dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar [...] era dividido em cinco títulos (“indivíduo”, “ordem social”, “religião e sociedades religiosas”, “educação e formação escolar”, “ordem econômica”) [...] Os dois primeiros títulos [...] fixavam as garantias liberais clássicas. Os dois últimos introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, cujo objetivo era garantir a liberdade individual mediante ações (prestações) do Estado. Mas [...] eram entendidos na época pelos tribunais como meros programas e objetivos políticos, praticamente destituídos de juridicidade⁵⁰.

Apesar da curta duração, a Constituição de Weimar, representou um marco para o reconhecimento histórico dos direitos sociais como direitos fundamentais, inspirando diversas Constituições alienígenas, dentre elas, a Constituição getulista, de 1934, do Brasil. Nesse sentido, salienta Fábio Konder Comparato:

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas [...] a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana, de 1917, adquiriu na Alemanha, de 1919, uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifacista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos [...] foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições⁵¹.

Para Weimar, a efetivação de direitos sociais torna-se função do Estado de natureza constitucional, possível de ser cobrada institucionalmente. Sobre isso, reconhece Denise Auad:

A própria redação dos artigos que preveem os direitos sociais na Constituição de Weimar representa amadurecimento intelectual em relação à conscientização de que o bem-estar social é condição essencial que pressupõe a conquista dos demais direitos. A leitura chega até a impressionar, dado o momento histórico de Weimar, pela ousadia de determinar, na ordem suprema do ordenamento jurídico, que o Estado é responsável pela prestação de serviços públicos que protejam a dignidade do homem⁵².

⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri, *op.cit.*, p.20

⁵⁰ *Idem*, p.20 e 21.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.188-9.

⁵² AUAD, Denise. **Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma ao modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira**: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67809-89240->

O direito fundamental à saúde, assim como os demais direitos sociais, exige, por sua vez, uma atuação positiva do Estado. Esses direitos referem-se a uma prestação jurídica ou material, segundo leciona Dirley da Cunha:

Em razão da crescente necessidade do indivíduo e das desigualdades materiais que os debilitavam, a presença do Estado passou a ser cada vez mais exigida, para dele se reivindicar a uma postura mais ativa que reduzisse ou atenuasse essas desigualdades e o libertasse de suas necessidades mais prementes. Surgem os direitos fundamentais a prestações, exercidos e realizados por meio do Estado, ou seja, que o indivíduo realiza através do Estado, para gozar de alguma prestação que só órgãos estatais podem oferecer (saúde, educação, trabalho, habitação, cultura, etc)⁵³

Dessa forma, organizou-se o artigo 196, da Constituição Federal de 1988, ao dispor expressamente que 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, a segunda dimensão dos direitos fundamentais tem a igualdade material como valor principal a ser perseguido, sendo este o caminho para corrigir as discrepâncias observadas entre as classes sociais. O direito à liberdade ganha uma nova conotação, a não ser mais efetivado somente perante o Estado, mas também por intermédio dele. Viu-se ser o Estado necessário, pois os princípios isonômicos e libertários só viriam a se concretizar com a sua intensa participação.

Dessa forma, quando inexistente uma justificada razão para a igualação ou para diferenciação, deixa de haver a possibilidade de promoção da igualdade no plano concreto ou real. Nesse sentido, José Afonso da Silva classifica esses direitos em seis classes, a saber: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e a cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente⁵⁴.

[1-pb.pdf](#)). O texto constitucional de Weimar está dividido em duas partes. A primeira trata da estrutura administrativa do “Reich” e dos Poderes Estatais. A segunda dispõe sobre os direitos e as obrigações do povo alemão, dentre os quais os de natureza social, como, por exemplo, a educação, a saúde, a proteção à infância e à maternidade e a dignidade da relação trabalhista. Foi justamente essa segunda parte que gerou mais polêmica, porque abria caminhos para a inserção social de camadas excluídas da população, o que significava, no fundo, a mudança do status social vigente à época, a qual decorreria da distribuição de riquezas decorrente da reforma social que a segunda parte da Constituição proporcionaria

⁵³ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op.Cit. p.562

⁵⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 39ª Edição, Malheiros, 2016, p.288 e 289

Fábio Konder Comparato afirma que os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social instalada no mundo no período pós-guerra⁵⁵. É nesse momento que o Estado passa a assumir a responsabilidade constitucional de efetivar o direito à saúde, por meio da implementação de programas políticos.

Dimitri Dimoulis relata que, na história Constitucional Brasileira, os direitos fundamentais foram proclamados desde 1824, e, posteriormente, ampliados pelas Constituições posteriores, conferindo inovação da Constituição de 1934 em relação as demais pela incorporação de alguns direitos sociais a lista de direitos fundamentais, referindo-se particularmente ao direito à subsistência (art.113), à assistência aos indigentes (art.113, inc.34)⁵⁶. Portanto, conforme já afirmado, embora os direitos sociais tenham sido institucionalizados com a Constituição de 1934, é somente com a Carta Política de 1988 que a dignidade da pessoa humana é erigida a condição máxima a ser protegida dentro do Estado Democrático de Direito, exigindo, para tanto, condições mínimas a sua existência, conforme leciona Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos⁵⁷.

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Segundo afirma Ana Paula de Barcellos, ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental e, talvez, a única ideologia remanescente⁵⁸

A saúde da pessoa humana é um bem inalienável, devendo ser protegido e preservado tanto pelo próprio homem quanto pela sociedade e pelo Estado, que possui o dever de concretizá-lo, principalmente frente às classes socialmente excluídas.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas pública**, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>

⁵⁶ DIMOULIS Dimitri e MARTINS Leonardo. Op.Cit. p.24.

⁵⁷SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais** e, 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do advogado, p.234

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3ª Edição, editora Renovar, p.125.

Para Germano Schwartz, a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade⁵⁹. Dirley da Cunha Júnior salienta que o direito à saúde é tão fundamental, por estar mais diretamente ligado ao direito à vida, que nem precisava de reconhecimento explícito. Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor vida humana, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde⁶⁰.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior defende que a dignidade da pessoa humana é o melhor critério a partir do qual se permita construir, com relativa precisão, um conceito material de direitos fundamentais, pois segundo esclarece o autor o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau, advertindo, contudo, que não se trata de um critério absoluto e exclusivo⁶¹.

Para Ricardo Maurício Freire Soares, uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados por particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio. Nesse sentido, Ricardo Maurício afirma⁶²:

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade humana a qualidade de norma embaçadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania. Decerto os direitos fundamentais Carta Magna de 1988, negativos ou positivos, encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana⁶³.

Saulo Casali observa, contudo, que a igualdade concreta sempre é confrontada com pessoas ou situações que possuem simultaneamente aspectos em comum ou diferenciados. Nesse sentido, o autor esclarece que há uma igualdade concreta ou uma desigualdade concreta sempre parciais; devendo-se eleger, portanto, o que seja significativo reconhecer ou desprezar, atribuindo-se um valor ou relevo ao quanto se reconheça ou despreze.

Dessa forma, quando inexistente uma justificada razão para a igualação ou para diferenciação, deixa de haver a possibilidade de promoção da igualdade no plano concreto ou real. Por isso o tratamento isonômico a pobres e ricos, que tomou destas categorias a condição

⁵⁹ SCHWARTZ, Germano. 2001, p.52. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**, Porto Alegre, livreria do advogado, 2001, p.52.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, Editora JusPodvm, p.553/554

⁶¹ Idem.

⁶² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: A dignidade da pessoa humana**, artigo disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>

⁶³ Idem.

comum de cidadãos, não promoveu a igualdade concreta olvidando que as diferenças econômicas não ofereçam as mesmas chances de usufruto concreto de direitos e deveria ser uma razão para a diferenciação e para o tratamento desigualitário⁶⁴.

Nesse perspectiva, a Carta Política de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como critério basilar da ordem jurídica brasileira, concebendo a valorização da pessoa humana como razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito. Em vista disso, a ordem constitucional inaugurada em 1988 foi um marco não somente sob o prisma jurídico, mas também filosófico e histórico. A redemocratização do Brasil, ainda que tardia, soprou na sociedade ares de esperança, mostrando que a democracia poderia ser o ambiente para se viver com saúde, dignidade, paz e, possivelmente, direitos efetivados.

Esse novo episódio do constitucionalismo brasileiro introduziu, no cenário jurídico, inúmeras discussões envolvendo, sobretudo, o papel da Constituição Federal, a efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, a necessidade da (re)discussão da hermenêutica jurídica, com a criação de novos métodos e princípios de interpretação, dentre diversas outras questões de grande valia na busca pela eficácia social das normas constitucionais.

Uma vez elevada à condição de direito fundamental a dignidade humana surge a necessidade de superar o modelo jurídico vigente para garantir a força normativa da Constituição e repensar a interpretação jurídica a partir de um modelo hermenêutico adaptado às demandas do novo paradigma constitucional, segundo leciona Geovane Peixoto⁶⁵:

O pós-positivismo é compromissado, portanto, com a concretização de um Estado Democrático de Direito, o que só é possível, dentro da contemporaneidade, em um modelo de constitucionalismo adequado para essa finalidade, na efetivação, principalmente, de um verdadeiro Estado Social (voltado para a comunidade política).

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana⁶⁶. Ao consagrar a hierarquização entre os princípios e sua influência na interpretação de situações concretas, João Glicério de oliveira Filho afirma que ocorrerá uma diminuição considerável do espaço deixado para arbitrariedade

⁶⁴ BAHIA, Saulo José Casali. **A igualdade como direito fundamental, em Direitos Humanos e fundamentais**, estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988. Saraiva, p.98 e 99.

⁶⁵ PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**, Editora JusPodvm, 2013, p.85.

⁶⁶ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op.Cit. p.40.

dos julgadores e a prevalência do decisionismo na medida em que estes estarão limitados à moldura interpretativa do princípio de grau superior, o qual, de acordo com a Constituição vigente⁶⁷, não é outro senão o da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde, desse modo, configura um atributo erigido em direito fundamental da pessoa humana ou, simplesmente, direito humano como consta da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Protocolo de San Salvador. A declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos também atribuiu ao direito à saúde, o valor de direito humano, e, coroando esses normativos, a Constituição da República Federativa do Brasil. Com o escopo de tornar mais nítida a noção do que representa os direitos fundamentais como base de uma Constituição, Sarlet argumenta:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material⁶⁸.

Em tal sentido, a relação de dependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais é ratificada por Perez Luño. Em sua abordagem o autor afirma que:

O Estado de Direito e os direitos fundamentais estabelecem uma relação mútua, pois o Estado de Direito, necessita da dependência, funcionalidade e garantia dos direitos fundamentais para ser este Estado de Direito, de tal modo que, os direitos fundamentais como consequência, requerem para sua efetivação, a positivação e normatização, bem como as garantias por parte do Estado de Direito⁶⁹.

Verifica-se, então, que o reconhecimento constitucional da saúde como um direito social fundamental à dignidade da pessoa humana constitui o alicerce jurídico-positivo do dever estatal de efetivar o direito à saúde da população. Tem-se, por conseguinte, que a constitucionalização do direito à saúde no Brasil, a partir de 1988, decorreu da própria constitucionalização do Direito, iniciada no constitucionalismo moderno, pelo surgimento das Constituições escritas e solidificada pós-segunda guerra, por meio da implantação do Estado Constitucional de Direito e a consagração dos princípios, especialmente, o princípio da

⁶⁷ DE OLIVEIRA FILHO, João Glicério. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição brasileira de 1988**. Tese de Doutorado, UFBA, 2012.

⁶⁸SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006 p.42.

⁶⁹PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6ed., 1995, Madrid: Tecnos, p.19.

dignidade da pessoa humana, que contemporaneamente configura como núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Segundo Dirley:

Ademais, foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo direito Constitucional, o reconhecimento da força normativa dos princípios, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a ética, o Direito e a moral, o Direito e a justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional contemporâneo, foi, também, consubstanciada por Luís Roberto Barroso:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição Constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito⁷⁰.

O século XX, desse modo, é marcado pelo surgimento dos Estados Constitucionais, erigidos sobre o constitucionalismo democrático difundido no segundo pós-guerra, tendo por escopo a realização das promessas (ainda) não realizadas pelo Estado Social de Direito, intento que será possível por força do *plus* normativo agregado a essa nova ordem constitucional.⁷¹ Outrossim, verifica-se que, após a Segunda Guerra Mundial, ligada ao surgimento de entidades como a Organização das Nações Unidas (1945) e a Organização Internacional do Trabalho (1919), surge a proteção internacional dos direitos humanos, voltado para a essência do ser humano, ao destino da humanidade e pensando o ser humano como gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada⁷², contemplando a terceira etapa evolutiva dos direitos fundamentais. Emerge, portanto, um novo escopo jurídico que se soma aos direitos do homem com os historicamente versados direitos de liberdade e igualdade. Nesse sentido, Paulo Bonavides leciona:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se

⁷⁰BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da Associação dos juizes federais do Brasil. Ano 23, n.82, 4º trimestre, 2005, p.123.

⁷¹STRECK, 2009, p.37 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷²ARAÚJO, NUNES JUNIOR, *op.cit.*, p.116. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.107-108.

destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade⁷³.

Buscando uma forma ideal para relacionar as três dimensões dos direitos fundamentais e o lema da Revolução Francesa, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, relacionou os de primeira dimensão à liberdade, os de segunda à igualdade e os de terceira, à fraternidade⁷⁴. Poucos autores discorrem sobre a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, dentre eles destacamos Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette e Pietro de Jesús Lora Alarcón, dentre outros. Ao se manifestar sobre o tema Paulo Bonavides afirma:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência⁷⁵.

Também Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, a respeito da quarta dimensão de direitos fundamentais, apresentam considerações. Os referidos autores afirmam que:

[...] trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo [...] também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos⁷⁶.

Deve-se atentar-se ao fato de que os direitos fundamentais de quarta dimensão não são, apenas e tão-somente, os direitos que versam sobre a globalização, a democracia e o direito ao pluralismo, mas também, isso para não dizer sempre, o direito à vida. Certo é que a humanidade passa por uma fase de internacionalização, comumente chamada de globalização, que se manifesta como inevitável, tendo em vista o desenvolvimento das forças produtivas dos países. Isso inclui, dentre outros aspectos, os avanços biotecnológicos.⁷⁷ Diante de todos esses avanços biotecnológicos, Norberto Bobbio leciona:

⁷³BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.563-569.

⁷⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.57

⁷⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.571.

⁷⁶BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.389)

⁷⁷ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004, p.88.

[...] já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo⁷⁸

O contexto de disputas internacionais, economia globalizada e guerras em prol da soberania internacional levaram ao que o professor Bonavides chama de quinta dimensão de direitos fundamentais, uma geração em que o direito supremo da humanidade é a paz. A defesa da paz se tornou um princípio constitucional e, como os outros princípios, tem ela mesma força e expressão normativa⁷⁹.

Uma vez analisada a trajetória histórica dos direitos fundamentais, foi possível contextualizar a Constituição de 1988 e perceber que ela faz parte de um ideal humanitário erigido pós a Segunda Guerra Mundial, como reação à barbárie do nazismo e do fascismo, e consagrou a dignidade humana no plano externo e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais⁸⁰. Entretanto, conforme enfatiza Bobbio, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Para o autor é uma ilusão buscar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, o que se faz necessário é tentar colher, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis⁸¹.

Para Dirley da Cunha Júnior, a busca pelo fundamento dos direitos fundamentais é de suma importância, até mesmo para garantir a sua própria efetividade, motivo que ensejou a análise aqui pretendida. A compreensão do conteúdo essencial passa, necessariamente, pela noção de que ele atua como limite às leis restritivas ou como imposição à configuração, no sentido de evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à disposição do poder público⁸². Para Marcos Sampaio, o problema reside na formulação do conceito de núcleo essencial ou na tarefa de definir seu conteúdo de modo que:

O conteúdo essencial representa um limite que se impõe à possibilidade de conformação e restrição dos direitos fundamentais, representando o mínimo intangível, indisponível ao poder público, quer no seu agir, quer na sua omissão tenha ela qualquer manifestação⁸³.

⁷⁸BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo, Op.Cit. P.

⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Renovar, p.130.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**, p.24.

⁸² SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais**. Saraiva, p.165.

⁸³ Idem, p.166.

Na busca pela “fundamentalidade” dos direitos fundamentais, Geovane Peixoto ressalta a inadequação do modelo positivista para propiciar a necessária efetividade dos direitos fundamentais. Neste sentido, o referido autor afirma que pra a consecução desta tarefa, surge, dentre as teorias pós-positivistas, o neoconstitucionalismo como arranjo teórico capaz de atender a esses reclamos⁸⁴. Nesse aspecto, desde a da constitucionalização dos direitos fundamentais, o autor enaltece o novo papel assumido pela jurisdição constitucional, que deixa de ser um simples guardião da constituição para se colocar como o espaço institucionalizador dentro do Estado Democrático de Direito, a partir de um modelo hermenêutico adequado, para delimitação do que é ou não é constitucional, principalmente no desvelamento dos direitos fundamentais⁸⁵. Geovane Peixoto destaca, enquanto categoria moral, a relevância dos direitos fundamentais:

Nesse particular, os direitos fundamentais assumem relevância nuclear, se considerarse o seu status de direitos morais, e, portanto, de normas de natureza princípio lógica, estabelecendo, por consequência, a ideia de Constituição como elemento de integração do Estado⁸⁶.

A busca por medidas e ações alternativas que contribuam para a efetivação do direito fundamental à saúde assumem, dessa forma, um papel relevante no atual contexto do país, cujo ideal máximo não pode ser outro senão a dignidade da pessoa humana.

2.3 A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O processo de implantação do Sistema Único de Saúde (SUS) foi efetivamente iniciado a partir das definições estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 e das Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990 e sua implantação vem sendo realizada como um processo social em permanente construção. O Sistema Único de Saúde solidificou as bases democráticas definidas no Movimento da Reforma Sanitária Brasileira:

Antes da criação do SUS, existia um sistema de saúde que atendia, no setor público, os pacientes que tinham direito aos Institutos de Assistência, que já haviam sido centralizados no antigo INAMPS. Então, quem não tivesse direito e acesso ao INAMPS, tinha que ser atendido em outro sistema paralelo, que eram os sistemas públicos estaduais e municipais. Aqui no Rio de Janeiro, isso se exemplificava pelos antigos hospitais federais, que eram do INAMPS, e pela rede de postos de atendimento e hospitalar, que até hoje estão sob gestão do Município e do Estado. O Sistema Único

⁸⁴ Idem, p.89.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem, p.89

de Saúde, como o nome diz, unificou o acesso da população a tudo isso e, a partir de alguns princípios, como o da universalidade, tornou o sistema aberto a toda e qualquer pessoa, sem a necessidade de comprovação de vínculo com alguma instituição. Por isso, ele tornou-se universal⁸⁷.

O texto constitucional demonstra, pois, que a concepção do SUS estava baseada na formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do Estado para com o bem-estar social, especialmente no que refere à saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da cidadania.

A instituição do Sistema produziu resultados imediatos. O mais importante foi a ruptura da separação que havia no sistema público de saúde brasileiro entre os incluídos e os não incluídos economicamente. Para os incluídos, havia a saúde previdenciária à qual tinham direitos os portadores da carteirinha do Inamps; para os não incluídos, restavam a atenção ambulatorial provida por unidades de medicina simplificada e a atenção hospitalar prestada por entidades filantrópicas aos indigentes. O SUS faz parte das ações definidas na Constituição como sendo de relevância pública, sendo atribuído ao poder público a sua regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços de saúde.

A Lei 8.080/90 ratificou a concepção de saúde disposta da Declaração dos Direitos do Homem ao dispor que:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso de bens e serviços essenciais [...], parágrafo único – Dizem respeito também à saúde as ações que por força do dispositivo no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem estar físico, mental e social.

Trata-se, conseqüentemente, de uma concepção ampla que compreende todos os fatores que direta ou indiretamente estão associados com a vida humana, e que passam a ser organizados e regulados pelas disposições contidas na Lei.

Segundo aponta Polyana Brito:

(...) A implementação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiro veio o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), com a universalização do atendimento; depois a incorporação do INAMPS ao Ministério da Saúde, e, por fim, a Lei Orgânica da Saúde, n.8.080/1990, que fundou e operacionalizou o SUS, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes dentre outras providências⁸⁸.

⁸⁷ http://www.cremese.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20986:sus-completa-20-anos-mas-nao-implanta-seus-principios-fundamentais&catid=3

⁸⁸ BARBOSA, Poliana Brito. **Direito à saúde, sua judicialização e a repercussão orçamentária no Estado da Bahia entre 2010-2015.**

De acordo com a Lei específica, o SUS compreende um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federal, estadual e municipal, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, cujos objetivos e atribuições incluem, dentre outros, a formulação de políticas de saúde destinadas à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como ao estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Constituído pelos princípios da universalidade, equidade e integralidade, o direito à saúde é garantido a todos que dele necessitem, de forma igualitária e integral. Os demais princípios integram a organização do sistema a partir de uma rede regionalizada e hierarquizada, com comando único, mas descentralizado, possibilitando a participação popular por meio da criação de Conselhos e Conferências. Nesses termos, Mariana Filchtiner Figueredo assim resumiu a lei:

O SUS é um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência saúde deve atender a toda população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. A Lei nº 8.080/90 dispõe sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão dos SUS; (b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; (c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; (e) recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses⁸⁹.

Trata-se de uma rede complexa, a qual, apesar dos avanços proporcionados, não atingiu o seu apogeu conforme aponta o Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS:

Seja no âmbito federal, estadual ou municipal, a tarefa de gerenciar um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, o Sistema Único de Saúde (SUS), é complexa. Com 26 anos de existência, o SUS trouxe muitos avanços para a sociedade brasileira, mas ainda assim enfrenta inúmeros desafios que colocam em risco a sua viabilidade e impedem que ele cumpra de fato o seu papel de garantia universal de saúde pública de qualidade a toda população brasileira⁹⁰.

A implementação do SUS foi destacada pelo Centro Brasileiro de Estudos de Saúde⁹¹, da seguinte forma:

A implementação do SUS é um processo ainda por completar. Entre os principais desafios que existem para a implementação do SUS estão os seguintes:

⁸⁹ FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde, parâmetros para sua efetividade**. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2007, p.97.

⁹⁰ <http://www.conass.org.br/consensus/desafios-sus-o-que-esperar-para-os-proximos-anos-de-gestao/>

⁹¹ Texto eletrônico publicado no site do Cebes – **Centro Brasileiro de Estudos de Saúde** e disponível na página www.cebes.org.br/2014/07/26-anos-de-sus-e-desafios-andre-medici, acessado em 20 de julho de 2017.

1. No âmbito dos direitos, das mudanças culturais e demográficas: Consolidar mecanismos que atendam aos reclamos mais imediatos da população, evitando as filas, melhorando a qualidade e resolvendo os problemas que se apresentam nos estabelecimentos de saúde. É necessário aumentar a qualidade mas também tratar os cidadãos com a dignidade e respeito, criando instâncias para resolver as queixas e avaliar a qualidade e a satisfação dos usuários dos serviços públicos;
2. No âmbito do financiamento: Completar o processo que possa garantir, de um lado, um melhor uso dos recursos existentes do SUS, aumentando a eficiência, a fiscalização para reduzir a corrupção e o mau uso e garantido os recursos suficientes para financiar a expansão das necessidades da população;
3. No âmbito da Gestão dos Serviços: Estabelecer processos que integrem os serviços, desde a atenção básica aos hospitais, com os serviços auxiliares e a oferta de medicamentos, e estabelecer modelos alternativos de gestão dos serviços, que permitam aumentar a autonomia gerencial, premiar a eficiência e remunerar os estabelecimentos e o pessoal de acordo aos resultados alcançados. Os serviços devem também ser modernizados, a través do uso em massa de tecnologias de informação e comunicação, que permitam a marcação eletrônica de consultas médicas e a existência de registros eletrônicos que contenham os dados clínicos dos pacientes para acompanhamento com qualidade e para a produção e análise de dados e tendências do setor, como forma de subsidiar os processos de planejamento;
4. No âmbito da coordenação do SUS com o Setor Privado: O SUS não é um sistema único, e nem totalmente estatal. Cerca de dois terços dos leitos hospitalares pertencem ao setor não estatal – lucrativo e filantópico – e o SUS não apenas necessita da rede privada (que hoje administra boa parte das organizações sociais em São Paulo, por exemplo) mas também fornece serviços de alta tecnologia para os usuários dos planos de saúde. Portanto, há que aumentar os níveis de coordenação entre o SUS e a saúde suplementar.

Assim, apesar de ser considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, o SUS enfrenta dificuldades peculiares, dentre elas desponta a questão do seu financiamento.

O financiamento do setor saúde, sobretudo quando baseado essencialmente em recursos públicos, sofre influência do quadro econômico dos países. As decisões políticas, as crises econômicas, as oscilações no nível de arrecadação fiscal (quando o sistema de saúde depende do orçamento fiscal) ou no nível de arrecadação das contribuições de trabalhadores (quando o sistema depende de recursos previdenciários) alteram o volume de recursos destinados ao setor. O maior ou o menor grau de influência da economia nos recursos da saúde depende principalmente de quais são as fontes de financiamento do setor. Os recursos que financiam a saúde são administrados por diferentes órgãos do setor público e do setor privado. O número de órgãos responsáveis pelo financiamento de ações e serviços de saúde depende das políticas desenvolvidas em cada país⁹².

No caso do Brasil, em que o setor saúde é financiado por um grande percentual de recursos públicos, o impacto da economia no financiamento do setor vai depender dos

⁹² MANSUR, Marília Coser. **O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, **Escola Nacional de Saúde Pública**; 2001. p.116.. Disponível em https://portaldesic.iciet.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00007202&lng=pt&nrm=iso.

parâmetros de decisão sobre a parcela do orçamento do governo que cabe ao setor e da alocação intersetorial dos recursos do governo. Isso significa que as decisões orçamentárias do governo federal têm papel fundamental na determinação dos recursos para a saúde. O arranjo do governo para financiar o setor saúde nos níveis federal, estadual e municipal também influenciam o seu financiamento⁹³.

A partir da Constituição de 1988, ficou estabelecido "um novo pacto social", passando a saúde a ser um *direito de todos* (condição de cidadania social) e *dever do Estado*, representando, assim, uma responsabilidade e solidariedade do conjunto da sociedade – para a qual as clientelas seriam beneficiadas independente de contribuírem para o financiamento do sistema⁹⁴. Para Jairnilson Silva Paim, as questões referentes ao acesso e à qualidade das ações dos serviços de saúde no sistema de saúde brasileiro expressam os limites e distorções dos modelos de atenção vigentes⁹⁵.

Atualmente, dentre outras dificuldades, o SUS não consegue atender à demanda de doentes; não tem verbas suficientes para desenvolver tratamentos específicos; não tem condições de fornecer certos medicamentos básicos de baixo ou alto custos e não tem médicos suficientes para atender às demandas diárias, o que enseja um remanejamento estrutural no sistema de saúde público em pauta.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ PAIM, Jairnilson Silva. **O que é o SUS**. Editora Fiocruz, p.89.

3 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Apesar da evolução conquistada no país após a constitucionalização do direito fundamental à saúde e da implementação de um sistema sanitário mais abrangente e pautado nos princípios da universalidade, integralidade e equidade, a garantia de uma saúde pública digna depende da superação de questões cruciais à efetivação. Tal questão será a seguir delineada para melhor entendimento.

3.1 A QUESTÃO DA EFICÁCIA

O constituinte originário determinou no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição de 1988, a aplicação imediata de normas definidoras de direitos fundamentais como forma de garantir a sua força normativa e como consequência natural da supremacia desses direitos. Afinal, segundo afirma George Marmelstein, não haveria sentido em condicionar a aplicação de determinado direito fundamental a uma futura e incerta regulação legislativa⁹⁶, todavia é importante considerar que:

Pelo menos naquilo que corresponde ao entendimento dominante, no Brasil todas as normas de direitos fundamentais estão sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico. Isso não significa dizer [...] que todas as normas constitucionais [...] tenham aplicabilidade direta em toda a sua extensão, no sentido de serem todas de eficácia plena, visto que, não raras vezes, há necessidade de interposição do legislador para alguns efeitos⁹⁷.

Hoje milhares de pessoas morrem diariamente no Brasil por falta de atendimento adequado, significa que nem todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais alcançam a aplicação imediata e direta declarada pela CF. Sendo, assim:

[...] diferentemente dos direitos negativos, os direitos positivos ou prestacionais têm por objeto uma conduta positiva do Estado (ou particulares, quando considerados destinatários da norma de direito fundamental), uma prestação de natureza fática, efetivamente prestada ou colocada à disposição dos seus titulares.⁹⁸

⁹⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 6ª edição, editora atlas, p.307

⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. p.314.

⁹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p.251-252.

Por isso têm o objetivo de realizar a igualdade material, no sentido de conceder a todos a distribuição dos bens materiais e imateriais. Nesse diapasão, encontram-se os obstáculos inerentes à efetivação do direito fundamental à saúde, que para ser alcançado, seja da forma mínima, seja de forma máxima, depende da atuação positiva do Estado, conforme visto em capítulo anterior. Segundo José Afonso da Silva, normas programáticas são aquelas

[...] através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado⁹⁹.

É precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade¹⁰⁰.

José Afonso da Silva também explica que o termo eficácia deve ser entendido em dois sentidos: o primeiro, da eficácia social da norma, ou seja, a aplicação da norma constitucional no mundo dos fatos. O segundo diz respeito à eficácia jurídica da norma constitucional, ou seja, à qualidade de produzir efeitos jurídicos ao regular situações e comportamentos positivados. Nesse sentido, a eficácia refere-se à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma constitucional, a possibilidade de sua aplicação jurídica¹⁰¹.

As discussões em torno da aplicação imediata dos direitos fundamentais levou a doutrina constitucional reconhecer a dupla perspectiva desses direitos, na medida em que estes podem ser considerados tanto como posições jurídicas subjetivas essenciais de proteção da pessoa, tanto quanto valores objetivos básicos de conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito. Nesses termos, George Marmelstein esclarece:

De um lado, os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, na sua dimensão objetiva, esses direitos funcionariam como um sistema de valores capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre¹⁰².

Os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantias jurídicas individuais, conferindo aos titulares a prerrogativa de exigir os seus interesses em face dos

⁹⁹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade nas normas constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.55-56

¹⁰⁰ Idem, p.250.

¹⁰¹ Idem, p.55-56

¹⁰² MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 6ª edição, editora atlas, p.296 e 297.

órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do dever jurídico de satisfazê-los, sob pena de serem acionados judicialmente.

Robert Alexy destaca que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais compreendem não apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas também representam uma ordem de valores que devem ser seguidos em todos os ramos do direito e que fornecem diretrizes e impulsos a serem observados pela legislação, pela Administração e pela jurisprudência¹⁰³.

Assim, como fonte de direitos subjetivos, possuem força jurídica efetiva e potencializada, cujo reconhecimento, segundo George Marmelstein, ocasiona algumas mudanças de paradigmas na aplicação do direito, quais sejam: redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais; reformulação da doutrina da separação entre os poderes, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional; e aceitação da possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais¹⁰⁴. Igualmente, dentro dessa visão, para proteger os direitos sociais, o Estado precisaria contratar médicos, construir hospitais, remunerar professores, comprar medicamentos etc¹⁰⁵.

Para Daniel Sarmento, esse dever significa basicamente, que (a) o legislador tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, (b) o administrador tem a obrigação de agir materialmente para prevenir e reparar as lesões perpetradas contra tais direitos e (c) o Judiciário tem a obrigação de, na prestação jurisdicional, manter sempre a atenção voltada para a defesa dos direitos fundamentais¹⁰⁶.

Trata-se, portanto, da idealização do próprio princípio da separação dos poderes, que também é concebido de modo funcional e cooperante, sob o influxo da eficiência na realização de tarefas e, a partir de uma restaurada interpretação das ideias de Montesquieu, colaboração, equilíbrio e interdependência entre Poderes¹⁰⁷.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.524-525.

¹⁰⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 6ª edição, editora atlas, p.296 e 297

¹⁰⁵ Idem, p.300.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.130-132.

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op.citada, p.147.

Dessa forma, enquanto no Estado Liberal, o princípio da separação dos poderes desenvolveu-se como mecanismo de garantia da liberdade individual pela racionalização do funcionamento do aparelho estatal, no Estado Social, a divisão dos poderes se tornou o processo de distribuição e integração racionalizada das várias funções e órgãos do Estado, com vistas à eficiência da atuação estatal e, simultaneamente, à salvaguarda dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

Em que pese as diferenças apontadas entre a eficácia das normas de direitos fundamentais prestacionais e as negativas, existem algumas características comuns à eficácia de qualquer espécie de direito fundamental: 1) revogam todos os atos normativos anteriores e contrários à norma definidora de direito fundamental; 2) estabelece limites ao legislador, que não poderá afastar-se dos parâmetros estabelecidos nas normas de direitos fundamentais no exercício de sua função; 3) impõe a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos editados após a vigência da CRFB/1988; 4) constituem parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais; 5) impõem ao Estado que se abstenha de atuar contrariamente à norma definidora de direito fundamental; 6) impedem o legislador de abolir direitos fundamentais já outorgados (vedação ao retrocesso).¹⁰⁹

Por fim, o que deve prevalecer, também na seara dos direitos fundamentais positivos, é que “não é possível reduzir as normas que os consagram a normas programáticas, de eficácia diferida, dependente sempre e integralmente da atuação complementar do legislador infraconstitucional”, por força do dispositivo consagrado no Art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal.¹¹⁰

Por mais relevante que seja o papel do legislador infraconstitucional (o que, no caso dos direitos sociais, é de ser ainda mais enfatizado), não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador. Dito de outro modo, isso significa que, mesmo como direitos a prestações, os direitos sociais não podem ter sua eficácia e efetividade integral e exclusivamente, condicionadas por uma interposição legislativa, cuidando-se, nesta perspectiva, também de autênticos trunfos contra a maioria¹¹¹. Seguindo esse raciocínio,

¹⁰⁸ Idem, p.143e 144.

¹⁰⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p.261-263.

¹¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** p.559

¹¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional.** p.560.

Dirley da Cunha Júnior complementa:

A inércia do legislador em realizar a contento uma imposição constitucional de concretização de direito fundamental configura a ultrajante omissão constitucional e dá ensejo à deflagração de um sistema de defesa da constituição, onde a jurisdição constitucional é o centro de gravidade para o qual para o qual convergem os meios mais expeditos de se fazer cumprir a vontade do constituinte, representativa da soberania popular.

À inércia do legislador soma-se a inércia do executor e, juntas, contribuem para a crise da sociabilidade enfrentada pelo país. Em contrapartida, o ativismo do Judiciário se sobressai como alternativa eficaz à superação das carências prestacionais existentes.

Segundo aponta Ana Paula de Barcelos, a eficácia jurídica ideal de todas as disposições seria simétrica ou positiva, mas, ainda quando isso não aconteça por qualquer razão, as outras modalidades são atribuídas às normas em decorrência de critérios que podem ser identificados. Logo, segundo a referida autora, a distribuição das várias modalidades de eficácia jurídica aos diferentes enunciados, não é um ofício aleatório, porém condizente com os enunciados normativos que pretendem proteger determinados bens considerados de maior valor pela sociedade, em cada época e lugar¹¹². Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos destaca a fundamentalidade social e jurídica da dignidade humana como critérios de orientação das modalidades da eficácia jurídica.

Pela fundamentalidade social, partindo das diferentes concepções desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, a autora conclui, que independentemente do caminho percorrido, é indispensável assegurar o mínimo existencial, seja qual for a forma de organização social que se pretenda implementar.¹¹³

A fundamentalidade jurídica, por sua vez, é tratada pela autora a partir de três perspectivas diversas sendo que as duas primeiras examinam o assunto a partir de consensos substantivos, uma no âmbito do direito interno e outra na esfera do direito internacional; a terceira decorre de um conjunto variado de formulações teóricas, de modo que a fundamentalidade jurídica da dignidade humana e de suas condições materiais parece bastante evidente. Veja-se:

Sob a perspectiva do direito interno brasileiro, a Constituição brasileira de 1988 formulou uma opção preferencial pela dignidade humana, alcançando-a, embora haja pouco consenso sobre os diferentes meios de promover e proteger a dignidade humana, há ampla concordância teórica quando se trata de afirmar o bem estar do homem como fim máximo do Estado e reconhecer direitos básicos aos indivíduos¹¹⁴.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit. p.139.

¹¹³ Idem, p.140/158.

¹¹⁴ Idem, p.160.

Desse modo, é impossível pensar em qualquer alternativa destinada a assegurar a efetivação do direito à saúde sem dispor de condições materiais mínimas que garantam a dignidade da pessoa humana, pois, conforme restou reiterado ao longo desse trabalho, tratam-se de circunstâncias interdependentes. A saúde é um direito mais que básico à condição humana, portanto deve ser assegurada, prioritariamente, a todos aqueles que dela necessitem.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A efetivação do direito à saúde, além de estar intrinsecamente relacionada à existência de políticas públicas, depende, ainda, de uma gestão eficiente e da disponibilização de recursos financeiros. Por isso, é possível afirmar que três são os pontos elementares que definem a garantia da saúde de uma forma digna: lei, execução e recursos disponíveis. A falta de qualquer desses elementos é suficiente para desequilibrar o sistema sanitário nacional.

Considerando que, no Brasil, as políticas públicas são insuficientes, que a execução e o planejamento são ineficientes e que os recursos são escassos e mal alocados não é difícil perceber que a judicialização da saúde encontrou aqui um caminho propício a sua proliferação. Ademais, a substituição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direitos, consagra a ascensão do Poder Judiciário no Brasil democrático. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior salienta que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Assim, o autor leciona:

Convertidos em parâmetros axiológicos e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo-se-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los¹¹⁵).

Clenio Jair Schulze alega que a judicialização da saúde decorre do déficit de democracia pelo qual passa o Estado brasileiro, transferindo-se o *locus* do debate dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) para a autoridade judiciária¹¹⁶. Para superar a omissão do Legislativo e a inércia do Executivo, a ideia

¹¹⁵ CUNHA Júnior, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª Edição, Editora JusPodvm, p.547.

¹¹⁶ SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça**, artigo publicado eletronicamente na revista de doutrina da 4ª região, na página www.revistadoutrina.trf4.jus.br, acessado em abril de 2017.

de transpor ao Judiciário a responsabilidade de efetivar o direito à saúde se apresenta como a única alternativa utilizada para quem dela dependa, motivo que enseja a judicialização no campo da saúde. Logo, para aproximadamente duzentos milhões de brasileiros que dependem de políticas de saúde para sobreviver, o Poder Judiciário surge como a única solução capaz de resolver os dilemas sociais. Dessa forma, inúmeras demandas estão sendo propostas para reivindicação do fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos médicos não fornecidos ou contemplados pelo SUS. Tais ações são propostas com fundamento no artigo 196 da nova Constituição.

A partir dos ensinamentos de Canotilho, é possível reconhecer a judicialização da saúde como resultado da própria crise estabelecida no Estado Social, a qual, na visão do autor, ganha centralidade a ideia de *paradoxia da autossuficiência* das normas-jurídico-constitucionais, sobretudo o *superdiscurso* social em torno dos direitos fundamentais, que repercutiria numa proposta de releitura crítica da “constituição dirigente social”:

As críticas dirigidas por quadrantes culturais opostos –pelos cultores da sociologia crítica e pelos adeptos da constituição, quadro rebelde a programas constitucionalizados – levaram-nos a considerar que as políticas constitucionalizadas fecharam a comunicação com o direito responsável expresso na criação jurídica por meio de pactos e de concertação social, quer com o direito reflexivo gerado na rua, no asfalto, no emprego paralelo, na economia subterrânea. Em boa medida, a socialidade constitucional dirigente estava colocada sob a pressão de dois antinormativos: o das sociologias críticas e os do teóricos liberais. O compromisso constitucional possível para manter a força normativa da constituição social passava, a nosso ver, por uma leitura mais pós-positivista da socialidade estatal¹¹⁷.

Conforme leciona Otávio Balestra Neto, tem-se que a judicialização da saúde no Brasil é um fenômeno recente, típico do cenário jurídico instalado pela Constituição Federal de 1988 e, também, pelos níveis de inclusão social construídos no país nas últimas décadas, propiciando situações formais e materiais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano.¹¹⁸ Saulo Casali aponta que na década de 1980, o controle judicial das omissões do Poder Público era tema tratado pela doutrina brasileira como problema central da área de responsabilidade civil do Estado, de modo que a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais levou a Constituição de 1988 indicar novos remédios, então tidos como suficientes e eficazes para sanar as omissões relacionadas à concretização destes direitos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o

¹¹⁷ CANOTILHO, José Gomes. **O direito constitucional como ciência de direcção** – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade. Artigo publicado na obra coletiva: Direitos Fundamentais Sociais, Editora Saraiva, 2010. p.13e 14

¹¹⁸ BALETRA Neto, Otávio. **A jurisprudências dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade.**

mandado de injunção.¹¹⁹ Pouco a pouco, as instâncias inferiores do Poder Judiciário entenderam que a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal carecia de sua ação própria e direta, ou poderia dela advir, o que deu ensejo ao tema da judicialização da política, ou, ainda do ativismo judicial¹²⁰. Trata-se de um problema de fronteira no direito, qual seja, saber em que medida compete ou cabe ao Poder Judiciário atuar para proporcionar prestações em relação às quais a omissão do Poder Público impede seu usufruto a particulares¹²¹.

O primeiro contato dos tribunais com a judicialização da saúde ocorreu na década de 1990, cujo precedente inaugural analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, foi o Mandado de Segurança nº 6564/RS¹²², apreciado em 1996 pela Corte¹²³ que negou o pleito reivindicado pela impetrante ante a inexistência de regulamentação pelo legislador ordinário e a impossibilidade de realização de despesas sem a autorização orçamentária competente:

In casu, consoante se observa da inicial e demais peças do processo, a impetrante invoca, a favor de sua pretensão, regras constitucionais (art.6º, 195, 196, 204 e 227) que, na lição dos constitucionalistas, constituem “normas programáticas”, ou, em outras palavras, “normas de eficácia limitada”. Essas normas, embora tenham imediata aplicação, “não têm eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de normatividade ulterior – ou de legislação complementar¹²⁴.

Nesse sentido, a partir do exemplo acima exposto, é possível notar que durante essa primeira fase da judicialização, a jurisprudência majoritariamente se orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde.

A partir dos anos 2000, Otávio Balestra destaca um novo entendimento fundado no princípio da dignidade humana que passou a predominar na jurisprudência pátria, tendo como exemplo elucidativo dessa nova fase, o julgamento de um dos precedentes mais importantes do Supremo Tribunal Federal (STF), em matéria de saúde: o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286/RS¹²⁵, cuja discussão tratou da obrigação solidária entre o Estado do

¹¹⁹ BAHIA, Saulo Casali. **Judicialização da Política. II Jornada de Direito Constitucional**, 2014, p.387.

¹²⁰ *Idem*, p.388.

¹²¹ *Idem*, p.388.

¹²² STJ, RMS 6564/RS, primeira turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, J.23/05/1996, p.21448. O MS foi ajuizado por uma menor, portadora de uma doença rara, que se encontrava internada desde o seu nascimento, que pleiteava um aparelho de marca-passo importado, que custava 50 mil dólares à época.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ STJ, RMS 6564/RS, primeira turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, J.23/05/1996, p.21448

¹²⁵ M E N T A: 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) -

Grande do Sul e o Município de Porto Alegre no fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Embora a judicialização tenha sido iniciada de forma acidental, a partir das demandas específicas de pacientes contaminados pelo vírus da AIDS, é possível notar uma mudança interpretativa pelos tribunais nacionais. Nesse sentido, Ronei Danielli destaca:

Na década de 1990, as demandas individuais e, na sequência coletivas, buscando o fornecimento de medicações imprescindíveis ao tratamento da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS), inundaram o Poder Judiciário, forçando a reflexão acerca da exigibilidade do direito à saúde e sua extensão¹²⁶.

Pode-se observar, portanto, a dimensão coletiva do direito na medida em que a politização dos reclamos sociais referentes ao tratamento da AIDS foi responsável pela concretização do direito à recuperação da saúde dos pacientes soropositivos, assegurando-lhes o *máximo possível* prometido constitucionalmente¹²⁷. Percebe-se que (enquanto no julgamento do Mandado de Segurança nº 6564/RS, em 1996 a Corte considerou a natureza programática como fator

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA 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 consequência 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 INCONSEQUENTE.

- 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 inconsequente, 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.(STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j.12/09/2000)

¹²⁶ DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil, do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Editora Fórum, p.60.

¹²⁷ Idem, p.61.

limitante da efetivação do direito à saúde, no caso da menor que necessitava de aparelho importado para a garantia da sua sobrevivência) no julgamento do AgRgnº 271.286, em 2000, a Corte brasileira posicionou-se de forma diversa, considerando que a norma programática não pode converte-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Ao examinar o mencionado AgRg no RE nº 271.286, que reconheceu o direito subjetivo do paciente soropositivo ao tratamento medicamentoso de sua enfermidade, Ronei Danielle evidencia as controvérsias a serem consideradas em sede de judicialização da saúde. A primeira refere-se à instituição de políticas públicas por parte do Judiciário e a segunda recai sobre a imposição de decisões que menosprezam a questão orçamentária, cuja discussão será feita em tópico específico¹²⁸. Nesse sentido, afirma o autor:

Contudo, a conclusão de que o direito à saúde configura, sem ponderações, um direito subjetivo concreto (e, portanto, exigível do Estado o tratamento necessário a toda e qualquer enfermidade) passou a ser correntemente utilizada como parâmetro para a solução de casos extremamente difíceis, nos quais, além de não haver políticas públicas preexistentes, propõe-se erroneamente a colisão entre o direito fundamental à saúde e as questões orçamentárias, burocráticas, obviamente de somenos importância quando sopesadas com o direito à vida ou a dignidade do doente¹²⁹.

No tocante à implementação de políticas públicas pelo Judiciário, o entendimento mais relevante foi dado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45-9:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar [...] que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado”¹³⁰ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

¹²⁸ DANIELLE, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil**, editora Fórum, p.64.

¹²⁹ Idem, p.64.

¹³⁰ ADPF 45-9, **Supremo Tribunal Federal**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04/05/2004.

Consoante tal aspecto, para que o Judiciário interfira no controle das políticas públicas, é necessário constatar as seguintes premissas: 1) mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; 2) razoabilidade da demanda individual/ social em face do Poder Público; 3) disponibilidade financeira do Estado para efetivar as prestações positivas demandadas.

Em meados da década de 2000, uma terceira fase passa a motivar a evolução jurisprudencial do direito à saúde no Brasil. Trata-se de uma fase intermediária às fases anteriores, cujos entendimentos se respaldam em parâmetros mais nítidos para a racionalização da prática judiciária¹³¹. Dessa vez, a jurisprudência começa a superar a ideia de que o direito à saúde é absoluto, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negaram aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com as balizas das políticas públicas previamente delineadas.

Tratam-se de decisões que passam a analisar os casos concretos de forma mais criteriosa, com considerações de ordem técnicas, cuja extensão culminou com a audiência pública nº 2009, no STF¹³².

Para exemplificar essa nova fase jurisprudencial, importante considerar o Mandado de Segurança nº 8895/DF¹³³, do STJ, a Suspensão de Segurança nº 3073 e o Agravo Regimental na Tutela Antecipada nº 175, ambos dos STF.

Em referência à importância do MS 8895/DF, Otávio Balestra afirma:

Esse precedente do STJ, inaugura uma nova perspectiva de abordagem da judicialização da saúde na corte. Diante do aumento da demanda e da crescente complexidade dos temas, os ministros passaram a esmiuçar as questões técnicas relacionadas às ciências médicas, iniciando uma fase em que o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser um argumento absoluto para a obtenção das prestações materiais em saúde. A solução jurídica dos casos, então, não se restringe tão somente à discussão sobre a eficiência dos tratamentos médicos, sua previsão no SUS etc¹³⁴.

¹³¹Balestra Neto, Otávio. **A Jurisprudência dos tribunais Superiores e o direito à saúde** – Evolução rumo à racionalidade.

¹³²Idem.

¹³³ ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1.Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinose Pigmentárias em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2.Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A medicina social não pode desperdiçar os recursos com tratamentos alternativos, sem a constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de Segurança denegado. (STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p.151).

¹³⁴BALETRA Neto, obra citada, p.104.

Assim posto, o Judiciário passa a reconhecer a necessidade de fixação de parâmetros técnicos para o atendimento de demandas excepcionais, sob pena de desorganização do sistema de Saúde¹³⁵.

Com relação ao julgamento da Suspensão de Segurança nº 3073/RN, a discussão em torno dos medicamentos experimentais, que não constam na lista do SUS, passam a sustentar-se na ideia de que eles não podem ser dispensados por ordem judicial¹³⁶. Para consolidar a evolução jurisprudencial, no tocante ao direito à saúde, o julgamento do Agravo Regimental, na Tutela Antecipada nº 175/CE¹³⁷, expõe de forma emblemática, a necessidade de se atender aos critérios e parâmetros definidos pela Audiência Pública de 2009.

Nesse caso, a discussão recaiu sobre a possibilidade de fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como sobre a responsabilidade solidária entre os entes federativos e sobre a ausência de estudos científicos conclusivos sobre determinadas prestações materiais, cujas balizas realizadas pela Corte podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) caso exista política pública e a Administração não forneça a prestação material ali prevista, o cidadão tem o direito subjetivo de obtê-la; b) caso inexista política pública que contemple prestação material é preciso identificar o motivo da falta de fornecimento, que pode decorrer de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la e da vedação legal expressa à sua dispensação, sendo vedado à Administração Pública o fornecimento de prestação material sem registro na ANVISA; e c) análise da motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.

Neste último caso, Otávio Balestra destaca duas situações a serem, ainda, consideradas: i) se o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente – como regra, o tratamento fornecido pelo SUS deve ser privilegiado, salvo em situações excepcionalíssimas, nas quais restar assentada a ineficácia da política pública existente; e ii) se o SUS não fornece nenhuma prestação material para determinada doença, nesse caso não será afastada a

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem, p.106

¹³⁷ Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde-SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglusat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo Regimental a que se nega provimento (STF, STA 175/-AgR/CE, Pleno. Rel.Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010).

possibilidade de que a omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial vez que fatores externos podem ser ponderados pelo Judiciário¹³⁸.

É possível, sendo assim, perceber que – apesar dos avanços proporcionados pelas Cortes Superiores em matéria de garantia do direito à saúde – o aumento excessivo das demandas sobre o tema tem gerado grandes impactos nas esferas políticas, econômicas e sociais, levando o Judiciário buscar um ponto de equilíbrio entre os poderes estatais instituídos e a própria sociedade.

Atualmente, a jurisprudência dominante nos dois tribunais superiores tem observado os critérios postos pelas políticas públicas sanitárias estabelecidas pelo Estado Brasileiro, sem se olvidar de conceder tutelas jurisdicionais especiais para situações específicas e graves, ponderando, no caso concreto, o direito do cidadão a ter providas suas necessidades sanitárias e os critérios da Administração Pública para o fornecimento das prestações materiais em saúde¹³⁹. Por outro lado, verifica-se que o ajuizamento das ações judiciais, buscando a garantia constitucional do direito à saúde, deu ensejo ao embate doutrinário, que se divide entre correntes de pensamentos diversos.

A primeira delas é contrária à imputação estatal no fornecimento de medicamento ou tratamento indisponível no SUS, em respeito ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, partem do pressuposto de que o juiz não pode intervir no mérito administrativo, nem tampouco julgar sem levar em consideração os impactos econômicos de suas decisões no orçamento público.

Sobre isso, afirmam Lisandra Karoll Torres Pinheiro e Paulo Melo Filho:

O fenômeno da judicialização da saúde, pode prejudicar a execução das políticas de saúde no âmbito do Sistema Único de saúde (SUS), já que o fornecimento de medicamentos, insumos e serviços de saúde determinado pelas demandas judiciais, não foram programados e acarretam elevados custos à gestão¹⁴⁰.

Para Chieffi e Barata, a interpretação do direito universal à saúde e da responsabilidade do Estado garantir este direito, têm sido utilizado para justificar as demandas judiciais para

¹³⁸BALESTRA Neto, Otávio, op.Cit. p.108.

¹³⁹ Idem, op.cit. p.110.

¹⁴⁰ PINHEIRO, Lisandra Karoll Torres; MELO FILHO, Paulo. **O impacto financeiro da judicialização da saúde demonstrado através de um modelo econômico teórico**, artigo publicado na Associação Brasileira de Economia da Saúde e disponibilizado no site www.abresbrasil.org.br/trabalhos/o-impacto-financeiro-da-judicializacao-da-saude-demonstrado-atraves-de-um-modelo-economico, acessado em agosto de 2017.

obtenção de medicamentos e outros procedimentos em saúde quando estes não estão na lista e protocolos de padronização do SUS¹⁴¹.

Já a outra corrente, favorável, põe o direito à saúde como sendo inerente à vida humana, e, portanto, devendo ser obrigatoriamente disponibilizado pelo Estado independente de quaisquer condicionantes, sob pena de sanção. Filiam-se a este entendimento José Afonso da Silva, George Marmelstein, Fábio Konder Comparato e Dirley da Cunha Júnior.

Existem, ainda, entendimentos intermediários os quais, apesar de reconhecer a saúde como fundamental a existência e a dignidade humana, devendo ser garantida prioritariamente pelo Estado, não reconhecem a judicialização excessiva como uma alternativa eficaz a longo prazo. Nesse segmento, encontra-se a linha de entendimento deste estudo. Ademais, não há como desmerecer as questões de ordens técnicas e financeiras que orbitam no cenário do sistema de saúde brasileiro, e que, por sua vez repercutem na democracia constitucional.

A excessiva judicialização da saúde repercute nas estruturas democráticas nacionais possibilitando o Poder Judiciário a intervir em questões que excedem a sua função.

3.2 AS REPERCUSSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

Ao comentar sobre o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana, em 1947, Arthur Schlesinger deu o primeiro passo no tratamento do tema, que, ao lado da judicialização, vem redefinindo o perfil da atuação judicial no Estado contemporâneo.

O referido jornalista norte-americano reconhece o ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos já previstos, como por exemplo, os direitos sociais, objeto de estudo desta tese. Complementando a ideia do jornalista, Luiz Roberto Barroso afirma que é possível qualificar o ativismo judicial como uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, cuja participação do Judiciário exige uma maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes, fato notório no julgamento de algumas decisões exemplificadas anteriormente.

¹⁴¹CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade.** Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, 2009.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público¹⁴².

Trata-se, portanto, de um processo de criação realizado e implementado no ordenamento jurídico pátrio pelos próprios juízes, que intercalam com sua função de guardiões da Constituição o papel de legisladores e gestores do interesse público. Nessa perspectiva, Thamy Pogrebinski conceitua juiz ativo como aquele que: a) usa o seu poder de forma a rever e contestar as decisões dos demais poderes do estado; b) promove, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considera os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade¹⁴³. Embora se tratem de fenômenos distintos, o ativismo e a judicialização estão mais próximos que separados, o que reflete uma relação muito estreita entre ambos. De acordo com Luiz Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm a mesma origem. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativas. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais¹⁴⁴.

Em matéria de saúde, o referido Ministro explica que, embora a matéria não tenha sido, ainda, apreciada a fundo pelo STF, exceto nos pedidos de suspensão de segurança, nas demais instâncias do país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município, por vezes os três solidariamente, a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

¹⁴²BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/05/2010.

¹⁴³POGREBINCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

¹⁴⁴BARROSO, Luis Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/05/2010.

Ao criticar as posições de Luiz Roberto Barroso e Thamy Progenischi, Lênio Luiz Streck afirma que há, de fato, excesso de ativismo, permitindo-se dizer que o ativismo é vulgata da judicialização, sem contudo, admitir um “ativismo adequado ou necessário”¹⁴⁵. Após analisar o grau de ativismo existente no país, Lênio constata que o número de ADINs rejeitadas ou deferidas é insuficiente para demonstrar a dimensão desta atuação. Nesse sentido, o referido autor demonstra que diversas são as situações que podem ser utilizadas para aferir o grau de ativismo judicial, sendo indispensável considerar:

Mais ainda, por vezes, judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos. Aliás, não é o mesmo. Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental, espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo). [...]

Assim, a partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que devem ser abordados. Como venho referindo em vários livros e textos, os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que fazem; e judicializam quando sustentam não fazer¹⁴⁶.

Segundo Teori Zavaski, o ativismo judicial compreende um dos fatores que levam à discussão sobre os limites da ação do Poder Judiciário quando invocados à luz do Princípio da Separação dos Poderes, Princípio Democrático e o Princípio da Inafastabilidade da função jurisdicional. Nesse aspecto, importante destacar as contribuições de Montesquieu:

[...] quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos príncipes ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes. O de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos¹⁴⁷.

Com base na realidade política Francesa de sua época, Montesquieu propôs a separação dos poderes a fim de controlar o poder do soberano, tendo como objetivo a liberdade:

[...] encontra-se a liberdade política unicamente nos estados moderados. Porém ela nem sempre existe nos estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites [...]. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder¹⁴⁸.

¹⁴⁵ STRECK, Luiz Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Artigo disponível em

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Montesquieu, **O Espírito das Leis**, tradução- Pedro Vieira Mota, São Paulo, p.45.

¹⁴⁸ Idem, p.45-48.

Segundo Canotilho:

Hoje, tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria da separação dos poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e seus ministros), o legislativo (1ª câmara e 2ª câmara, câmara baixa e câmara alta) Cada poder recobriria um função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de anistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara alta sob acusação da Câmara baixa¹⁴⁹.

O ativismo judicial, na visão de Teorí Zavaski, ainda, deve ser compreendido a partir das funções legislativas e judiciais desenvolvidas pelo Estado. Desse modo, enquanto o legislador atua, em regra, para o futuro, o juiz se volta ao presente e ao passado, sobre os fatos ocorridos ou na iminência de ocorrer¹⁵⁰. Assim, o ativismo pode desencadear incerteza quanto à vontade a ser perseguida pelo juiz, se a legislativa ou a judicial. Todavia, quando assumem, os juízes prometem cumprir a Constituição e a lei, contudo as intercorrências da vida cotidiana, muitas vezes, escapam ao legislador e o juiz não pode deixar de decidir em razão de inexistência normativa¹⁵¹.

Teori Zawascky alerta para a utilização de outros mecanismos importantes a serem utilizados pelo Judiciário para superar a insuficiência da atividade legislativa, especificamente o mandando de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade¹⁵². Em defesa do ativismo, Mauro Cappelletti expõe que não se pode aplicar à atividade judiciária os mesmo critérios da atividade jurídica. A legitimação da jurisdição é diferente, pois depende de provocação das partes, prolação de decisão por órgão relativamente independente e imparcial.¹⁵³ Pelo exposto, percebe-se que a doutrina se divide entre os adeptos a essa intervenção e os reacionários. Enquanto as reações contrárias ao ativismo judicial se alinham a Teoria procedimentalista, as posições favoráveis se baseiam na Teoria substancialista e dessa forma:

Os procedimentalistas entendem que o judiciário tão somente deve estabelecer regras do jogo político, assegurar igualdade de participação e garantir instrumentos de acesso à arena política. Pelo viés procedimentalista do direito de Habermas, a esfera pública é um centro de debate que gera impulsos comunicativos e que ocorre antes da

¹⁴⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Edições Almeida. 2000. 7ª Ed. p.114.

¹⁵⁰<https://www.conjur.com.br/2014-mar-14/teori-zavascki-cabe-juiz-fechar-brechas-deixadas-legislativo>

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Idem.

¹⁵³CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1993, p.102.

produção legislativa. O efeito disso é: “a) autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.”¹⁵⁴

Para Habermas, Antoine Garapoun e John Hart, o ativismo judicial é ilegítimo, de modo que a expansão judicial na vida política intensifica a cidadania. Assim, segundo aponta Luís Vianna Werneck:

No paradigma procedimental de Habermas o cidadão não seria um simples participante de um jogo mercantil nem um cliente de burocracias de bem-estar, e sim o ator autônomo que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político¹⁵⁵.

Para Habermas a função precípua dos Tribunais é “mobilizar as razões que lhes são dadas, segundo o ‘direito e a lei’ [...]”¹⁵⁶, devendo os juízes apenas assegurar o acesso ao jogo democrático.

O que preocupa os procedimentalistas é que o judiciário sobreponha os outros poderes de forma não controlada e isso traga prejuízos para a separação de poderes. Além disso, ao controlar e garantir as liberdades públicas, o judiciário pode se tornar a mais alta instância moral da sociedade. A função de intérprete da Constituição não é negada, mas a capacidade normativa do judiciário não pode se agigantar a ponto de romper com a força normativa democrática vinda das leis¹⁵⁷.

Walber de Moura Agra atesta que o ponto nefrágico do procedimentalismo é não considerar a crise de participação política da sociedade pós-moderna e não se ater que a participação efetiva nas sociedades periféricas é da elite e que a maior parte das pessoas não participa da tomada de decisões importantes. Se a atividade jurisdicional se preocupa com os procedimentos democráticos e não com a concretização dos direitos fundamentais tende, então, a perpetuar-se o *status quo* dominante em detrimento das necessidades da população.¹⁵⁸

¹⁵⁴ SILVA, Lorena Fonseca e FRÓES, Felipe. **Sobre Ativismo Judicial: O debate “substancialismo x procedimentalismo” em perspectiva.** Disponível em http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/02/legitimidade.html#_edn32/

¹⁵⁵VIANNA, Luís Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.29

¹⁵⁶HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.183.

¹⁵⁷SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. **O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista.** Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 13/03/2017 às 08h.

¹⁵⁸AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.222.

Os substancialistas, por sua vez, defendem a legitimidade do ativismo judicial, considerando essa atuação inevitável a efetivação dos direitos sociais. Para estes, a legitimidade do judiciário não decorre do cumprimento de requisitos procedimentais e sim da concretização de direitos fundamentais. A ligação entre os direitos fundamentais e o regime democrático é evidente. Esses direitos funcionariam como amparadores do regime político.

Segundo Friedrich Muller, “não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima.¹⁵⁹ Embora o ativismo judicial tenha contribuído para a efetivação dos direitos sociais, considera-se equivocado estabelecer condicionantes nesse sentido, como se uma coisa dependesse da outra. Não é bem assim. O ativismo judicial excessivo, assim como ocorre com a judicialização excessiva, reflete uma crise na democracia brasileira, pondo em risco a força normativa da Constituição.

O inativismo do legislativo e a inércia do executivo devem ser combatidos por toda a sociedade, inclusive, pelo Judiciário. Logo depositar todas as esperanças no ativismo judicial e na judicialização não deve ser a única saída para a efetivação dos direitos sociais fundamentais à dignidade humana é anular o papel exercido pelos demais poderes instituídos e pela vontade política manifestada por toda sociedade.

O judiciário ganhou um espaço tão significativo, no cenário atual, que pode se tornar a esperança para uma democracia enfraquecida. Se por um lado essa atuação busca estabilizar as esferas sociais e políticas, por outro há um enfraquecimento do homem cívico, público e preocupado com o interesse comum. O Juiz vem se tornando a última esperança, mas “a promoção contemporânea do Juiz não se deve tanto a uma escolha deliberada, mas antes a uma reação de defesa perante o quádruplo desmoronamento: político, simbólico, psíquico e normativo.¹⁶⁰

Nesse sentido, acredita-se que somente excepcionalmente é possível transpor para o judiciário determinadas questões políticas. Isso quando não restar outra forma de manter a força normativa da Constituição. Contudo, não nos parece ser viável admitir que a expansão do judiciário seja a melhor solução a longo prazo.

¹⁵⁹MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental na democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.76

¹⁶⁰GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996, p.22/23

Dalmo de Abreu Dallari ressalta que o próprio princípio da separação dos poderes deve se adequar à atualidade, assim se justificando:

Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando se imaginava o "Estado Mínimo", pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e possibilidade de se exigir que eles fossem respeitados. Esse desajuste, sob certos aspectos, é ainda mais acentuado quanto ao judiciário [...]¹⁶¹

Acredita-se, pois, que o Poder Judiciário deve sempre intervir de forma a resguardar os princípios constitucionais por ele tutelados com a máxima efetividade possível. Contudo, a consolidação de uma sociedade democrática constitui-se a partir de uma relação harmônica e independente entre os poderes instituídos e aberta a todos os demais partícipes comprometidos com a consolidação de um sistema constitucional ativo e efetivo. Torna-se necessário, então, abrir espaço a fim de buscar soluções compatíveis com a realidade política, econômica e social do país, sob pena de estar caminhando para a manutenção de uma democracia à brasileira.

3.4 ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No Brasil, o financiamento dos custos decorrentes do direito à saúde divide-se, solidariamente, entre as unidades federativas, as quais devem obedecer, no mínimo, os percentuais exigidos. Todavia, a experiência tem demonstrado que a adoção da solidariedade como único critério para a solução da responsabilidade entre os entes federativos na prestação do direito à saúde tem ensejado mais problemas que soluções¹⁶².

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada a partir da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, acabou por reafirmar a responsabilidade solidária entre Municípios, Estados, Distrito Federal e União, embora reconheça que a matéria deverá ser objeto de exame específico pela Suprema Corte no RE 566.471¹⁶³, que trata do fornecimento de medicamento de alto custo não disponível no SUS e não autorizado pela ANVISA.

¹⁶¹DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, pág. 01, 3ª edição, editora Saraiva.

¹⁶²GEBRAN NETO, João Pedro e DRESCH, Renato Luiz. **A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde**, p.02

¹⁶³ GEBRAN NETO, João Pedro e DRESCH, Renato Luiz. **A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde**, p.02.

A Constituição Federal de 1988 contemplou no artigo 165, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) como instrumentos orçamentários a serem utilizados pelo Poder Executivo, nos termos detalhados por Odilon Guedes:

O PPA, tem vigência de quatro anos e busca estabelecer diretrizes e metas que os governos federais, estaduais e municipais devem alcançar nesse período. É com base no PPA que a LDO e a LOA são instituídas. Para a elaboração do PPA, leva-se em consideração dados macroeconômicos, como o Produto Interno Bruto (PIB) e o aumento ou diminuição das arrecadações e tributos, projetados em relação aos quatro anos de vigência do Plano.

A LDO, de caráter anual, tem como suas funções estipular as despesas de capital para o ano subsequente, seleção dos projetos do PPA que deverão receber prioridade na execução, dispor sobre qualquer na legislação tributária e orientar a elaboração da LOA, razão pela qual necessariamente antecede tal Lei, constituindo, portanto, importante elo entre o PPA e a LOA. A LDO também deverá incluir um anexo denominado “Prioridades e Metas”, no qual deverão estar definidas as políticas de maior prioridade em diversas áreas, como saúde, transporte e meio ambiente. Essas prioridades, entretanto, limitam-se às chamadas “metas físicas”, sendo que a dotação orçamentária é somente detalhada na LOA.¹⁶⁴

Pela análise evolutiva dos direitos fundamentais, foi possível destacar a estreita relação existente entre os direitos sociais e os recursos financeiros, pois, embora essa categoria de direitos fundamentais não adquira somente uma feição material diante do Estado, a sua efetivação é praticamente dependente economicamente desta. Nesse ponto, deve-se destacar a dimensão econômica de tais direitos – uma vez que exigem uma atuação estatal positiva – demandam disponibilidade financeira, que, na visão de Ronald Coase, enseja o problema do custo social.

Assim, apesar de os direitos negativos também exigirem financiamento estatal, é na execução dos direitos, predominantemente prestacionais, que essa dimensão assume proporções significativas. Ao que se refere aos direitos sociais a prestações, SARLET afirma que

[...] seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.¹⁶⁵

Corolário à condição prestacional, a efetivação do direito à saúde passa a exigir disponibilidade financeira permanente para se estabelecer. Percebe-se o problema da efetiva

¹⁶⁴Guedes, Odilon. **Orçamento Público e Cidadania**. Editora: livraria da física, 2013, p.67.

¹⁶⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p.254.

disponibilidade do objeto pelo seu destinatário, ou seja, se este dispõe de recursos para que possa prestar efetivamente os direitos consagrados na norma constitucional.

O Estado possui uma capacidade de disposição limitada sobre os direitos materiais. Essa limitação de recursos constitui um limite fático à eficácia dos direitos sociais. Além disso, verifica-se a problemática da possibilidade jurídica da prestação: o Estado também deve ter o poder de dispor, a capacidade jurídica de implementar os direitos positivos. Daí o surgimento da teoria da reserva do possível que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”. Não é razoável que se admita a “reserva do possível” como elemento impeditivo da eficácia de um direito fundamental por meio de uma decisão judicial, mesmo no caso dos prestacionais. Os poderes públicos estão obrigados a maximizarem os recursos, e tornar mínima essa limitação fática à efetiva prestação dos direitos fundamentais¹⁶⁶.

Ademais, Sarlet ressalva que, além das diferenças quanto ao objeto, também influenciam na eficácia dos direitos fundamentais diferenças relativas à forma de positivação. Isso porque, no que tange aos direitos prestacionais, existe uma dificuldade em se definir com precisão o objeto da prestação, já na Constituição. Ademais, indica a prestação desses direitos depende, em grande parte, da tomada de decisões do poder público, além de muitas serem as tarefas impostas ao Estado, e este necessita de disponibilidade de recursos e dotação orçamentária para que possa cumpri-las.¹⁶⁷

Se a efetivação do direito à saúde, por si só, já gera custos financeiros aos cofres públicos, a situação se torna ainda mais cara se forem considerados os impactos econômicos proporcionados pelos custos da judicialização da saúde, o que gera uma necessária análise econômica acerca da efetivação do direito à saúde. A partir de uma perspectiva econômica é possível maximizar os recursos públicos sobre o Direito e otimizar as soluções evidentes na modernidade.

A Análise Econômica do Direito não postula o monopólio da racionalidade, nem superar outros métodos de análise, mas tão somente proporcionar entendimentos pautados em critérios econômicos indispensáveis à garantia do direito fundamental à saúde.

¹⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. p.562.

¹⁶⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p.256-257

Não se trata, portanto, de condicionar as decisões judiciais a critérios meramente econômicos ou de se estabelecer, indistintamente, a primazia da racional maximizadora. Não se trata, também, de suplantiar valores fundamentais à dignidade humana em virtude de uma lógica de mercado. A utilização de recursos, bem como o problema da sua escassez, ensejam a intervenção da Teoria Econômica como instrumento necessário a satisfazer a necessidade de um sistema jurídico capaz de solucionar os problemas emergentes.

Nesse sentido, surgem alguns questionamentos: toda decisão judicial que venha a causar impactos financeiros ao orçamento público exige uma análise econômica técnica e precisa capaz de certificar qual o impacto financeiro daquela decisão para a sociedade? Quantas pessoas deixam de ser assistidas em razão daquela decisão? Quantas pessoas que estavam na fila aguardando uma cirurgia de urgência teve que esperar mais em razão da liminar concedida em favor de outra pessoa? O que está sendo feito pelo respectivo Ente federativo para garantir o direito à saúde à sua população? Qual o arrecadamento desta região? Como tem sido a utilização dos seus recursos? Qual o tipo de medicamento fornecido pelo Estado? Quanto se gasta para manter o fornecimento gratuito desse medicamento? A decisão judicial vai interferir no valor do produto ou do tratamento solicitado?

Trata-se de uma infinidade de perguntas que poderiam ser utilizadas como parâmetros econômicos na ponderação de escolhas no caso concreto, mas que, na maioria das vezes, não se fazem presentes na decisão. Se o conflito existe entre administração e administrado, é ou porque não há recursos infinitos suficientes para atender à demanda ou porque, mesmo existindo, esses não foram utilizados da maneira adequada, ensejando a utilização de uma sistemática mais complexa. Portanto, difícil é fazer uma escolha trágica sem o auxílio de ferramentas técnicas, sob pena de infringir o postulado da igualdade jurídica. Nesses termos, Saulo Casali Bahia alerta que:

Ademais, em qualquer situação onde inexista razão suficiente para o *discrimen* ou para a igualação, e uma destas se produza, é gerada uma situação de igualdade meramente concreto-formal, pois não se enfrenta adequadamente a questão de saber o que leva certos sujeitos e situações a serem consideradas iguais ou desiguais¹⁶⁸.

A escolha, entre as opções existentes ou inexistentes no caso concreto, deve considerar a menos trágica possível cuja situação deve ser auxiliada pela ideia de custos de oportunidade nas decisões judiciais, principalmente quando estas são de amplo alcance e impacto social.

¹⁶⁸ Bahia, Saulo Casali. **A igualdade como direito fundamental**, texto publicado na obra *Direitos Humanos fundamentais*, Editora Saraiva, 2014, p.100.

Trata-se, logo, de possibilitar um alinhamento racional capaz de combater a tensão estabelecida entre a microjustiça e a macrojustiça. Sobre isso preconizada Gustavo Amaral:

A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça¹⁶⁹.

Stephen Holmes e Cass Sunstein reconhecem que questões de escassez e distribuição de recursos só seriam corretamente analisadas pelo Estado se vistas sob a ótica financeira¹⁷⁰, situação quase inexistente na jurisprudência atual, que de forma simplista analisa os aspectos econômicos de forma superficial e sob a ótica da reserva do possível. Da mesma forma, Posner defende a capacidade do método econômico como otimizador de eficiência do sistema jurídico e afirma que não é dever do economista dizer se a eficiência deve sobrepor outros valores no caso de conflitos.¹⁷¹

A relação existente entre recursos e direitos é nítida e vem sendo enfrentada pelas Cortes Superiores desde a década de 90, quando surgiram os primeiros casos de judicialização na saúde, contudo sem a profundidade técnica que os casos exigem. Segundo restou analisado, o entendimento jurisprudencial, durante as três últimas décadas, oscilou no tratamento do tema. A partir da Audiência pública realizada em 2009, iniciou-se uma nova fase nas cortes brasileiras, voltada a discutir a judicialização de forma mais objetiva e participativa, contudo, a resistência de alguns julgadores, ainda limita a efetivação do direito à saúde de forma ampla, conforme salientou a ministra Carmem Lúcia:

Eu sou juíza, não sou ministra da fazenda. Não desconheço a responsabilidade dele. Eu não sou ministra da Saúde. Eu sou juíza, eu tenho a Constituição, que diz que é garantido o direito à saúde. Eu estudo que a medicina pode oferecer uma alternativa para essa pessoa viver com dignidade. Convenhamos, a dor tem pressa. Eu lido com o humano, eu não lido com o cofre.

De acordo com as afirmações anteriormente transcritas, percebe-se que – enquanto para Carmem Lúcia é possível buscar auxílio técnico nas ciências médicas para decidir causas envolvendo o direito à saúde – a análise econômica é rechaçada pela Ministra, que justamente por desconhecer suas nuances, deveria se valer deste instrumento complementar.

As ponderações realizadas pelas Cortes Judiciais ressaltam, de um modo geral, a colisão estabelecida entre o direito à saúde, de um lado, e a reserva do possível, de outro. Conforme se nota pela evolução jurisprudencial no tratamento da matéria, contudo, não se trata de escolher

¹⁶⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e escolha*, editora: Renovar, São Paulo - Rio de Janeiro, 2001.

¹⁷⁰HOLMES, Stephen e Sustain Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty depends of taxes*, New Yorque and London: W.M.NORTON, 1999.

¹⁷¹POSNER, Richard

entre direito e recursos. A tragédia, no caso concreto, se estabelece pela escolha de uma vida, dentre tantas outras, inevitavelmente envolvidas, como apontado por Luís Roberto Barroso em seu trabalho sobre o tema:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação dos poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida de uns versus o direito à vida de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão¹⁷².

Gustavo Amaral aponta que essa tensão precisa ser enfrentada pelo Judiciário, para que determinados preceitos constitucionais não sejam condenados a ineficácia¹⁷³. Duciran Van MarsenFarena, citado por George Marmelstein nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206-7, promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza perante a 4ª Vara Federal de Fortaleza-CE, argumenta:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anticonstituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais"¹⁷⁴

O Brasil importou a teoria alemã da reserva do possível, sem contudo, contextualizá-la a sua realidade interna, provocando, dessa forma, um pressuposto de inveracidade dos fatos alegados pelo Estado que, sem demonstrar a sua real incapacidade financeira, utiliza-se de reservas teóricas inadequadas ao caso concreto, causando desconfiança em seus argumentos.

Assim, Andreas Krell leciona:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a "reserva do possível" (Der Volberhalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.¹⁷⁵

¹⁷² BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetro para a atuação judicial.**

¹⁷³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha**, editora: Renovar, São Paulo - Rio de Janeiro, 2001.

¹⁷⁴ FARENA, Duciran Van Marsen. **A Saúde na Constituição Federal**, p.14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p.12/14

¹⁷⁵ KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p.52.

Nesse sentido, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner sustentam que a reserva do possível apresenta pelo menos uma tríplice dimensão, que abrange:

a) a efetividade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativa e administrativas, entre outras, e que, além disso reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Um caso muito polêmico, envolvendo a temática, foi publicado em março de 2012 pela revista *Época*, que trouxe a matéria: “O paciente de R\$ 800 mil – A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde”¹⁷⁶.

A matéria conta a história de Rafael Notarangeli Fávoro, 29 anos, que recebe o tratamento clínico mais caro existente, o medicamento Soliris (eculizumab), para amenizar as complicações de uma forma raríssima de anemia, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), causadora de vários problemas que podem levar à morte. Cada vidro de 30 mililitros de Soliris custa mais de R\$ 11 mil. Rafael consome três frascos a cada 15 dias, são R\$ 35 mil reais. Cerca de R\$ 70 mil por mês. Mais de R\$ 800 mil por ano.

Pacientes como ele podem ser submetidos a um transplante de medula. É uma alternativa muito mais barata (custa cerca de R\$ 50 mil ao SUS) e a única capaz de curar. Apesar disso, Rafael nem sequer procurou um doador. Como o tratamento mais caro do mundo estava ao alcance das mãos, considerou que valia a pena optar pela nova droga e evitar os riscos da solução tradicional. O transplante cura metade das pessoas que tem HPN; contudo 30% pode morrer ou ter alguma complicação grave.

O Soliris não cura, mas reduz a destruição dos glóbulos vermelhos e os sintomas da doença. Ainda assim, não elimina totalmente o risco de trombose. É por isso que Rafael também precisa tomar anticoagulante para sempre¹⁷⁷. Foi com base no raciocínio descrito que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada em Recurso Extraordinário¹⁷⁸, relativo ao fornecimento de medicamento de alto custo a

¹⁷⁶ Matéria disponível no site: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>, acessado em 21 de agosto de 2016.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ Recurso Extraordinário n. 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM

paciente do Estado do Rio Grande do Norte, às expensas daquele Estado, questionando se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco a assistência global de tantos que dependem de determinado medicamento de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença em casos pontuais, razão pela qual destacava a necessidade do pronunciamento do Supremo em relação aos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198 da Constituição Federal, revelando o alcance do texto constitucional.

Verifica-se que o problema da efetivação do direito à saúde, assim como os demais direitos que ensejam prestações positivas do Estado, ultrapassam as fronteiras jurídicas e, conforme afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen").

Para Machado dos Santos, de modo geral, a melhoria do acesso está associada às condições socioeconômicas, especialmente da distribuição de renda, mas também à capacidade de financiamento dos sistemas de saúde, ao uso racional dos medicamentos e à eficiência na gestão dos recursos¹⁷⁹. De acordo com Leny Pereira da Silva, não é possível descartar as dificuldades administrativas, no que é concernente à implantação de ordens judiciais. Sobre tal referência, o autor segue ponderando que:

Até simples obrigações de fornecimento de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos (procedimento licitatório ou mesmo procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, empenho). É óbvio que a exigência de licitação não pode ser empecilho para o cumprimento da ordem.

Mesmo assim, não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.

Tratando-se, porém, de obrigação de fazer (construir um posto de saúde, fornecer medicamentos, realizar um tratamento médico, etc.) que esteja dentro da reserva do possível, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador.

FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO APELANTE EM PROMOVER O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

¹⁷⁹MACHADO DOS SANTOS, S. C. **Melhoria da equidade no acesso aos medicamentos no Brasil: os desafios impostos pela dinâmica da competição “extrapreço”**. 2001. p. 180. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro.

Em razão da reserva do possível, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. É preciso verificar até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem pôr em risco o equilíbrio financeiro do sistema único de saúde, especialmente em momentos de crises econômicas¹⁸⁰.

Ao criar um sistema de saúde descentralizado, pautado nos princípios da universalidade, integralidade e equidade, a Constituição de 1988 rompeu com o modelo sanitário excludente até então existente, sem, contudo, superá-lo. Além dos princípios inerentes ao SUS, o direito à saúde está atrelado aos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da reserva do possível, e, portanto, os aspectos econômicos que envolvem a situação não podem ser desconsiderados, mas tão somente relativizados no caso concreto. Segundo a avaliação realizada pelo Conselho Federal de Medicina, em 2016, sobre o gasto per capita em saúde pública no Brasil, as aplicações em saúde por parte da esfera pública regrediu em 0,93% entre 2013 e 2014, em razão das pretensões políticas da época, segundo explica o economista Gil Castello Branco:

Em 2013 e 2014, com a preocupação predominante da reeleição, o governo aprofundou o uso da política fiscal para tentar reativar a economia a qualquer custo. Isenções e benefícios fiscais foram concedidos sem os resultados esperados. Assim, as receitas que já vinham diminuindo em decorrência da retração econômica, foram também afetadas pelos benefícios fiscais e isenções, o que fez murchar também as arrecadações dos estados e o dos municípios¹⁸¹.

A Organização Mundial de Saúde, por sua vez, divulgou que a atuação do Brasil estava muito abaixo da média das Américas, cujo investimento per capita do setor público em saúde, em 2013, foi de US\$1.816, enquanto no Brasil, naquele ano, foi cerca de 70% menor¹⁸².

A disparidade com os gastos dos países ricos é ainda maior. Em média, os países desenvolvidos destinaram US\$ 2,8 mil a cada um de seus cidadãos em contas de saúde. Em alguns casos, os gastos são mais de dez vezes superior aos do Brasil. Na Noruega, por exemplo, o Estado arcou em média com US\$ 7,9 mil em saúde para cada um de seus cidadãos. No Japão, os gastos públicos chegam a US\$ 3,9 mil por pessoa, contra US\$ 6,3 mil em Luxemburgo e US\$ 5,9 mil na Suíça. Nos Estados Unidos, os gastos com saúde que acabam nas contas do Estado também são superiores às do Brasil. Em média, por ano, um americano consome US\$

¹⁸⁰ SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação do Instituto Brasileiro de Direito Público e disponibilizada na página eletrônica [www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitoa saúde por Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitoa%20saude%20por%20Leny.pdf).

¹⁸¹ BRANCO, Gil Castelo.

¹⁸² Dados identificados pelo **Conselho Federal de Medicina**. Disponível desde 29 de fevereiro de 2016 em https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3

4,1 mil do governo. Mesmo em Portugal, os gastos públicos são mais de duas vezes superiores aos do Brasil em termos per capita.¹⁸³

Para melhor entender as discrepâncias existentes entre o sistema sanitário brasileiro e os sistemas sanitários no direito comparado, tome-se, como exemplo, o caso de Portugal. Em Portugal, há dois níveis de atenção à saúde no sistema público: os Centros de Saúde (CS) e os Hospitais\Emergências. Nesse sentido, o sistema público de saúde em Portugal é o que atende a maioria das pessoas e tem uma qualidade incrível. Nesse sentido, o sistema público de saúde em Portugal é o que atende a maioria das pessoas e tem uma qualidade incrível. Diferente da maioria dos hospitais públicos brasileiros; mas, também diferente do Brasil, não é gratuito.

Para usar a saúde pública em Portugal é necessário, em regra, o pagamento de uma taxa moderadora de acordo com o serviço que será utilizado. Dessa forma, os valores vão aumentando conforme o que é solicitado pelos médicos. Todavia, algumas pessoas são isentas da taxa moderadora. Pessoas que provam que não têm como pagar o sistema de saúde, pessoas com doenças graves e gestantes estão isentas de pagar qualquer coisa no sistema público (inclui: acompanhamento, exames, parto e até dentista).

O sistema de acompanhamento na saúde pública em Portugal ocorre com o médico de família. Nesse caso, se for preciso fazer exames ou acompanhamento com um especialista, o médico de família assina uma guia de encaminhamento. Se o paciente for encaminhado para um hospital particular para a realização de algum exame, o mesmo será pago com o mesmo valor que se pago para fazer o exame no hospital público.

Durante o período de 1970 a 2001, Portugal passou por sucessivas transformações dentro de um contexto social, jurídico e econômico, isso influenciou de forma direta no acesso à saúde. O Sistema Nacional de Saúde (SNS) português possui autonomia administrativa e financeira, estrutura-se numa organização descentralizada e desconcentrada, compreendendo órgãos de âmbito central, regional e local, e dispõe de serviços prestadores de cuidados de saúde primários e serviços prestadores de cuidados de saúde diferenciados.

Durante a segunda metade do século XX, Portugal sofreu com grandes mudanças sociais, econômicas e políticas, em períodos de tempo muito curtos, principalmente com a democratização e a descolonização ocorrida na década de 1970, incluindo-se nestas

¹⁸³ Dados disponíveis no site: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-publico-do-brasil-com-saude-e-inferior-a-media-mundial,1686846>

transformações no ano de 1985, a entrada na Comunidade Econômica Europeia, e pouco tempo depois a integração do País na União Monetária Europeia em 2000¹⁸⁴.

No ano de 1999 foi estabelecido o regime dos Sistemas Locais de Saúde (SLS) – um conjunto de recursos articulados na base da complementaridade e organizados segundo critérios geográfico-populacionais, que visam facilitar a participação social e que, articulados aos centros de saúde e hospitais, pretendem promover a saúde e a racionalização da utilização dos recursos.

Ainda em 1999, seguindo a mesma forma de atuação dos Sistemas de Saúde – SLS, foram criados os Centros de Responsabilidade Integrada – CRI, que se constituem em verdadeiros órgãos de gestão intermédia. Estes, mesmo sem quebrar a unidade de conjunto, são dotados de poder decisório, permitindo a tomada de decisões.

No Brasil, o monitoramento anual do acesso de internações no sistema público de saúde, é organizado por Estados da Federação. O Brasil tem tido um gasto muito baixo com a saúde, comparativamente com os países mais ricos. Na comparação com países desenvolvidos constata-se que Portugal, por exemplo, em 2006 gastou \$1.494 per capita em saúde, quase quatro vezes mais que o Brasil que gastou \$367 per capita.

É fato que o sistema de saúde no país não tem sido capaz de efetivar a contento o Direito à Saúde a todas as pessoas, conforme previsão da Constituição Federal. Nessa esteira, muitas vezes o Judiciário acaba sendo a última alternativa de muitos pacientes para obtenção de um medicamento ou tratamento. Entretanto, o que deveria ser uma exceção tem se tornado cada vez mais frequente, de modo que, em 2010, os gastos com demandas judiciais individuais somaram o equivalente a quase 2% do orçamento total da saúde.

Esse crescimento pode causar graves desequilíbrios ao orçamento, prejudicando a consecução de políticas públicas previstas. Todavia, também não se pode olvidar o paciente que buscou a Justiça, pois receber atendimento é um direito. A saída, portanto, é efetivar uma “contenção saudável” da judicialização, diminuindo a quantidade e o custo das demandas sem prejudicar investimentos ou o direito individual em saúde.

¹⁸⁴ **Acesso à saúde contemporâneo no Brasil e em Portugal como um direito social.** Disponível em <http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2014/10/Acesso-%C3%A0-sa%C3%BAde-contempor%C3%A2neo-no-Brasil-e-em-Portugal-come-um-direito-social.pdf>

No que tange ao tema, Antônio José Avelãs¹⁸⁵ aponta que, em Portugal, o Tribunal Constitucional pronunciou-se duas vezes sobre questões relativas ao direito à saúde, ambas chamadas a apreciar a inconstitucionalidade de dois diplomas legais. Sobre esse ponto, afirma o autor que:

Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre pedido do cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo adoptar as medidas adequadas à efetivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnósticos, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento)¹⁸⁶.

Assim, no que toca aos direitos a prestações materiais do estado colocadas sob a reserva do possível, o referido autor destaca que o Tribunal Português tem defendido que a Constituição não pode determinar o conteúdo exato de cada uma das prestações, nem pode definir as condições ou pressupostos que devam enquadrar o processamento da respectiva atribuição.

No Brasil, contudo, o entendimento corrente sobre a problemática em análise, é muito diferente. O STF tem defendido a tese de que cabe, nas competências do Poder Judiciário, evitar que as omissões do poder político façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, assumindo que, “quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária”. Portanto, de forma inversamente proporcional, enquanto os investimentos em saúde pública diminuem no Brasil, os gastos com a judicialização na saúde aumentam, segundo os cálculos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Acerca do exposto, vejamos:

De 2010 até julho de 2016, os custos da União totalizaram R\$ 3,9 bilhões com o cumprimento das sentenças. Só neste ano já foram desembolsados R\$ 730,6 milhões. Somados os gastos da União, estados e Municípios, a previsão é de que o montante chegue a R\$7 bilhões em judicialização este ano. Em 2015 foram gastos R\$ 5 bilhões¹⁸⁷.

Das informações apresentadas, observa-se que consequências da judicialização da saúde suscitam custos para o estado, os quais, predominantemente, não estes analisados economicamente pelos operadores do direito. Os gastos com a saúde podem ser analisados a partir da perspectiva dos custos, são impactos diretos e indiretos e que oneram o setor de múltiplas maneiras. “Para a execução de uma análise econômica, deve-se definir também a

¹⁸⁵ NUNES, António José Avelãs. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p.26.

¹⁸⁶ *Idem*, op. Cit., p.27.

¹⁸⁷ CNJ

perspectiva ou o ponto de vista da análise que o estudo assume e a quem ele se dirige ou interessa”¹⁸⁸, assim, são estabelecidos os traços característicos que devem ser observados. Para garantir alta efetividade dos direitos fundamentais de normas sociais, como o Direito à Saúde, a Análise Econômica do Direito deve considerar a implementação das políticas públicas devidas. Assim, conta-se, nos custos do Direito à saúde, a sua concretização através de políticas públicas¹⁸⁹. Na relação do custo, percebe-se que a dimensão é muito ampla, envolve questões que perpassam por múltiplas possibilidades das relações sociais e sugere análise multidisciplinar. Segundo dados de 2009, os mais recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), gastos públicos em saúde representaram 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB), enquanto gastos privados alcançaram 4,9%¹⁹⁰.

Conforme o IBGE – que analisou dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar – estima que a cobertura de plano de saúde no país é de 24,7%. Esta cobertura concentra-se, regionalmente, com 64% dos planos no Sudeste, em 2012. Os estados com maior cobertura são São Paulo, 43,6%; Rio de Janeiro, 36,6%, e Espírito Santo, 32,6%. Têm a menor cobertura os estados das regiões Norte e Nordeste, como Piauí, 7,4%; Tocantins, 7,0%; Maranhão, 6,6%; Roraima, 6,6%, e Acre, 5,6%¹⁹¹. Observa-se, assim, aumento da discussão sobre a interpretação do direito à saúde à luz de noções de justiça, questionando-se sobre o prejuízo criado pelas ordens judiciais para o atendimento de outras pessoas no âmbito do Sistema e o efetivo alcance do princípio da integralidade de atendimento de atendimento¹⁹².

¹⁸⁸ NUNES, 2016, p.41

¹⁸⁹ *Idem*, p.42

¹⁹⁰ Informação disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013>

¹⁹¹ *Idem*

¹⁹² BARATELA, Daiane Fernandes e SOUSA, Mariana Siviero. **O custo do fornecimento de medicamentos no Brasil.** Artigo disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14793

4 A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA BRASILEIRO

Perto de completar trinta anos de promulgada a Constituição Brasileira desencadeia um novo perfil ao ordenamento jurídico pátrio, cujas proporções tendem a enaltecer, ainda mais, os princípios constitucionais por ela perfilhados ou perfilado?

Assim, a partir da participação entre sociedade civil e Estado, busca-se desenvolver soluções consensuais e resolutivas, por meio do diálogo, como forma de se adequar a dinâmica das relações sociais contemporâneas, dessa forma contribuir para o fortalecimento da força normativa da Constituição. Dessa forma, observa-se que é possível construir um novo paradigma brasileiro por meio da consensualidade administrativa e da adoção de medidas alternativas conforme será demonstrado a seguir.

4.1 A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA

Embora o ativismo judicial e a judicialização das questões políticas tenham, em certa medida, desestruturado o princípio da Separação dos Poderes, conforme discutido em linhas anteriores, o desempenho da função administrativa do Estado cabe preponderantemente ao Poder executivo¹⁹³.

Segundo define Marçal Justen Filho, a função administrativa estatal, em seu sentido objetivo, constitui o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação do de interesses essenciais, relacionados à promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional¹⁹⁴. De maneira exemplificativa, o referido autor destaca as funções regulatória, de fomento, prestacional e de controle, todas exercidas pela Administração Pública.

Para regular a função administrativa do Estado, o direito administrativo foi originado nas bases do modelo liberal de Estado, vigente a partir do séc. XIX, período em que a

¹⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição, Revista dos Tribunais, 2016, p.39

¹⁹⁴ Idem, p.38.

imperatividade (noção que expressava a autoridade do Estado frente aos indivíduos, decorrente da soberania) acabou por conformar os institutos e categorias desse ramo jurídico. Em virtude desse poder de império, forjou-se a ação administrativa típica, a qual era manifestada por meio de atos administrativos, cujos atributos essenciais sujeitavam-se à noção de autoridade¹⁹⁵.

Verifica-se que, nas últimas três décadas, o Estado Contemporâneo tem exigido uma reformulação administrativa da própria função administrativa exercida pelo Poder Público. Nesse sentido, por meio de fenômenos em ascensão como Estado em Rede e Governança Pública, surge uma nova administração aberta ao diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

Nessa seara, ao abordar as tendências e transformações do Direito Administrativo, Juarez Freitas tece breves considerações sobre o pano de fundo das tendências mais impactantes, partindo do quadro contemporâneo no qual os princípios e os direitos fundamentais devem ser interpretados no seio das relações de administração, estabelecendo:

Primeiro: tende o relativamente jovem Direito Administrativo a transitar da preponderância monológica rumo a padrões dialógicos, abertos e voltados à afirmação da dignidade incluída da pessoa humana e do valor intrínseco da natureza, na senda de Administração Pública como “organização que aprende”, isto é, apta a praticar modelos decisórios menos unilaterais, consideradas simplistas as soluções voltadas a doses enormes e, não raro, infrutíferas de repressão¹⁹⁶.

Assim, conforme apontou Norberto Bobbio em 1985 o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, do que a de detentor do poder de império¹⁹⁷. A função de garantia do Estado contemporâneo emerge de sua consolidada obrigação constitucional de protagonizar a efetivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, enquanto a função estatal de mediação emana da propagação do ideal democrático para além do quadrante da política, resultado da busca do alargamento das bases de legitimação do exercício do poder estatal, por meio da democratização da democracia¹⁹⁸.

Neste segmento, a consensualidade administrativa surge como um movimento necessário a reforma e modernização do Estado contemporâneo, por meio da inserção de métodos negociais empregados na seara das atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades públicas.

¹⁹⁵SCHWANKA, Cristiane e DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**, <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>, acessado em 22 de setembro de 2017

¹⁹⁶FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. Malheiros, 5ª edição, p. 28 e 29.

¹⁹⁷BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.26

¹⁹⁸SCHWANKA, Cristiane e Justino de Oliveira, Gustavo. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**, <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>. Acessado em 22 de setembro de 2017.

Trata-se de um movimento desencadeado nos Estados Unidos, por meio das Alternative Dispute Resolutions (ADRs), cuja base consiste na ideia de implementar meios alternativos como ferramenta utilizada para solucionar conflitos entre administração e administrados. Embora seja possível perceber que a adoção de medidas alternativas sempre coexistiu com a atuação impositiva do Estado, somente a partir do século XX se tornaram prática institucional e profissional.

Verifica-se que no Brasil, as previsões sobre medidas conciliatórias são contempladas há muito tempo, de modo que as ADRs foram impulsionadas pela Lei de Arbitragem, em 1996. Nesse cenário, aponta-se para o surgimento de uma Administração pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.¹⁹⁹

O panorama atual exige a ampliação dos canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do Direito. Exige-se, assim, uma reestruturação da posição da sociedade civil perante o Estado: que deixe de lado o seu papel de cliente da prestação administrativa, para assumir o papel de ator de um direito legítimo, emergente da opinião e da formação de vontades discursivas de cidadãos, igualmente titulares de um Estado²⁰⁰. Para Odete Medauar a importância dessa nova vertente no âmbito da Administração contemporânea pode ser entendida da seguinte forma:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação²⁰¹.

No Brasil, essa nova modelagem administrativa, vem propiciando o desenvolvimento de um panorama mais harmônico entre os Poderes Estatais, que após passar as três últimas décadas em crise, buscam atenuar as suas divergências por meio de medidas consensuais alternativas. Conforme relatado em capítulo inaugural, o movimento sanitarista desencadeado em meados

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ MAIA, Taciana Mara Corrêa. **Administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa**: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf

²⁰¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p.78.

da década de 70 se despontou como o alicerce inicial para as mudanças sanitárias que viriam logo em seguida. Nesse sentido, a Conferência Nacional de Saúde de 1986 teve como lema “Saúde: Direito de todos e um dever do Estado” e resultou na inclusão deste modelo de saúde na Constituição em 1988, e na criação do SUS.

A partir de então, tornou-se possível exigir do Estado medidas em favor ao direito à saúde. Em seguida, a judicialização impulsionou a efetivação do direito à saúde no país, tanto de forma direta quanto de forma indireta. Além de garantir saúde aos demandantes, fomentou a implementação de políticas públicas por meio das suas decisões, conforme apontado a seguir:

Nos primeiros anos da década de 1990, para assegurar o direito à saúde, a grande procura do Judiciário se dava em função do acesso aos medicamentos como os antirretrovirais. Essa busca provocou no poder público a criação da política pública de distribuição gratuita de medicamentos.

Com o surgimento da Lei nº 9.313/96, criada para garantir a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais, esperava-se a diminuição da discricionariedade dos juízes e, conseqüentemente, a diminuição da interferência do Poder Judiciário no campo da saúde. No entanto, o que se observou foi justamente o oposto. Se, antes, o artigo 196 era considerado uma norma programática, a partir do ano de 1997, o mesmo texto passou a ser reconhecido como uma norma constitucional de plena eficácia²⁰².

Assim, enquanto o movimento sanitarista ensejou a constitucionalização do direito à saúde na década de 80, do século XX, o fenômeno da judicialização contribuiu para a garantia desse direito a partir de 1988:

As primeiras ações que discutiam o direito à saúde chegaram às cortes superiores em meados da década de 1990, demandando basicamente o direito de acesso ao fornecimento de medicamentos pelo poder público. Desde então, e principalmente a partir dos anos 2000, o número de ações judiciais relacionadas ao direito a saúde cresceu exponencialmente²⁰³.

Contudo, em meados da década de 2000 uma nova etapa da evolução jurisprudencial do direito à saúde começa a surgir. Nesta ocasião, os tribunais superiores começaram a superar a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significariam um “direito a tudo”.

Nesse sentido Balestra registra que:

Esse novo entendimento da jurisprudência brasileira culminou com a audiência pública de 2009, no STF, que levou, finalmente, à estipulação de parâmetros bem mais nítidos para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde. São exemplos dessa fase jurisprudencial: o Mandado de Segurança n. 8895/DF, do STJ, a Suspensão da de Segurança n.3073 e o Agravo Regimental na Tutela Antecipada n. 175, os dois últimos do STF²⁰⁴.

²⁰²BALESTRA Neto, Otávio. **A Jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à Saúde – Evolução rumo à racionalidade**, texto publicado e disponível na página eletrônica www.revistas.usp.br/article/view/100025

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Idem.

Portanto, com a audiência pública nº 04, de 2009, o Judiciário reconheceu a necessidade de superar a judicialização excessiva e avançar no tratamento da matéria. Assim, a efetivação do direito à saúde no Estado Contemporâneo depende de uma reforma estrutural a qual deve atingir tanto a função administrativa, exercida pelo Executivo, quanto a desjudicialização, fomentada pelo Judiciário e que pode ser refletida da seguinte forma:

A Sessão de Audiência Pública nº 04, convocada em março de 2009, intitulada Judicialização do Direito à Saúde, foi um evento de elevada importância para a racionalização do direito à saúde, no qual reuniu diversos especialistas e juristas, com o objetivo de esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde.

No evento foram debatidos os seguintes tópicos: acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário; responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS); gestão do SUS – legislação do SUS e universidade do sistema; registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; políticas públicas de saúde – integralidade do sistema e assistência farmacêutica do SUS²⁰⁵.

Dessa forma, se antes da Audiência Pública nº 04, o direito à saúde era tratado de forma conflitante entre as instâncias estatais, a partir de então, verifica-se uma nova fase marcada pela reaproximação entre os Poderes, pela abertura de uma administração pública consensual. Nesse sentido, segundo aponta Marcella Araújo da Nora, a habitualidade do Estado nas demandas judiciais deveria ser suficiente para justificar a utilização de recursos consensuais e conduzir acordos com particulares²⁰⁶.

4.2 INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Conforme ressalta Ada Pellegrini Grinover pode-se falar hoje de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos, formado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, naquilo em que não conflitam²⁰⁷. Segundo Luís André Bergamashi esta relação pode ser entendida como dialógica ou consensual.

²⁰⁵SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da Saúde e o Conselho Nacional de Justiça**.

²⁰⁶BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **A consensualidade e a administração pública em juízo**. Dissertação (mestrado) – Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009, p.13.

²⁰⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC**. In O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas, vários autores, São Paulo: Atlas, 2015,

Para o referido autor

Pode-se entender como administração pública dialógica ou consensual o realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica²⁰⁸.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que, pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento²⁰⁹.

Verifica-se, portanto, que a inserção de ações alternativas implementadas pelo Poder Público por meio da consensualidade, também, favorece a desjudicialização a partir da inserção de diálogo, composição e engajamento do administrado na consecução de finalidades públicas.

Segundo o levantamento realizado pelo CNJ em 2012, a Administração Pública assumia a posição de maior litigante no Brasil, conferindo ao INSS a maior titularidade nos litígios propostos em face do Estado, fato que, por si só, já seria suficiente para ensejar uma reestruturação administrativa pautada em ações consensuais. Contudo, algumas posições doutrinárias resistem à ideia da consensualidade administrativa, sob o argumento da indisponibilidade absoluta dos interesses da Administração. Para Juliana Bonacorsi, os argumentos contrários a utilização da consensualidade administrativa não se sustentam, vez que:

O arcabouço normativo ampara a consensualidade ao prever módulos concertados e, ainda, determina a fungibilidade entre os instrumentos regulatórios ato unilateral e acordo administrativo, encerrando-se a adoção da consensualidade em uma decisão discricionária do administrador uma vez que 1) a prerrogativa pública é meramente instrumental, (2) a legalidade na seara da consensualidade guarda vinculação negativa à juridicidade e (3) os argumentos da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado não são suficientes a obstacularizar a consensualidade, os acordos administrativos podem ser validamente pela Administração Pública²¹⁰.

Somando-se às justificativas acima transcritas deve-se considerar, ainda, que a consensualidade administrativa não inviabiliza nem afasta o acesso a garantia constitucional explícita no art. 5º, XXXV, da CRFB. Não se trata de buscar um meio resolutivo substitutivo

p.1/2)

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma nova Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2000, p.39

²¹⁰ BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Atuação administrativa consensual**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito de São Paulo, disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf.

ou superior, mas de escolher uma via subsidiária e complementar, que, segundo defende Kazuo Watanabe, deve ser interpretado de forma ampliativa com a ideia de acesso à ordem jurídica justa, ajustando o direito substancial à realidade social. Nessa perspectiva o referido autor defende o uso de meios alternativos²¹¹. Seguindo esse mesmo raciocínio, Rodolfo de Camargo Mancuso, ao se posicionar sobre os problemas decorrentes da adoção de uma concepção restritiva de acesso à justiça, aponta uma clara divisão de trabalho entre o judiciário e o executivo, cuja visão propicia as seguintes externalidades negativas:

1) a judicialização de todo e qualquer interesse ameaçado torna-se a regra, gerando a expectativa de prestação do Judiciário, normalmente frustrada; 2) o judiciário passa a se pautar por critérios mais quantitativos do que qualitativos, 3) risco do direito de ação converte-se em dever de ação, deixando de lado outras possíveis soluções legítimas oficiais ou não, 4) manejo numérico de processos estimula a política judiciária e legislativa a lidar com as consequências, deixando de diagnosticar e remediar as causas da alta litigiosidade²¹².

Mauro Capeleti afirma que a concepção liberal e individualista de acesso à justiça evoluiu para a ideia de acesso efetivo, em que todos os cidadãos não tenham apenas os mesmos direitos proclamados, mas também que estes possam ser garantidos instrumentalmente. Verifica-se, por conseguinte, que a própria Resolução nº 125/2010 do CNJ admite a ampliação do acesso à justiça por meios alternativos, a partir das suas considerações:

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

²¹¹ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Caio Rangel; Watanabe, Kazuo. Participação e processo. São Paulo, RT, 1988, p.128-135

²¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal**, REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO: RT, V. 926, DEZ./2012, p.142

No tocante ao direito à saúde, por se tratar de um direito fundamental, e, portanto, irrenunciável e indisponível, algumas ressalvas devem ser consideradas, antes da adoção de medidas conciliatórias, o que, por sua vez, não impede que medidas consensuais e resolutivas sejam adotadas para resolver procedimentos clínicos, cirúrgicos e farmacêuticos de caráter eletivo. Ademais, importante ressaltar, que a tendência da transformação do Judiciário em uma prestação primária, em razão da ineficiência estatal em lidar com as demandas sociais, especialmente a saúde, motiva o investimento em técnicas que contribuam para a superação da cultura da litigiosidade brasileira. Nesse sentido, André Luís aponta:

Paralelamente ao aumento do número de processos na justiça brasileira, tornaram-se populares, especialmente no âmbito do Judiciário, os meios consensuais de solução de conflitos, como alternativa à solução adjudicatória, por serem em regra mais rápidos e menos custosos, sem contar a potencialidade que têm de fornecer respostas mais adequadas a certas controvérsias, ainda que tal vantagem fique em segundo plano na ótica quantitativa da justiça²¹³.

Considerando, porém, as inúmeras formas consensuais praticadas hoje para dirimir conflitos entre administração e administrados, o presente estudo se restringirá a discutir questões relacionadas a medidas consensuais e alternativas adotadas no âmbito do direito à saúde na Bahia; sem ofuscar, contudo, os exemplos adotados em outros Estados. Busca-se, assim, a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pode-se exemplificar como consenso: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa, assim definidas pelo autor:

Pela coleta de opinião possibilita-se à Administração valer-se dos meios de comunicação em geral para recolher subsídios, em forma de tendências, preferências e de razões, dos segmentos sociais interessados na decisão. No debate público a participação dos interessados é mais intensa, possibilitando-se à Administração não apenas conhecer as tendências, preferências e razões dos interessados como abrir uma instância de negociação. Na audiência pública, como no debate público, amplia-se também a participação dos interessados na decisão, inclusive com instância de negociação, mas, distintamente, se caracteriza por estar submetida a maior formalidade processual podendo servir tanto a uma atuação coadjuvante, a de que aqui se trata, como a uma atuação determinante por parte de interessados regularmente habilitados à participação. Na assessoria externa a participação coadjuvante será proporcionada por um ou mais representantes das categorias de interesses que poderão ser atingidos pela decisão.

²¹³ BERGAMASCHI, André Luiz. A resolução dos conflitos envolvendo a administração pública por meio de mecanismos consensuais. Disponível no site: [file:///C:/Users/User/Downloads/AndreLuisBergamaschi_A_Resolucao_dos_conflitos%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/AndreLuisBergamaschi_A_Resolucao_dos_conflitos%20(1).pdf), acessado em setembro de 2017.

Os assessores externos, que deverão ser nomeados entre pessoas estranhas aos quadros burocráticos da entidade pública a ser assessorada, com ou sem remuneração (múnus público), serão indicados livremente, desde que caracterizada a relação legitimatória do candidato, ou em lista vinculante, devendo, depois de nomeados, serem necessariamente consultados pelo órgão decisório e consignadas as suas contribuições²¹⁴.

Ademais, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) prevê expressamente que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º). Além disso, dispõe que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º).

Assim, é possível concluir que a utilização de meios alternativos pelo Poder Público se revela uma estratégia que pode contribuir para diminuir o volume de demandas repetitivas do Judiciário, representando economia de recursos públicos, e para promover verdadeira pacificação social, pois há litígios que são mais adequadamente resolvidos pela autocomposição ou mesmo pela arbitragem. O contexto é o da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos pelo NCPC e pela Lei 13.140/2015, das câmaras especializadas pela Lei 13.140/2015, que alterou a Lei 9.469/97, e das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos pela mesma Lei 13.140/2015.

Segundo Fredie Didier Júnior, os equivalentes jurisdicionais constituem-se em formas não jurisdicionais de solução de conflitos que funcionam como técnica de tutela de direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas²¹⁵. Trata-se, por um lado, de uma estratégia que pode contribuir para diminuir o volume de demandas repetitivas do Judiciário – o que representaria, em última análise, uma grande economia de recursos públicos –, assim como pode contribuir para uma posição menos litigiosa por parte dos entes públicos. Por outro lado, pode representar também a retirada do Poder Judiciário de muitos conflitos que não são adequados de serem solucionados pela via judicial.

O movimento pela consensualidade administrativa já foi incorporado pelo Tribunal de Justiça da Bahia que, por meio da Resolução nº 24/2015, disciplinou as atividades do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e criou os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC)²¹⁶. Sobre isso trata Larissa Affonso

²¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, Ano 4, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006

²¹⁵ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Editora Podium 11ª edição, Volume 1, 2009, p.76.

²¹⁶ http://www5.tjba.jus.br/pdf/resolucao_tjba_n24_2015.pdf

Mayer, indicando que os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos são garantias constitucionais do acesso à justiça e visam a efetividade de direitos sob uma visão humana, pois não se atêm à soluções de cunho estritamente técnico-jurídicas.²¹⁷

4.3 O PAPEL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Considerando a Audiência Pública nº 04, o Conselho Nacional de Justiça criou um Grupo de Trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, por meio da Portaria 650/2009. Verifica-se que, a partir daí, o CNJ se especializou em matéria de direito à saúde.

Em resultado à criação do aludido Grupo de Trabalho, foi aprovada a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ, a qual passou a estabelecer diretrizes aos juízes em relação às demandas que envolvem a assistência à saúde²¹⁸.

Essa recomendação foi elaborada com a observância dos seguintes fatores: (1) elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; (2) alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões; (3) relevância da matéria diante da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; (4) carência de informações clínicas prestadas aos juízes do Brasil sobre os problemas de saúde; (5) necessidade de prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99; (6) reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da prolação de decisões judiciais; (7) importância de assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS²¹⁹.

No mesmo ano da Recomendação nº 31, a Resolução nº 101 do CNJ instituiu o Fórum Nacional da Saúde para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde e determinou a criação de Comitês Executivos e Estaduais de Saúde.

²¹⁷ MAYER, Larissa Affonso. **Métodos Alternativos de resolução de conflitos sob a ótica do Direito Contemporâneo**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/19994/metodos-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-sob-a-otica-do-direito-contemporaneo/5>, acessado em 12 de agosto de 2017.

²¹⁸ SCHULZE, Clenio Jair. **O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde**. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf

²¹⁹ Idem.

Segundo Clenio Schulze, o Fórum da Saúde tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania, cuja ideia é evitar a discussão judicial e, quando inevitável, que os agentes envolvidos consigam lidar e resolver da forma menos agressiva e menos onerosa possível. Para dar concretude a essa finalidade, foi recomendada a adoção de algumas iniciativas como criação de Núcleos de Apoio Técnico ou Câmaras Técnicas; elaboração de enunciados e cartilhas; especialização de varas de saúde pública; mutirões de conciliação e criação de câmaras de conciliação²²⁰.

Ademais o referido juiz afirma que os argumentos demonstram que a execução de políticas públicas de saúde transcendeu os limites de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assumindo posição de destaque na perspectiva do Estado-Juiz. Nesses termos, Clenio Schulze complementa:

Diante desse quadro, é preciso ampliar e fortalecer o diálogo entre os agentes públicos responsáveis pela concretização do direito fundamental à saúde. A atuação isolada do sistema de justiça (operadores do Direito) e do sistema de saúde (gestores) não contribui para a evolução e o progresso desejado pela sociedade.

A criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual as noções médica e farmacológica precisam ser incorporadas ao exercício da função jurisdicional.

Este é o modelo adequado à construção do Estado desejado, que observe os objetivos da República Federativa do Brasil e que contemple uma sociedade livre, justa, solidária²²¹.

Com base no autor supracitado, a superação dos obstáculos que impedem a efetivação do direito à saúde depende da interação entre os diversos Poderes, bem como de todos os atores envolvidos. É preciso, portanto, superar a desarmonia estabelecida entre as instâncias estatais e civis e priorizar a saúde pública brasileira, pois, conforme restou verificado, nem mesmo um sistema universal e inovador como o SUS, tampouco um ativismo engajado pelo judiciário são suficientes para superar a crise sanitária existente.

Nesses termos, em 2015, o XII Prêmio Innovare apresentou como destaque de seu prêmio especial o tema “a redução das ações judiciais no Estado – menos processo, mais agilidade”; além de premiar no ano de 2014 a Procuradoria do estado do Rio de Janeiro, pela implementação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde²²².

²²⁰ Idem.

²²¹ Idem.

²²² BINENBOJM, Gustavo. Artigo: **Desjudicializar para fazer justiça**, disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/noticia/artigo-desjudicializar-para-fazer-justica>. Acesso em 24/09/2017

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), no Centro do Rio, já solucionou – de janeiro a junho de 2017 – 57,9% das demandas da população. Reunindo representantes das Defensorias Públicas da União e Estado e de secretarias de saúde. A CRLS tenta resolver administrativamente as demandas da área de Saúde para que elas não parem na Justiça²²³. Verifica-se que, desde a sua implementação em 2013, a judicialização da saúde no Estado carioca vem regredindo a cada ano com apoio da CRLS.

A busca pela realização de acordos pré-processuais em casos de judicialização da saúde levou a unidade da Defensoria Pública do Rio de Janeiro na cidade de Cantagalo, no interior do estado, a ser uma das finalistas da maior premiação do Judiciário brasileiro, o Innovare. O projeto "Atuação Extrajudicial na Saúde Pública: Garantia de Acesso e Qualidade aos Serviços" foi um dos três selecionados entre os 44 inscritos na categoria Defensoria Pública²²⁴.

Implantado no início de 2015, a iniciativa tem conseguido reduzir em até 30% o número de ações judiciais referentes a pedidos de questões de saúde, como medicamentos e autorizações para a realização de exames e internações, na Comarca de Cantagalo, por meio de negociação direta com a Prefeitura Municipal²²⁵.

O Estado de São Paulo é o líder em ações judiciais na área de saúde, registrando, somente nos meses de janeiro e de setembro de 2015, 3.014 processos neste segmento da judicialização, segundo estudo da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma). Os dados fazem parte do caderno "Judicialização da Saúde na Prática – Fatos e dados da realidade brasileira", que analisou uma amostra das ações judiciais em quatro estados – São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.²²⁶

Para combater a judicialização da saúde, em São Paulo, a Secretaria de Estado da Saúde fechou uma parceria com o Ministério Público Estadual, o Tribunal de Justiça e a Defensoria Pública para reduzir o número de casos de judicialização no Estado. O projeto "Acessa SUS" terá como objetivo fazer com que uma comissão avalie cada caso de paciente que pretenda

²²³ Informação disponível em <http://blogs.oglobo.globo.com/blog-emergencia/post/este-ano-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-solucionou-58-dos-casos.html>

²²⁴ Informação retirada de <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81354-defensoria-pública-reduz-em-30-acoes-judiciais-de-saude-em-cantagalo-rj>

²²⁵ Idem.

²²⁶ Informação retirada de <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/sao-paulo-lidera-judicializacao-da-saude-aponta-estudo-20181861>

entrar na Justiça para conseguir medicamentos e insumos para checar se realmente é necessário dar início a uma ação judicial²²⁷.

O esforço para controlar ações judiciais que envolvem demandas relativas à saúde tem gerado bons resultados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Documento divulgado pelo Comitê da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Rio Grande do Sul e do Comitê de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS) mostra que, em 2016, houve redução de 17% nos gastos com a judicialização individual, especialmente com remédios, em relação ao ano anterior²²⁸.

No ano em que o comitê gaúcho iniciou as atividades, o Rio Grande do Sul era o estado brasileiro com maior número de ações em saúde, com 92% dos pedidos deferidos liminarmente e notícia de fraudes na postulação de órteses e próteses. Diante do cenário tão delicado, o comitê implementou um plano chamado Ação de Planejamento e de Gestão Sistêmicos (PGS), ferramenta que possibilita a otimização dos esforços dos representantes das diversas instituições participantes do colegiado²²⁹.

Outra importante ação desenvolvida pelo comitê no Rio Grande do Sul foi a reorganização administrativa, que exclui pacientes os quais não fazem mais uso de medicamentos deferidos judicialmente e incorporou novos remédios no âmbito do SUS. Com isso, o Poder Executivo Estadual garantiu uma redução próxima de 10% no número de pacientes judiciais em atendimento, passando de 67.026 para 61.096 pessoas²³⁰.

Nota-se que os Estados Brasileiros têm se engajado na prática de ações alternativas utilizadas para reduzir a judicialização da saúde e garantir mais acesso à população. Sobre a importância das medidas alternativas Gustavo Binimbojmm ressalta:

Em suma, tais iniciativas demonstram que é possível enfrentar o problema da litigiosidade de massa envolvendo o Estado com meios alternativos à judicialização, sem relegar aqueles que têm pretensões legítimas contra a Fazenda Pública a segundo plano. Ao contrário, desjudicializar pode se tornar, em muitos casos e sem nenhum paradoxo, a forma mais eficaz de fazer justiça²³¹.

Nesses termos, é possível notar que o CNJ vem desenvolvendo um trabalho crucial em matéria de fundamentação do direito a saúde, investindo em pesquisas e técnicas de

²²⁷Informação retirada de <http://jggadvogados.com.br/estado-fecha-parceria-para-reduzir-aco-es-na-justica-por-medicamentos/>

²²⁸Informação retirada de <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

²³¹ Idem.

aperfeiçoamento, a partir da inserção dos diálogos institucionais, o que demonstra o papel ativista exercido pelo órgão. O Conselho Nacional de Justiça foi criado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, para exercer um papel de fiscalização e “[...] controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes [...] (art. 103-B, § 4.º da CRFB)”, doutrinariamente e popularmente consagrado como Controle Externo do Judiciário. Discutir e repensar o papel do CNJ é fundamental para o amadurecimento das instituições e do Estado Democrático de Direito. Nesse pormenor, fulcral analisar, *prima facie*, o CNJ como um verdadeiro Controle Externo do Poder Judiciário. É certo que, para efetivar esse papel necessário se faz que haja uma composição, no mínimo, igualitária. Isso porque, hoje o CNJ é Presidido pelo Presidente do STF e composto por 9 membros advindos do Poder Judiciário e 6 da sociedade.

Interessante observar que, em sua composição, deixou-se de incluir duas carreiras integrantes das Funções Essenciais à Justiça, Advocacia Pública e Defensoria Pública. Vale lembrar que na decisão liminar da ADI 4638, o Ministro Marco Aurélio, asseverou que “Não incumbe ao CNJ criar deveres, direitos e sanções administrativas mediante resolução, ou substituir-se ao Congresso e alterar as regras previstas na Lei Orgânica da Magistratura”. Um CNJ forte, transparente e independente vem consolidar conquistas como a vedação ao nepotismo, a regulamentação do teto salarial, a busca pela transparência dos gastos do Poder Judiciário, a fixação de metas de produtividade, a divulgação anual das estatísticas do Poder Judiciário, a busca por uma unificação dos sistemas informatizados dos processos e a fiscalização do sistema prisional.

A Constituição não prevê um sistema de castas, motivo pelo qual os fundamentos que motivam a decisão sobre a competência do CNJ e seus poderes disciplinares devem servir para todos os cidadãos brasileiros. Nesse momento cabe pluralizar ao máximo o debate, bem como refletir sobre o verdadeiro papel atinente ao CNJ, aguardando a prevalência da vontade popular e da Constituição. Ante ao exposto, certo é que o esvaziamento das atribuições do CNJ poderá provocar enormes prejuízos a toda sociedade e aos Magistrados comprometidos com suas funções, uma vez que o poder de fiscalizar e punir os juízes e servidores contribui para separar o joio do trigo, resguardando a imagem do Judiciário brasileiro. Conforme é possível notar, a partir da Recomendação nº 31/2010, o papel exercido pelo CNJ, em matéria de saúde, tem contribuído para a implementação de uma administração resolutiva e consensual, disposta a superar os obstáculos que impedem a efetivação do direito à saúde.

5. O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA

A Bahia é o quinto estado brasileiro em extensão territorial, possui uma área de 564.733 km², é composta por 417 municípios, onde neles habitam pouco mais de 15 milhões de habitantes. Considerando que 90% dessa população dependem do SUS para sobreviver e que os 10% restantes dos baianos, que possuem algum tipo de cobertura de plano ou seguro de saúde, podem, também, utilizar o mesmo sistema, é possível perceber a importância do tema na região. Nesse sentido, considerando as peculiaridades e a estrutura sanitária desenvolvida no Estado, é preciso analisar de que forma as medidas extrajudiciais estão sendo adotadas e como as mesmas poderiam ser aprimoradas em favor da desjudicialização, e conseqüentemente da efetivação do direito fundamental à saúde na região.

5.1 A ESTRUTURA SANITÁRIA

Segundo informa o Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB), a saúde pública não é uma prioridade para o Estado. A afirmação leva em consideração os dados fornecidos pelo Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS – que identificou que apenas 12,26% dos recursos do governo foram investidos na saúde pública regional, colocando a Bahia na 21ª posição no ranking dos Estados que menos investiram em saúde em 2016²³².

Para o coordenador do Centro de Apoio Operacional da Saúde Pública (CESAU) Rogério Queiroz, o problema é que, no Brasil, os gestores estão transformando o piso em teto, de modo que é preciso ampliar os investimentos para dar um *plus* para a saúde senão a desassistência permanecerá imensa. Segundo divulgado no portal do CremeB BA, Rogério Queiroz chama atenção ainda para uma particularidade do estado da Bahia, que no ano de 2006, entrou com uma ação civil ordinária no Supremo Tribunal Federal contra a União, para que a receita obtida com o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (facep) não seja incluída na base de cálculo para apuração dos limites mínimos de gastos na saúde, isso quer dizer que uma parte da arrecadação, que teoricamente seria computada para se chegar aos 12%,

²³² <http://www.cremeb.org.br/index.php/noticias/estado-da-bahia-investe-na-saude-apenas-o-obrigatorio-por-lei/>

não é, o que justifica os percentuais do Portal da Transparência da Bahia serem um pouco maiores do que os do SIOPS²³³.

Contudo, apesar dos investimentos baiano em saúde pública estarem próximos dos limites mínimos estabelecidos pela Lei Complementar nº141, é preciso considerar as ações adotadas pelo Estado para a melhoria do tratamento da saúde a partir de suas particularidades. Conforme restou demonstrado no capítulo inaugural, assim como ocorreu no Brasil, de um modo geral, até o século XX, a conjuntura política, econômica e sociocultural, também, limitou as ações para a preservação da saúde no Estado da Bahia.

Além da alegada falta de recursos, a assistência à saúde era vista pelos governantes mais como um ato caritativo que um dever do Estado, cabendo a Santa Casa da Misericórdia²³⁴, grande parte das ações assistencialistas. Embora a Constituição de 1981, tenha direcionado a responsabilidade do combate a doenças epidêmicas para cada unidade federativa, as ações filantrópicas e a mobilização dos médicos baianos suportaram a inércia estatal, durante as primeiras décadas do século XX, promovendo avanços nesse sentido, como ocorreu com o tratamento da tuberculose e da assistência materno-infantil, que apesar do elevado número de mortes, não ensejou a implementação de políticas públicas eficazes.

Conforme relata Christiane Maria Cruz de Souza, verifica-se que os movimentos de proteção à saúde no Estado da Bahia, durante o período citado acima, foram desencadeados por iniciativas médicas e ações beneficentes e voluntárias da sociedade civil encabeçadas por mulheres da elite baiana. Ao destacar a complexa relação entre as instituições filantrópicas e os poderes instituídos, na Bahia, a referida pesquisadora afirma:

Durante esse período, os poderes públicos apoiaram financeiramente as instituições filantrópicas, criaram algumas instituições e incorporaram outras, alargando o campo de atuação do Estado. Todavia, a progressiva intervenção dos poderes públicos no âmbito da saúde, não anulou a importante contribuição da filantropia no processo de constituição de uma rede de assistência à saúde na Bahia, na primeira metade do século XX²³⁵.

De acordo com a estrutura definida pela Secretária de Saúde do Estado da Bahia (SESAB)²³⁶, atualmente, o sistema de saúde baiano é formado pelas Unidades Hospitalares da

²³³ Idem

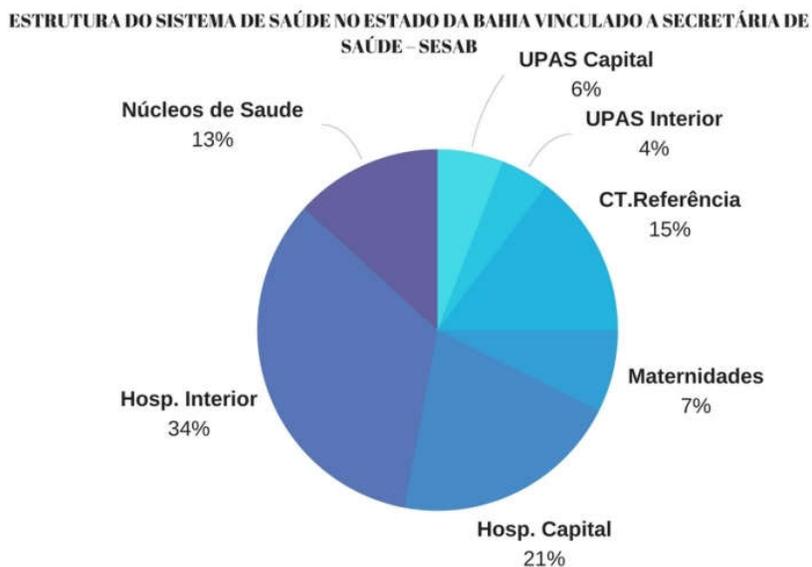
²³⁴ A Santa Casa da Misericórdia da Bahia, em Salvador, foi fundada em 1549, mesmo ano de fundação da Cidade. Existiam dúvidas quanto ao seu ano de fundação, até 1937, quando foram publicadas as folhas de pagamento, de 1549 a 1551. Por elas, sabe-se que a Irmandade da Santa Casa da Bahia já estava organizada em julho de 1549, mas, provavelmente, desde abril. O Hospital era dedicado a São Cristóvão, mas era conhecido como o Hospital da Santa Casa. Em 1893, o Hospital foi transferido para o Santa Izabel, em Nazaré.

²³⁵ CRUZ DE SOUZA, Christiane Maria. **Saúde pública e assistência na Bahia da primeira metade do século XX: o protagonismo dos médicos e das mulheres das mulheres da elite.**

²³⁶ <http://www.saude.ba.gov.br/>

Capital e pelas Unidades Hospitalares dos Interiores do Estado, pelos Centros de Referências, Maternidades, Unidades de Emergência (UPAS), Núcleos Regionais de Saúde (NRS), Central de Transplantes, Fundação de Hematologia e Hemoterapia da Bahia (HEMOBA) e Serviço de Atendimento Móvel (SAMU) cuja estrutura pode ser graficamente representada pelo gráfico abaixo:

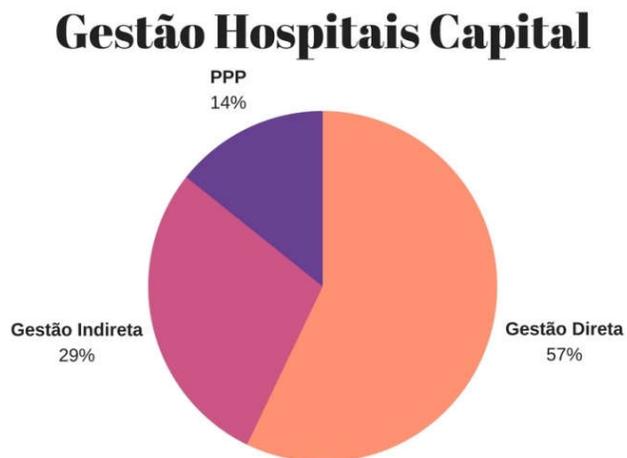
Gráfico 1²³⁷ - Estrutura da Saúde no Estado da Bahia



Tem-se, ainda, duas fundações estatais na Bahia públicas, com personalidade jurídica de direito privado: a Fundação Estatal da Saúde da Família e a Fundação Bahia Farma, voltada para a pesquisa e assistência farmacêutica, que não estão presentes no gráfico acima.

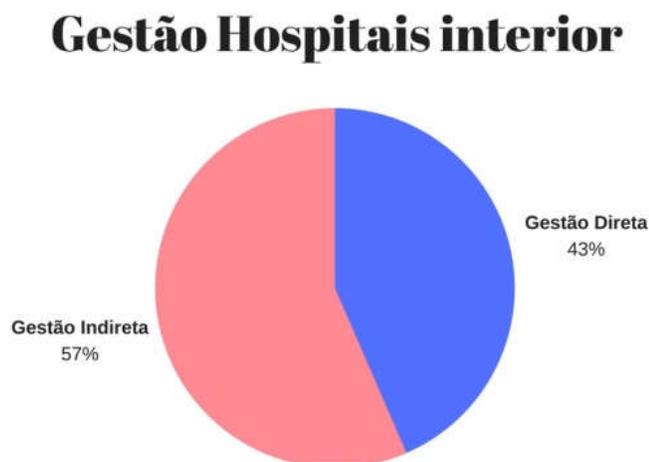
Pela dinâmica do gráfico 1, verifica-se que a maior parte do sistema sanitário baiano está estruturado na capital, enquanto 21% dos hospitais estão locados em Salvador, 34% estão distribuídos pelos interiores do Estado. A partir do gráfico, é possível perceber que um dos grandes problemas vinculados ao direito à saúde na região está associado aos vazios assistenciais existentes nos interiores do Estado.

²³⁷ Elaboração própria, a partir dos dados publicados no site <http://www.saude.ba.gov.br/>

Gráfico 2²³⁸ - Gestão hospitalar na Capital

No que tange a gestão das unidades hospitalares presentes no Estado da Bahia, o gráfico 2 e 3 apontam situações diferentes. Enquanto a maior parte das redes hospitalares presentes na Capital são geridas diretamente pelo Governo do Estado (gráfico 2), a gestão dos hospitais distribuídos pelos interiores é exercida, predominantemente, de forma indireta, por meio das instituições filantrópicas (gráfico 3), veja-se. Ademais, embora a rede de saúde do Estado, seja, atualmente, em sua maior parte, gerida diretamente pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, a gestão indireta das instituições filantrópicas, ainda, contribui para a melhoria do sistema, principalmente nos interiores do Estado, além das parcerias público privadas e dos consórcios públicos presentes na sua estrutura atual.

Gráfico 3 - Gestão hospitalar nos Interiores do Estado da Bahia



²³⁸ Elaboração própria a partir dos dados publicados no site <http://www.saude.ba.gov.br/>

A partir das estruturas gráficas, demonstradas acima, verifica-se que a capital baiana tem papel preponderante no atendimento médico hospitalar de todo o Estado, pois concentra a maior parte das unidades hospitalares, bem como todos os Centros de Referência. Assim, é possível notar que o interior da Bahia é marcado por vazios assistenciais em razão da desproporção existente na estrutura sanitária, entre a capital e os demais municípios. Dessa forma, o maior problema a ser enfrentado na Bahia para efetivar o direito à saúde à sua população recai sobre a questão da regulação assistencial²³⁹, responsável pela maior parte das demandas ajuizadas em face do Estado, conforme será comprovado a seguir.

5.2 O IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO NO ESTADO DA BAHIA

Cientes de que o direito a saúde é uma das garantias asseguradas pela constituição de 1988, é urgente que se desenvolvam estratégias que busquem maneiras de fazer valer esse direito, uma vez que as realidades dos estados brasileiros em alguns casos impedem a manutenção desse direito. As análises iniciais apontam para um comprometimento no acesso a saúde e implicam em busca de medidas que objetivem minorar os problemas.

Conforme restou demonstrado, no ano de 2009, o Estado Brasileiro passou a adotar algumas medidas objetivando reduzir os danos causados pelo não cumprimento, em alguns casos, do serviço para população que tem como pleito a saúde. Ainda assim, devido as diferenças regionais e as distintas formas de gestão adotadas, os estados brasileiros apresentam múltiplas maneiras ao lidar com questões que assegurem para a população o direito a saúde.

A questão da judicialização da saúde na Bahia não é diferente do panorama geral traçado no país sobre a matéria e já evidenciado em tópico específico. Contudo, para melhor desenvolver a análise proposta nesta tese, torna-se indispensável evidenciar a temática de forma mais peculiar.

²³⁹ Segundo definição feita pelo Ministério da saúde, a regulação é o desenvolvimento de estratégias que viabilizam o acesso adequado e oportuno aos serviços de saúde. Atua pelo lado da oferta, buscando otimizar os recursos assistenciais disponíveis, e pelo lado da demanda, buscando garantir a melhor alternativa assistencial em face das necessidades de atenção e de assistência à saúde da população.

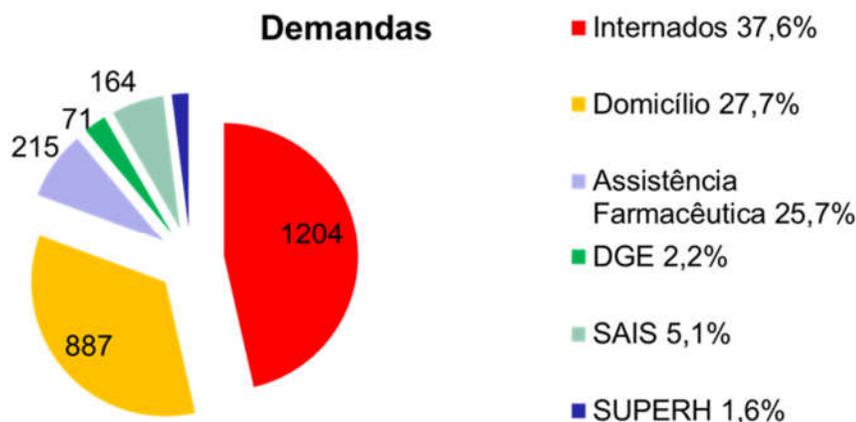
Na Bahia, as demandas tramitam, igualmente, em números progressivos, em menos de 20 anos o Tribunal de Justiça do Estado viu os processos se avolumarem:

Na Bahia, o primeiro caso de judicialização ocorreu em 2002. Em 2006, foram 34 e, em 2007, 112 ações. Muitas demandas eram para o atendimento oncológico de pacientes que haviam iniciado seu tratamento em clínicas privadas. Só em 2008, foram gastos mais de cinco milhões de reais para atender a esses casos²⁴⁰.

Do ano em que ocorreu o primeiro caso de judicialização na Bahia até os dias atuais muito se avançou, se tomarmos, por exemplo, o Convênio de Cooperação Técnica da Agência Nacional de Saúde de 2017, temos uma explanação de argumentos que dão a dimensão do problema enfrentado pelo Estado da Bahia. Tomando como ponto de partida o período de 2010 a 2016, os dados mostram uma significativa evolução.

Por meio de pesquisa elaborada pela médica baiana Poliana Brito é possível confirmar a afirmação, feita anteriormente, de que a regulação assistencial demanda maior participação estatal na prestação da saúde pública regional, conforme quadro abaixo:

Gráfico 4 - Demandas judicializadas por área técnica em 2016 ²⁴¹



A partir do gráfico acima verifica-se que a maior parte das demandas ajuizadas durante o ano de 2016, em face do Estado da Bahia, decorre de pedidos de internação (de caráter emergencial) e de pedidos de atendimentos a pacientes que necessitam de tratamentos eletivos (cirurgias e consultas não emergenciais) caracterizados em domicílio, ambos compreendidos

²⁴⁰ ARAÚJO, Mônica, C. M. e S. **Uma análise da Judicialização da Saúde na aquisição e na distribuição de medicamentos e insumos no Brasil pelo Ministério da Saúde no período de 2010 a 2014**. Monografia. Curso de especialização em Gestão Pública de Saúde. UNB. 2016, p.12.

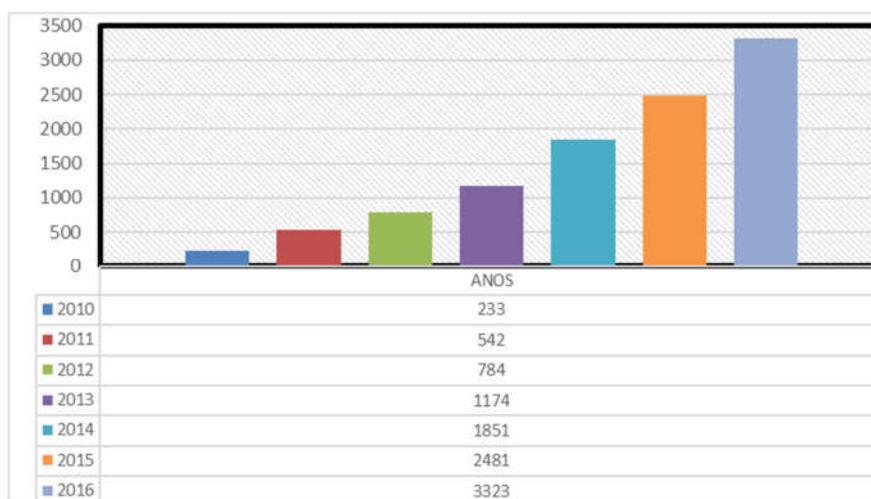
²⁴¹ BRITO, Poliana. **Direito a saúde, sua judicialização e a repercussão orçamentária no Estado da Bahia entre 2010-2016**. Disponível em: <http://napdisa.prp.usp.br/pt/relacao-de-trabalhos-premiados-no-vii-congresso-ibero-americano-de-direito-sanitario/>

pelo setor da regulação assistencial, o que enseja uma maior atuação estatal voltada para a ampliação das unidades hospitalares, principalmente no interior do Estado. Ressalta-se, que os atendimentos de caráter eletivos, requeridos por via judicial, por não serem de caráter emergencial, podem ser garantidos como objeto de resolução na Câmara de Saúde (CCS) implementada no Estado.

A regulação sobre sistemas de saúde tem como principais funções a definição de normas, fiscalização, controle e monitoramento dos serviços de saúde. Essas funções são geralmente exercidas por diferentes órgãos reguladores. Assim a regulação atua a nível nacional e regional e é um instrumento para estabelecer a igualdade no atendimento.

Na prática, a regulação ajuda, por exemplo, a organizar o fluxo do atendimento, de modo que se um paciente acidentado sai do seu município de origem e vem em estado de emergência para ser atendido no hospital geral da capital, sem que haja uma solicitação prévia, como por exemplo, um “aviso” de seu encaminhamento, certamente será barrado, até que a regulação libere seu atendimento. E os primeiros socorros poderiam, em muitos casos, ter ocorrido no município de origem sem a necessidade de exposição do doente a estrada e demais fatores que elevam riscos.

Gráfico 5 - Quantitativo das Demandas judiciais relacionadas à Regulação²⁴²



Através da representação do gráfico 5 observa-se, por exemplo, que as demandas judiciais relacionadas a regulação têm alcançado números expressivos, e se comparado com os números referentes a busca por medicamentos, verifica-se que é a regulação é responsável por maior

²⁴² Idem.

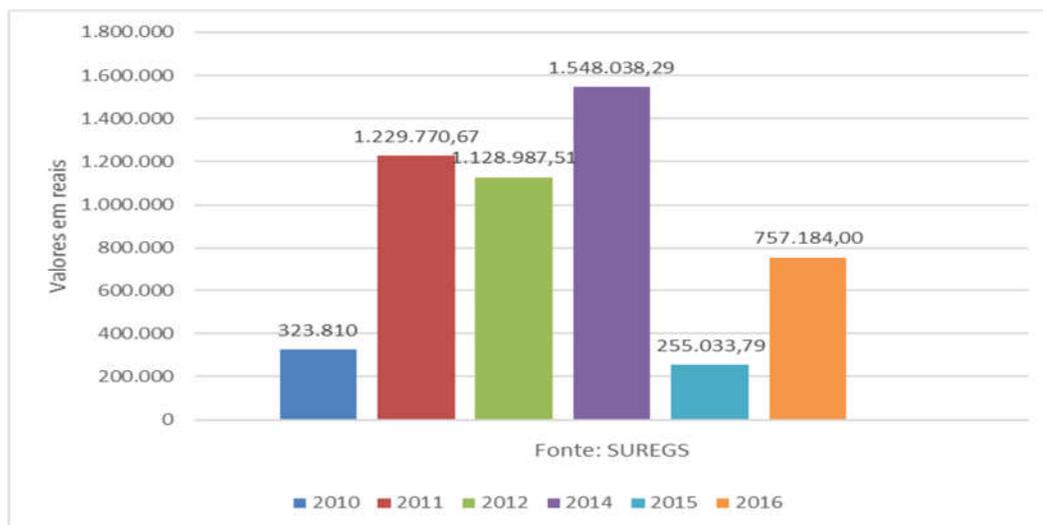
parte das demandas judiciais propostas em face do Estado da Bahia, fato que referenda ser esta igualmente responsável por causar os maiores impactos econômicos no orçamento destinado a saúde.

A regulação atua amparada segundo o princípio equidade que é operacionalizado através de duas perspectivas: uma é a condição de saúde, que diz respeito as chances de ocorrência de agravos de saúde, a outra, é o acesso e a utilização dos serviços de saúde, que trata da disponibilidade de ações de saúde.

As duas buscam compensar as variações biológicas e sociais. Apresenta um escopo complexo, com escala ampla que permite interpretações abrangentes e que contribuem para tornar a regulação o principal alvo das demandas judiciais na Bahia.

Pela análise do gráfico 6, verifica-se que de 2010 a 2016 as demandas solicitando acesso à regulação assistencial no Estado da Bahia cresceram 70%, gerando impactos no orçamento, conforme representação a seguir:

Gráfico 6 - Valores gastos relacionados à Regulação²⁴³



Os dados acima apresentam uma aproximação que pode ser entendida como uma coerência nos gastos de 2011, 2012 e 2014, sendo que houve um pico nos gastos da regulação no ano de 2014. Quando observamos o ano seguinte, em 2015 apresenta uma queda brusca nos valores os números variam de 60% aproximadamente.

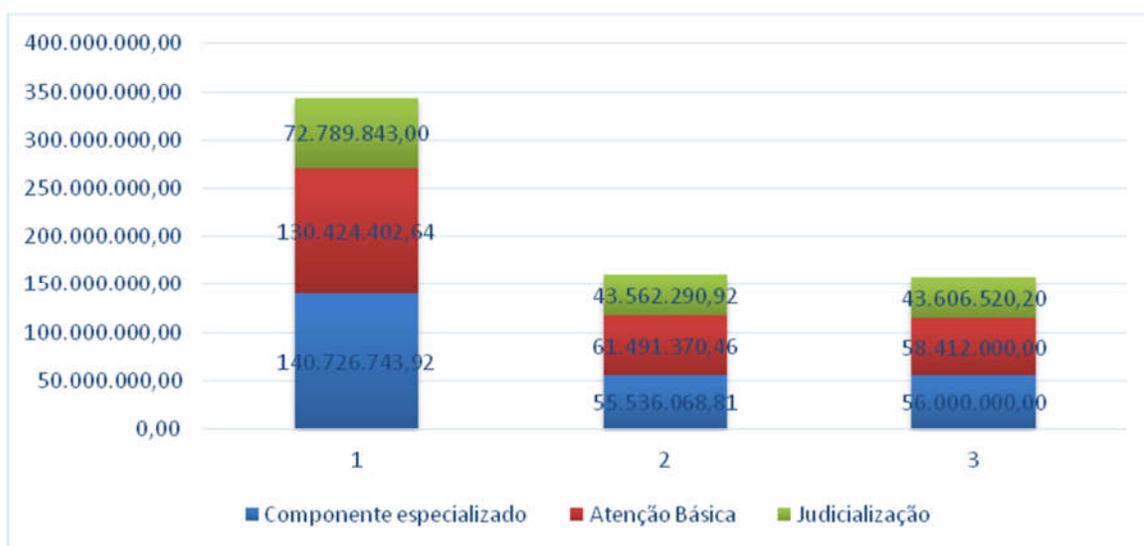
²⁴³ BRITO, Poliana. **Direito a saúde, sua judicialização e a repercussão orçamentária no Estado da Bahia entre 2010-2016**, trabalho disponível em <http://napdisa.prp.usp.br/pt/relacao-de-trabalhos-premiados-no-vii-congresso-ibero-americano-de-direito-sanitario>, acessado em junho de 2017.

Assim, se compararmos a evolução das demandas de regulação (gráfico 3) com a evolução dos valores gastos com a regulação (gráfico 4), a princípio, parece que houve uma diminuição, mas na verdade, menos orçamento foi disponibilizado e menos ações judiciais foram cumpridas, conforme relata Poliana Brito²⁴⁴.

Ao analisar os dados acima percebe-se a ampliação em demandas registradas no estado da Bahia, principalmente em razão da regulação. Contudo, trata-se de um ponto que, ainda carece de medidas efetivas a serem adotadas pelo respectivo ente federativo.

No tocante ao fornecimento de medicamentos por meio de imposições judiciais, os valores gerados podem ser representados de acordo com o apresentado pelo gráfico 7 a seguir.

Gráfico 7²⁴⁵ - Valores gastos relacionados a Medicamentos/ANO



Pelo gráfico acima nota-se uma redução do orçamento destinado a compra de medicamentos decorrentes da judicialização entre os períodos de 2014 (1) a 2016 (3). Dessa forma, pelo gráfico é possível perceber que dentre os anos de 2014 a 2016, o Estado da Bahia disponibilizou menos recursos para o cumprimento de decisões judiciais.

Com base no quadro abaixo, verifica-se que, dentre os medicamentos mais solicitados via judicial, o Ranibizumabe é o que gera mais gastos no Departamento de Assistência Farmacêutica (DASF) da Secretária de Saúde do Estado da Bahia, sendo, também, o medicamento mais solicitado via administrativa, por meio da Câmara de Saúde. Contudo,

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ Idem.

conforme será oportunamente analisado, o respectivo medicamento não é distribuído pelo Estado, fato que justifica a sua judicialização.

Tabela 1²⁴⁶ - Ranking de maiores gastos pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia em medicamentos judicializados

Ranking de maiores gastos na célula da DASF:

| Medicamento | DMM* | Valor Unitário | Custo Mensal | Percentual |
|---|------|----------------|-----------------|------------|
| RANIBIZUMABE 10 MG/ML AMPOLA | 415 | R\$3.005,72 | R\$1.247.373,80 | 11,17% |
| PROTEINA C (CEPROTIN) | 150 | R\$4.429,33 | R\$664.399,50 | 5,95% |
| ECULIZUMAB 300MG | 26 | R\$22.821,43 | R\$593.357,18 | 5,31% |
| IMUNOGLOBULINA HUMANA 0,1G/ML SOLUÇÃO INJETÁVEL FRASCO 50ML | 454 | R\$1.196,18 | R\$543.065,72 | 4,86% |
| TRASTUZUMAB 440 MG AMPOLA | 53 | R\$9.454,57 | R\$501.092,21 | 4,49% |
| SOFOBUVIR 400 MG COMPRIMIDO | 204 | R\$2.420,05 | R\$493.690,20 | 4,42% |
| TEMOZOLAMIDA 100 MG CÁPSULA | 477 | R\$946,75 | R\$451.599,75 | 4,04% |
| RITUXIMAB 500 MG, SOLUÇÃO INJETÁVEL, FRASCO AMPOLA 50 ML | 55 | R\$5.624,58 | R\$309.351,90 | 2,77% |
| BRENTUXIMAB 50MG | 18 | R\$15.850,11 | R\$285.301,98 | 2,56% |

1

Diante do aumento de demandas, que se observa nos respectivos gráficos de representação, expostos acima, algumas questões referentes aos custos se apresentam, visto que os altos valores dos medicamentos e tratamentos são financiados pelo orçamento da saúde, que por sua vez, é definido anualmente.

Dessa maneira não é difícil notar que o orçamento público do Estado é impactado pelas decisões favoráveis às demandas judiciais, criando um ciclo que oferece mais instabilidade ao sistema de saúde pública, e, portanto necessita de alternativas viáveis, principalmente se considerarmos os investimentos realizados.

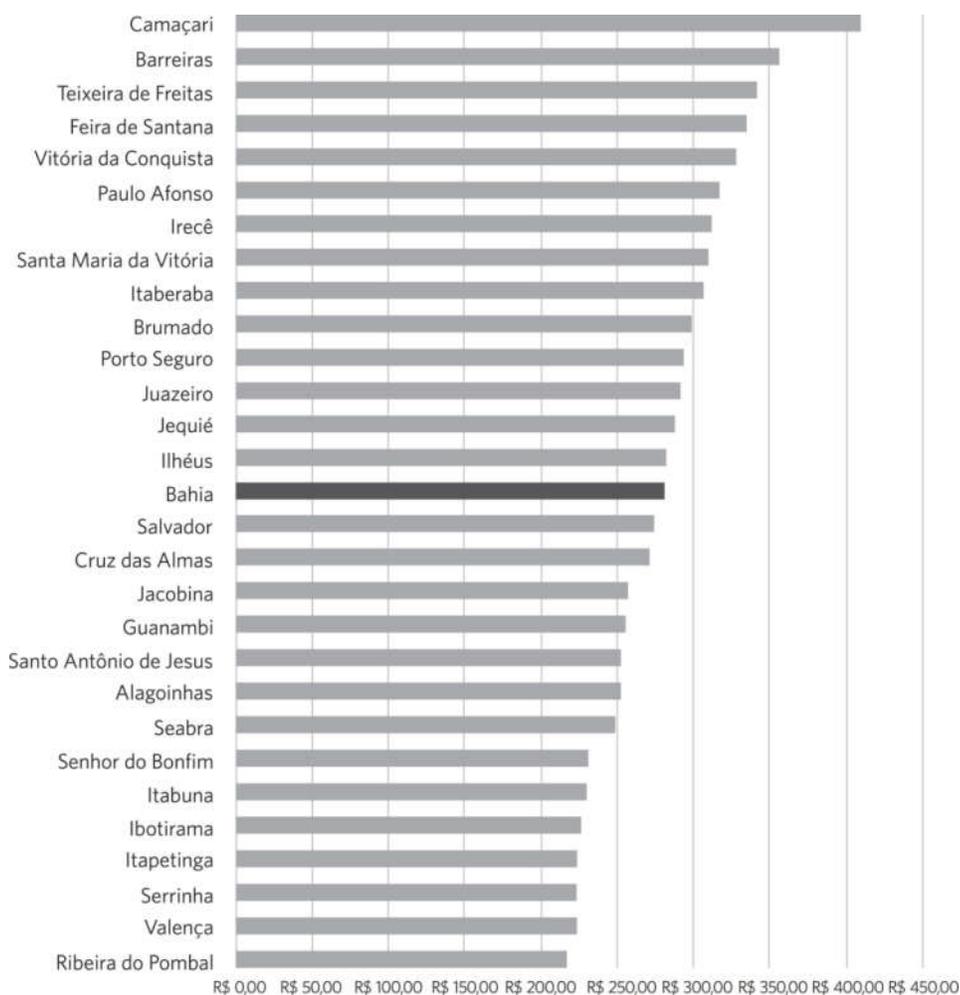
Assim, ao direcionar o foco de observação para a Bahia, percebe-se que o baixo orçamento destinado a saúde na capital baiana é alvo de estudos e de denúncias, “em 2014, foram investidos apenas R\$215,96 para cada habitante, ou seja, 0,59, por dia”²⁴⁷.

²⁴⁶ Dados fornecidos pela Secretária de Saúde do Estado da Bahia.

²⁴⁷ CREMEB, 2016:1 disponível em <http://www.cremeb.org.br/index.php/noticias/salvador-e-a-capital-brasileira-que-menos-investe-em-saude-revela-estudo/>

A visão da CREMEB pode ser entendida, mediante estudo comparativo que observa dados orçamentários dos municípios baianos no período entre 2009 a 2012. No estudo encontrou-se marcos que possibilitam observar, por exemplo “os cinco municípios com maior investimento em saúde: Salvador, Feira de Santana, Vitória da Conquista, Camaçari e Juazeiro²⁴⁸” e os municípios que tiveram investimentos irrisórios, fato que transfere os problemas de saúde local para a capital baiana. O gasto de, aproximadamente, 70% dos municípios foi inferior a R\$ 5 milhões em 2010. Apenas alguns poucos municípios gastaram mais de R\$100 milhões em saúde, não por acaso os mais populosos da Bahia, conforme gráfico seguir:

Gráfico 8 - Gasto Público com Saúde *per capita* nas Regiões do Estado da Bahia em 2010²⁴⁹



²⁴⁸ TELLES, Andrei Souza; COELHO, Thereza Christina Bahia; FERREIRA, Milla Pauline da Silva. **Gasto público em saúde na Bahia: explorando indícios de desigualdades**. Saúde Debate. V. 41, N. 113, p.457-470, abril / junho. Rio de Janeiro. 2017, p.466.

²⁴⁹ Idem. Gráfico reproduzido de TELES, A.S. COELHO, T. C. B. e FERREIRA, M.P.S. 2017. p.465.

A política adotada pelo Estado para atender os municípios baianos nas questões da saúde, obedecem o critério quantitativo e não qualitativo. Por isso nem sempre quem recebe mais recursos financeiros tem um sistema sanitário mais satisfatório. Há uma excessiva valorização do critério quantitativo para definir os encaminhamentos orçamentários.

As dificuldades enfrentadas pelos pequenos municípios no quesito investimentos para a saúde é de conhecimento de todos, visto que como consequência os problemas escoam para a capital. Contudo, ao analisar os dados fornecidos pela Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia, utilizando os critérios da despesa paga, tendo os dados de 2009 a 2012 oriundos do Tesouro Nacional e de 2013 a 2016, oriundos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ-BA). Verificou-se que os investimentos da saúde na Bahia apresentam os seguintes números:

Tabela 2 ²⁵⁰ - Gastos feitos pelo Estado da Bahia na área de saúde

| ANO | INVESTIMENTO |
|------|----------------------|
| 2009 | R\$ 3.511.461.963,13 |
| 2010 | R\$ 3.663.086.480,59 |
| 2011 | R\$ 4.198.702.588,87 |
| 2012 | R\$ 4.607.806.982,37 |
| 2013 | R\$ 4.942.980.234,50 |
| 2014 | R\$ 5.783.703.965,87 |
| 2015 | R\$ 5.951.766.867,06 |
| 2016 | R\$ 6.483.096.084,49 |

(Compilação elaborada a partir de dados fornecido pela Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais)

Dessa forma, observando o quadro acima, verifica-se que, os investimentos na área de saúde tem aumentado, no Estado da Bahia. Segundo dados publicados pela Secretaria da Fazenda do Estado, a Bahia registrou no primeiro quadrimestre de 2017 o segundo maior volume de investimentos entre os estados em termos absolutos, com R\$ 723 milhões destinados a obras e ações na capital e no interior, tendo ficado atrás apenas de São Paulo neste quesito. No que diz respeito à evolução do montante investido em comparação com igual período do

²⁵⁰ Compilação elaborada a partir de dados fornecido pela Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais

ano passado, o governo baiano, com crescimento de 10,2%, superou o paulista, que registrou 7,6%. Os dados foram apresentados pelo secretário da Fazenda do Estado, Manoel Vítório, durante audiência pública na Assembleia Legislativa.

Na área de saúde, o Estado gastou R\$ 960,5 milhões entre janeiro e abril de 2017 e alcançou 11,37% da receita, índice também acima do obtido em igual período no ano passado²⁵¹. Contudo, os operadores da saúde, através do CREMEB, apontam os problemas iniciais como os baixos investimentos, mas complementam com a gestão pouco eficaz. O fato é que resulta em uma inoperância que transfere os problemas para a capital, e esse é mais um dos problemas que a regulação está longe de resolver.

Dentre os investimentos realizados pelo Estado para melhorar o atendimento sanitário regional encontram-se as novas unidades hospitalares regionais da Chapada e do Cacau e a rede de policlínicas no interior, que compreendem a política de regionalização do Estado. Assim, as políticas regionais são definidas para preencher os vazios assistenciais existentes no interior baiano, que conforme já foi observado, possuem unidades hospitalares insuficientes e dessa forma, transferem para a capital as suas demandas.

Para conter o êxodo sanitário, do interior para a capital, o Estado tem investido em ações conjuntas com os municípios por meio da implementação de consórcios públicos. Em 17 de novembro deste ano foi inaugurada a primeira policlínica regional do extremo sul da Bahia, localizada no município de Teixeira de Freitas, onde atenderá moradores de outros 12 municípios: Itanhém, Medeiros Neto, Vereda, Lajedão, Ibirapuã, Caravelas, Nova Viçosa, Mucuri, Prado, Alcobaça, Itamaraju e Jucuruçu.

As policlínicas são resultado de uma parceria entre o Governo do Estado e os municípios formados pelos Consórcios Públicos de Saúde. Nelas não serão atendidas urgências e emergências e nem qualquer tipo de demanda espontânea. O atendimento será feito por meio de um agendamento prévio, realizado pelas secretarias da Saúde dos municípios que fazem parte do Consórcio que administra a unidade. As obras e os equipamentos foram custeados com recursos financeiros do Estado e o custeio mensal será de 40% para o governo e os 60% restantes serão divididos entre os municípios consorciados.

²⁵¹<http://www.bahiaja.com.br/economia/noticia/2017/06/20/bahia-e-2-estado-em-volume-de-investimentos-entre-janeiro-e-abril,101494,0.html>

Ao todo, a Bahia já possui 11 Consórcios formados, nove em discussão, além de outras cinco policlínicas já em obras. As unidades oferecerão consultas em até 18 especialidades diferentes por unidade. Além disso, vão ofertar exames, como: ressonância magnética, tomografia computadorizada, ultrassonografia, ecocardiografia, eletroencefalograma, endoscopia e colonoscopia.

O consórcio intermunicipal na área da saúde é vista como uma associação entre municípios para a realização de atividades conjuntas referentes à promoção, proteção e recuperação da saúde de suas populações. Utilizado como instrumento de estímulo ao planejamento local e regional em saúde, o consórcio possibilita, a viabilização financeira de investimentos e contribui para a superação de desafios locais no processo de implementação do Sistema único de Saúde. Para o município de pequeno porte, representa a possibilidade de oferecer à sua população um atendimento de maior complexidade. A manutenção de um hospital, por mais básico que seja, requer equipamentos, um quadro permanente de profissionais e despesas de custeio que significam gastar, anualmente, o que foi investido na construção e em equipamentos.

É importante observar que todas as ações, em princípio, são passíveis de implementação por consórcio; algumas, no entanto, não devem ser consorciadas, pela sua natureza e especificidade. Constitui exemplo evidente a organização da atenção básica, uma responsabilidade inerente ao poder municipal, que não deve ser consorciada. Ao município cabe prover esses serviços de forma exclusiva em seu território. Da mesma forma, o poder de polícia da atividade de vigilância sanitária não constitui objeto de consórcio. O Ministro da Saúde considera o consórcio um importante instrumento para a consolidação do SUS, tanto no que diz respeito à gestão quanto no tocante à reorientação do modelo da atenção à saúde prestada à população.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, por meio dos consórcios “as municipalidades reúnem recursos financeiros, técnicos e administrativos que uma só prefeitura não teria para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos”. Ainda conforme esse jurista, os “consórcios administrativos são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”²⁵²

²⁵² Os consórcios públicos são regulados pela Lei 11.107/2005, e trata-se de pessoa jurídica criada por lei com a finalidade de executar a gestão associada de serviços públicos de interesse comum, onde os entes consorciados,

5.3 MEDIDAS ALTERNATIVAS ADOTADAS NO ESTADO

Seguindo as recomendações do CNJ, o Estado da Bahia vem implementado algumas medidas alternativas e complementares as ações e serviços de saúde já desenvolvidas no Estado, com a ideia de promover a desjudicialização no Estado e contribuir para a efetivação do direito à saúde. Nesse sentido, foram criados o Núcleo de Atendimento Técnico (NAT -JUS) e a Câmara de Conciliação de Saúde (CCS), além do Comitê Executivo Estadual de Saúde do Estado.

5.3.1 Nat jus

Desde 2012 o Plantão Médico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vinha assessorando tecnicamente os magistrados baianos em matéria de saúde. Por meio da Resolução nº 236/2016, o serviço foi uniformizado pelo CNJ, que estabeleceu parâmetros mínimos a serem seguidos em todos os tribunais brasileiros, criando, assim, o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário, NAT-JUS.

O NAT-JUS, composto preferencialmente por uma equipe multidisciplinar em saúde, tem a atribuição exclusiva de prestar informações técnico-especializadas em Saúde Baseada em Evidências aos magistrados.

O objetivo é subsidiá-los na tomada de decisões que envolvam a pertinência técnica, clínica e contratual ou de política pública, conforme o caso, de medicamentos, produtos, insumos terapêuticos, procedimentos cirúrgicos e não-cirúrgicos, exames diagnósticos, internações ou afins, relativos ao setor público (SUS) ou à saúde suplementar (seguros ou planos de saúde).

O Sistema NAT JUS é um sistema de comunicação entre unidades jurisdicionais e o NAT JUS do TJBA, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, por meio de sua Coordenação de Sistemas (COSIS). Todavia, apesar da sua existência ser obrigatória, a utilização do serviço prestado constitui uma ferramenta opcional para os magistrados, que podem usá-lo se

que podem ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no todo em parte, destinarão pessoal e bens essenciais à execução dos serviços transferidos.

considerar indispensável na sua decisão. Dessa forma, o NAT JUS tem a finalidade de auxiliar o juiz em questões técnicas que envolvam o direito à saúde. Por meio do NAT JUS é possível certificar-se acerca da viabilidade médica solicitada por meio de informações mais precisas e seguras.

Nesse sentido, o NAT JUS constitui um instrumento de trabalho complementar ao judiciário, de âmbito nacional, que pode ser utilizado no curso do processo judicial pelos magistrados. Portanto, diferentemente da Câmara de Conciliação da Saúde, cujo escopo é mais amplo, não funciona de forma preventiva, nem abre o diálogo entre as partes envolvidas eis que somente o magistrado pode acessar o serviço em favor do seu próprio convencimento, de modo que a conciliação é vetada pela referida Resolução. Entretanto, é possível estabelecer pontos comuns entre as técnicas utilizadas pelo NAT JUS e pela CCS, conforme restará identificado, oportunamente.

5.3.2 A Câmara de Conciliação da Saúde

A Câmara de Conciliação da Saúde (CCS) foi criada pelo Comitê Executivo Estadual de Saúde, em razão da Resolução 107, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Convênio de Cooperação Técnica nº 01/2015 (anexo 1). Inaugurada em outubro de 2016, a CCS propõe a desjudicialização da saúde a partir de medidas preventivas extrajudiciais que podem ser utilizadas pelos interessados e pelos partícipes envolvidos como uma ferramenta alternativa a garantir a efetivação do direito à saúde e ao mesmo tempo reduzir os impactos negativos causados à execução das políticas públicas de saúde no Estado da Bahia.

Trata-se de uma parceria cujo Comitê local da Bahia tem como entes integrantes o Tribunal Regional Federal (TRF-1ª Região), o Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), o Ministério Público Estadual (MPE), a Defensoria Pública da União (DPU), a Defensoria Pública do Estado (DPE), a Secretaria de Saúde do Município de Salvador (SMS-SSA), a Procuradoria Geral do Município de Salvador (PGM-SSA), a Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE) e a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB).

A Câmara de Conciliação de Saúde é um projeto multigovernamental estratégico que se propõe em atender a população, buscar soluções administrativas, funcionar como um

catalizador de dados e indicadores sobre as demandas da saúde. É formada por um corpo técnico interdisciplinar, composto por médicos, farmacêuticos, enfermeiras, assistentes sociais, nutricionistas e psicólogos em permanente diálogo com unidades e órgãos prestadores de serviços de saúde e paralelamente, com os operadores de Direito das esferas municipal, estadual e federal, composta, ainda, por servidores cedidos pelas Procuradorias Gerais do Estado da Bahia e do Município de Salvador, da Defensoria Pública da União e do Estado da Bahia, do Ministério Público do Estado da Bahia, bem como das Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e do Município de Salvador. Conta, ainda, com um Grupo de Apoio Técnico formado por servidores das Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e do Município de Salvador e do Núcleo de Atendimento Técnico do Tribunal de Justiça da Bahia (NAT JUS).

De acordo com o objeto estabelecido na cláusula primeira do Convênio, a CCS foi instituída com o escopo de promover o atendimento de cidadãos, diretamente ou quando assistidos pelo Ministério Público Estadual (MPE), Defensoria Pública Estadual (DPE) e Defensoria Pública da União (DPU), que demandem prestação de serviço de saúde, de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, nos limites e forma especificados nas cláusulas do Convênio. Assim, a câmara busca solucionar questões por meio de conciliações pré-processuais, contudo, mesmo atuando de forma preventiva, pode ser utilizada no decurso do processo judicial.

Na hipótese de impossibilidade de atendimento administrativo e eventual propositura da ação, os elementos colhidos na Câmara poderão ser acessados pelos respectivos partícipes. Ademais, o sistema da Câmara fornece subsídios técnicos aos Magistrados, sendo possível que o processo judicial em curso seja encaminhado pelo magistrado para a tentativa de resolução na unidade. De acordo com a cláusula segunda, do Convênio, que trata das atribuições dos signatários, caberá ao Tribunal de Justiça da Bahia:

- a) Designar médicos integrantes do plantão de Médico de Apoio aos Magistrados do TJBA, para atuarem no cumprimento das atribuições que lhes cabe, conforme previsão da cláusula segunda, assegurando bens e serviços para o funcionamento da sua estrutura na CCS;
- b) Recepcionar em seu Núcleo de Conciliação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública os litígios não resolvidos na CCS e encaminhados pela DPE, promovendo e estimulando a solução extrajudicial dos conflitos;
- c) Participar da verificação, inspeção e controle, emitindo relatórios periódicos acerca do funcionamento da CCS, propondo medidas corretivas para a regular atuação da Câmara a fim de alcançar os objetivos definidos no presente Convênio, sobretudo a redução da litigiosidade, em conformidade com a política pública definida pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

Contudo, atualmente, em razão das dificuldades práticas de implementação do objeto, os serviços da CCS estão limitados à análise dos pedidos de medicamentos solicitados pelos residentes de Salvador e a prestações de informações aos usuários do SUS. Tendo, portanto atuação, ainda, restrita, cuja ampliação do escopo está sendo discutida no Comitê Deliberativo da Câmara.

Nesse sentido, considerando que, atualmente, os serviços da CCS restringem-se a análise dos pedidos de medicamentos àqueles que residem em Salvador, é possível notar que, embora incipiente, o trabalho desenvolvido pela unidade é dinâmico e satisfatório, pois embora seja estabelecido um fluxo genérico de atendimento, a depender da medicação solicitada, distintos efeitos podem ser verificados nos casos concretos em razão da complexidade que envolve a política de medicamentos adotada no país. Nesse sentido, a depender da situação concreta, diferentes possibilidades serão dispostas ao paciente.

Em algumas situações, verifica-se que as pessoas desconhecem a existência de protocolos administrativos existentes dispostos a viabilizar o fornecimento direto do medicamento de interesse. Nesses casos, quando o medicamento é disponibilizado pelo SUS, a Câmara irá atuar, apenas, de forma integrativa e informativa.

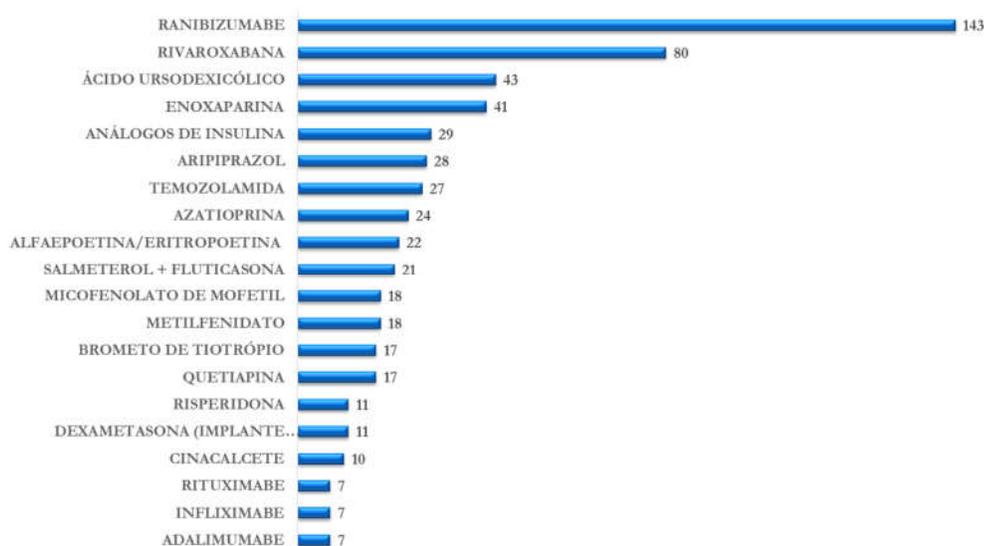
Assim, o paciente será encaminhando a respectiva unidade de distribuição, a fim de que o mesmo seja incluído no protocolo administrativo indispensável à liberação do medicamento solicitado. Mas essa é a atuação mais simples da CCS, esses são os casos que provavelmente não ensejam a judicialização, pois se o medicamento já é disponibilizado no âmbito do SUS, a via judicial se torna indispensável. Portanto, a ideia é fortalecer a CCS para que a mesma seja muito mais que um balcão de informações, mas um espaço destinado a promover a desjudicialização por meio dos inúmeros instrumentos de ação que podem ser adotados na unidade, conforme restará demonstrado.

Dessa forma, de um modo geral, ao buscar auxílio da Câmara, caso o medicamento conste na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais²⁵³ (RENAME) e seja fornecido pelo Estado ou pelo Município, o interessado é encaminhado para a respectiva unidade farmacêutica, onde

²⁵³ Importante ressaltar que a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) define a lista de medicamentos disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS) para atender as necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Em agosto, o Ministério da Saúde divulgou a Rename 2017, com 869 itens. Para chegar a essa lista de fármacos, o Ministério da Saúde consolidou as inclusões, exclusões e alterações dos medicamentos recomendados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec). Além da relação de medicamentos, a Rename também define a responsabilidade pela compra e distribuição desses medicamentos entre estados, municípios e a União.

é feita a distribuição do medicamento e lá será submetido ao protocolo clínico de tratamento (PCDT) e diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, como ocorre, por exemplo, com a Enoxaparina, um dos medicamentos mais solicitados na CCS, conforme demonstra quadro a seguir, e consta na lista da RENAME²⁵⁴.

Gráfico 9 - Medicamentos mais solicitados²⁵⁵



Portanto, primeiramente, é preciso constatar que o paciente se adequa ao PCDT antes de receber a medicação pleiteada. Se restar constatado que o interessado se adequa ao referido

²⁵⁴ A RENAME se divide em cinco categorias: básico; estratégico; especializado; insumos; e hospitalar. Essa organização considera o financiamento e a responsabilidade dos entes federativos na aquisição.

No Componente Básico da assistência farmacêutica, o financiamento é tripartite. Ou seja, a União, estados e municípios transferem os recursos definidos em portaria. E as secretarias municipais de saúde ficam responsáveis pela compra e distribuição desses medicamentos. Exemplos: amoxicilina (para o tratamento de infecções bacterianas), dipirona (analgésico e antipirético), enalapril (para tratamento da hipertensão arterial), insulina (para diabetes), e contraceptivos e DIU (para planejamento familiar). Os medicamentos desse componente são voltados para os principais agravos e programas de saúde da Atenção Básica.

No Componente Estratégico, somente o Ministério da Saúde financia e adquire os medicamentos, repassando-os aos estados, que por sua vez distribuem aos municípios. Os medicamentos desse componente são voltados para o controle de doenças e agravos específicos e com potencial impacto endêmico, muitas vezes relacionados a situações de vulnerabilidade social e pobreza. Exemplos de doenças tratadas nesse componente: tuberculose, hanseníase, malária, leishmanioses, doença de Chagas, cólera, esquistossomose, filariose, meningite, tracoma e micoses sistêmicas. As vacinas também fazem parte desta categoria.

No Componente Especializado, o elenco de medicamentos está definido em três grupos. A responsabilidade de financiamento pode ser do próprio Ministério da Saúde (grupo 1), dos estados (grupo 2) e também dos municípios (grupo 3). Esse componente é uma das estratégias de acesso a medicamentos no SUS que busca garantir a integralidade do tratamento para algumas situações clínicas, principalmente, agravos crônicos, com custos de tratamento mais elevados ou de maior complexidade. Como exemplos, podem ser citados os medicamentos para o tratamento da artrite, da esclerose múltipla e das hepatites virais. O acesso a esses medicamentos considera os critérios definidos nos Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/entenda-o-sus/52908-para-que-serve-a-relacao-nacional-de-medicamentos-essenciais>

²⁵⁵ Gráfico de Informações fornecidas diretamente por email pela Câmara de Conciliação de Saúde

protocolo administrativo, o mesmo será incluído no programa administrativo que segue as diretrizes do Ministério da Saúde e fará uso da medicação solicitada.

Nessas situações, em que o interesse do paciente e do Estado se converge, a judicialização poderia ser evitada de forma mais célere e efetiva, se a CCS fosse utilizada previamente pelo solicitante ou mesmo que fosse utilizada pelo magistrado, no curso do processo, poderia ensejar a extinção do mesmo. Contudo, se o interessado não se adequar ao PCDT, caso ele retorne a CCS (como o paciente não é obrigado a retornar a CCS, não há como saber se o problema foi resolvido), o encaminhará para análise específica do gestor público em que se encontra vinculado o programa de política de distribuição do medicamento. Ou seja, mesmo que o paciente não se adeque ao protocolo administrativo estabelecido pelo Ministério da Saúde haverá, ainda, uma tentativa para que o medicamento seja fornecido em caráter excepcional pelo respectivo ente federativo responsável pela distribuição por meio da interação entre a CCS e o respectivo ente político.

Outra hipótese decorre dos casos em que os pedidos solicitados não constem na lista da RENAME como ocorre, por exemplo, com o medicamento Micardis. Nessas situações, como o medicamento não é liberado pelo Estado, não há programas de distribuição, nem protocolos administrativos a serem seguidos, o que não impede que o medicamento seja fornecido em caráter excepcional, conforme já foi relatado.

Nesses casos, a análise técnica acerca do pedido vai ser realizada pela própria CCS, por meio da sua equipe multidisciplinar. Essa análise vai levar em consideração as especificidades do caso, de modo que – se houver outro medicamento com efeito equivalente ao Micardis, mas que, diferentemente deste, conste na RENAME e seja distribuído pelo Estado ou pelo Município – a CCS vai sugerir a sua substituição por meio de parecer e o paciente irá seguir o fluxo de atendimento inicial, caso aceite a substituição sugerida.

Nesse sentido, caberá ao paciente aceitar ou não a substituição. Vale considerar que, caso não haja comprovação médica de que a substituição sugerida pela equipe da CCS não ofereça riscos à saúde do paciente, pois a substância equivalente se adequa ao caso clínico analisado, não há respaldo técnico para motivar o Estado a custear medicamento solicitado que se encontre fora da RENAME.

Muitas vezes, o paciente não aceita receber o fármaco equivalente, sugerido pela CCS, por livre e espontânea vontade, sem qualquer comprovação médica que justifique a sua decisão. Nesses casos, prefere judicializar para que o Estado forneça a substância solicitada. Percebe-

se, nesses casos, a atuação fundamental da CCS para a decisão do magistrado, por meio do parecer emitido pela Câmara o juiz teria mais subsídios técnicos para fundamentar sua decisão e perceber que muitas vezes o paciente não aceita o medicamento disponibilizado pelo SUS, sem qualquer justificativa médica para isso.

Pode ser, ainda, que o medicamento solicitado à CCS não conste na RENAME e não seja oferecido pelo Estado por meio de substituto equivalente, como por exemplo, ocorre com o URSACOL. Sem dúvida, essa é uma delicada hipótese enfrentada pela CCS, pois nesses esses casos a judicialização se apresenta como a única alternativa ao paciente, mesmo que por enquanto. Todavia, vale ressaltar que toda vez que o pleito não puder ser atendido de acordo com os parâmetros administrativos estabelecidos, haverá a possibilidade excepcional de atendimento da solicitação.

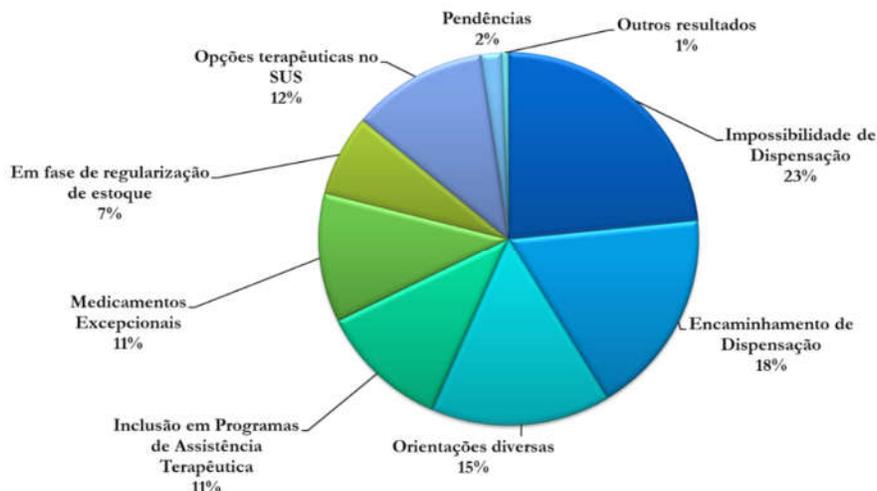
Ademais, há ainda, outras situações específicas que desafiam a atuação da CCS. Conforme já foi verificado, verifica-se que o Ranibizumabe²⁵⁶ é o medicamentos mais solicitado na CCS, e, também, o medicamento mais demandado na justiça. Contudo, apesar de ser autorizado pela ANVISA para o tratamento das patologias dele decorrente, o Ranibizumabe, não está incluso na Relação de Medicamentos Essenciais do SUS, o que significa que a sua aquisição não é financiada por meio de fontes regulares – seja pela Secretaria Municipal de Saúde, seja pela Secretaria Estadual de Saúde do Estado da Bahia.

Segundo o Relatório, nº 119 da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias pelo SUS (CONITEC), não há recomendação para a incorporação do referido medicamento na lista do SUS, em razão da existência do Bevacizumabe, o qual representa a alternativa de tratamento com menor custo e mesma eficácia se equiparado ao Ranibizumabe, que, embora seja eficaz e seguro, é mais caro. Todavia, nenhum dos medicamentos identificados são, ainda, fornecidos diretamente pelo SUS, porém o será tão somente em caráter excepcional, motivo que o coloca no topo da lista dos medicamentos mais demandados judicialmente.

Por meio das situações acima exemplificadas foi possível acompanhar o fluxo do trabalho realizado pela CCS durante o seu primeiro período de adaptação. Conforme comprova o gráfico abaixo, a atuação da CCS se baseia nos pareceres emitidos pela unidade sobre as solicitações atendidas.

²⁵⁶ O referido medicamento é utilizado nas patologias de degeneração macular relacionada à idade (DMRI), edema macular diabético (EMD), e bloqueio das veias da retina (OVR).

Gráfico 10 - Percentual de Pareceres Emitidos



Dessa forma é possível notar que 11% dos pareceres emitidos resultaram na inclusão de pacientes em programas de assistência terapêutica e 18% foram encaminhados para dispensação do medicamento, enquanto 23% das solicitações feitas foram impossíveis de serem atendidas.

Muitas são as dificuldades que impedem a dispensação do medicamento solicitado, mas, segundo justifica a coordenadora em exercício na CCS, Mônica Lima, atualmente 39% dos medicamentos solicitados não são atendidos por não fazerem parte da RENAME.

De acordo com os números publicados pelo CNJ é de 80% o número de resolução dos casos de saúde na Bahia após a implantação da CCS²⁵⁷. Contudo, trata-se de uma meia verdade, pois, seria mais fidedigno afirmar que a judicialização foi reduzida em 20%, eis que não é possível afirmar de forma segura o quanto de resolutividade foi alcançado com Câmara, mas tão somente o quanto de judicialização foi reduzido.

Tal constatação decorre do fato de não haver, ainda, como aferir seguramente quanto dos pacientes encaminhados ao programa de distribuição de medicamentos e atendidos na CCS, tiveram suas solicitações resolvidas. Não há um mecanismo de controle e monitoramento que acompanhe o interessado até o seu destino final. Pelos números aferidos na própria CCS, é possível dizer que o seu trabalho tem contribuído positivamente para reduzir a judicialização da saúde no Estado da Bahia, mas não é possível afirmar com segurança o quanto de resolutividade tem sido alcançado pela unidade, conforme apontam os dados abaixo:

²⁵⁷ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>.

Gráfico 11 - Redução da Judicialização²⁵⁸

Os gráficos anteriormente apresentados demonstram que o número de ações ajuizadas pelas Defensorias Públicas do Estado e da União de 2015 aos dias atuais tem diminuído. Verifica-se que entre os anos de 2016 e 2017 as ações ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado da Bahia em matéria de saúde reduziram aproximadamente 70%. Da mesma forma ocorreu com a Defensoria Pública da União, que teve diminuição de, aproximadamente, 50%.

O trabalho desenvolvido na CCS tem sido tão positivo para a Defensoria Pública do Estado da Bahia que serve de parâmetro para a referida Instituição na implementação de outras alternativas similares pelo interior do Estado, conforme relata Walter Fonseca Júnior, atual coordenador das Regionais da DPE:

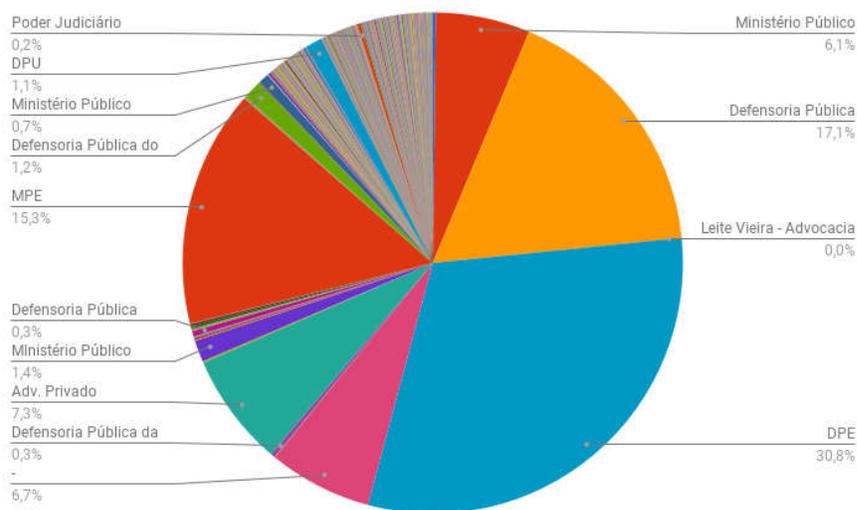
Após isso, faremos uma reunião em conjunto para ver se conseguimos viabilizar a instalação de uma Câmara de Conciliação de Saúde como tem aqui (em Salvador), e aí tem de entrar outras instituições; ou não necessariamente seria uma Câmara, mas sim procedimentos que facilitariam em todos os meios possíveis para o Município ter um diálogo melhor com a Defensoria de modo que diminuíssemos, talvez, o número de judicialização, tentando resolver de forma mais imediata os problemas dos cidadãos na área de saúde²⁵⁹.

Segundo o gráfico fornecido pelo Núcleo de Atendimento Judicial da SESAB (NAJS), verifica-se que a maior parte das demandas judiciais propostas em face do Estado da Bahia, durante o ano de 2016 e no primeiro semestre de 2017, no tocante ao direito à saúde, são feitas pelas Defensorias Públicas do Estado e da União.

²⁵⁸ Quadro Informações da CCS – segundo informações utilizadas da DPE.

²⁵⁹ Declaração feita pelo coordenador das Regionais da DPE no interior, Walter Fonseca Jr. durante reunião com o Prefeito de Feira de Santana para tratar da resolução extrajudicial em matéria de saúde no respectivo Município. Disponível: http://www.defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=17594

Gráfico 12²⁶⁰ - Demandas ajuizadas em face do Estado da Bahia, durante 2016 e o primeiro semestre de 2017.



Nesse sentido, mesmo que o gráfico 12 não corresponda a 100% das demandas ajuizadas em face do Estado da Bahia durante o ano de 2016 e durante o primeiro semestre de 2017, é possível perceber, claramente, que a maior parte das ações ajuizadas foram patrocinadas pelas Defensorias Públicas do Estado e da União. No âmbito da Defensoria Pública Estadual, o trabalho desenvolvido pela CCS tem sido satisfatório e positivo de modo que a dinâmica estabelecida entre essas unidades reflete a importância do diálogo estabelecido entre os signatários envolvidos.

Dentre as atribuições previstas no Convênio de Cooperação, cabe aos membros do MPE, DPU e DPE promoverem e estimularem o encaminhamento à CCS, antes do ajuizamento de demanda judicial, das questões relacionadas à área de saúde com vistas à solução extrajudicial dos conflitos, observando as impossibilidades decorrentes dos horários de funcionamento da CCS nos casos de emergência e urgência.

Importante ressaltar que o diálogo estabelecido entre a CCS e as Defensorias Públicas tem sido mais sólido se comparado ao MPE, pelo fato deste não demandar ações individuais de saúde na Capital, motivo que sustenta o recorte realizado nesta tese em torno das respectivas advocacias públicas, principalmente a DPE, cujos dados permitem uma análise quantitativa mais exata e segura dos fatos. Assim, atuando de forma preventiva, a partir do recorte feito neste trabalho, tem sido possível conferir os reflexos decorrentes da atuação da CCS na desjudicialização da saúde e a possibilidade de garantir a efetivação desse direito no Estado da

²⁶⁰ Dados fornecidos diretamente, por email, pelo Núcleo de Atendimento Judicial (NAJS) da SESAB, em novembro de 2017.

Bahia a partir de medidas alternativas adotadas na região. Dessa forma, percebe-se que a Câmara contribui para a ampliação de um caminho alternativo mais eficiente, pois – mesmo atuando de forma, ainda, limitada e restrita – constitui uma opção que contribui para a efetivação do direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, é necessário ampliar seu escopo de atuação, bem como a comunicação entre os signatários, aprimorar e fortalecer as suas bases de operação com vistas a garantir um modelo alternativo sólido e eficaz, seja extrajudicialmente, seja judicialmente. Para tanto, as críticas e sugestões estabelecidas a seguir tornam-se indispensáveis para o aperfeiçoamento desse modelo ideal de consensualidade administrativa no âmbito da saúde, atualmente, ensejado pela CCS, no Estado da Bahia.

5.3.3 Medidas Alternativas Possíveis: Críticas e Sugestões

Inicialmente, é importante ressaltar que as críticas e sugestões delineadas neste trabalho possuem a finalidade de oportunizar a discussão em torno da consensualidade administrativa no âmbito do Estado da Bahia como forma de viabilizar o incremento de soluções alternativas a efetivação do direito à saúde na região e, portanto, não serão aqui encerradas, mas tão somente iniciadas. Pelas exposições realizadas no tópico anterior, percebeu-se que os objetos contemplados no Convênio de Cooperação não foram totalmente implementados pela CCS, que inicialmente, limita-se à análise das demandas individuais de medicamentos aos residentes da Capital Baiana.

Conforme foi observado neste trabalho, embora as ações de medicamentos reflitam uma questão crucial na órbita do direito à saúde, a regulação assistencial constitui o ponto de maior embate judicial na Bahia. É certo que nem todos os casos poderão ser regulados pela Câmara, mas tão somente àqueles de natureza eletiva, como os exames médicos, consultas clínicas e os procedimentos cirúrgicos, que não tenham caráter emergencial e, conforme, foi demonstrado no gráfico nº 4, demandam 27,7% das ações em face do Estado da Bahia. Vale ressaltar que ambos os procedimentos foram contemplados como objeto de atuação da Câmara, mas, ainda, não foram implementados pela mesma.

Analisando um exemplo prático, tem-se que o Município de Salvador regula as consultas e os exames, por meio do sistema VIDA²⁶¹. O Estado por sua vez, não possui a mesma sistemática do Município para regularizar esses tipos de procedimento, nem tampouco usufrui deste sistema municipal, que é feito, pelo Estado, por meio das próprias unidades hospitalares sem a interferência do Município. A regulação feita pelo Estado recai sobre os procedimentos de urgências e emergências. Assim, verifica-se que a falta de interação entre o Estado e Município poderia ser superada por meio de uma comunicação compartilhada na própria Câmara entre ambas unidades políticas. Ou seja, o sistema VIDA, utilizado pelo Município, para regular procedimentos eletivos de exames e consultas médicas, poderia ser compartilhado com o Estado e este, da mesma forma, poderia compartilhar com o Município sua sistemática de regulação de atendimentos.

Essa falta de cruzamento entre as agendas do Estado e do Município para a regulação de procedimentos realizados pelas referidas unidades, desagrega os serviços de saúde de um modo geral, que poderiam ser racionalmente utilizados de forma conjunta a fim de evitar a sobrecarga de um ente em face do outro. Além de outras formas de implementação, é possível que os referidos procedimentos sejam tutelados por meio de equivalentes jurisdicionais dispostos pela legislação pátria como forma de fomentar e otimizar as soluções administrativas consensuais em ascensão.

Embora a CCS institua-se como uma unidade conciliatória, inexistente conciliação propriamente dita na unidade, pois esta não conta com a participação de terceiros para intermediar os conflitos existentes. Dessa forma, é preciso abrir espaço para que a Câmara possa, também, contemplar técnicas de automposição e heterocomposição, sugeridas pelo Novo CPC, pela Lei Federal nº 13.140/2015 e pela Resolução nº 24/2015, estabelecida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, como mais uma alternativa à judicialização, desde que compatíveis com as demandas de saúde.

Nesse sentido, é possível notar que, de acordo com os artigos 1º e 3º da Resolução nº 24/2015, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos podem ser auxiliados pela própria CCS, de forma complementar e conjunta, naquilo que tangencia os interesses comuns das referidas unidades.

²⁶¹ Disponível em <http://www.saude.salvador.ba.gov.br/vida/modulos.htm>

De acordo com os artigos da Resolução:

Art. 1º. O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), instituído pelo Decreto Judiciário nº 247, de 29 de março de 2011, é o órgão central incumbido do planejamento e coordenação das unidades de mediação e conciliação do Poder Judiciário e pelo desenvolvimento dos programas destinados à capacitação e estímulo à autocomposição. [...]

Art. 3º. Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC) são unidades destinadas precipuamente à realização de sessões e audiências de mediação e conciliação. Parágrafo único. As atividades do CEJUSC compreendem a autocomposição processual, pré-processual e o setor de cidadania.

Portanto, é necessário ampliar e fortalecer o espaço para que novas discussões de cunho resolutivo sejam possíveis de serem implementadas por meio da CCS, que, como se verifica, possui respaldo técnico e legal suficiente para aprimorar a consensualidade administrativa no Estado da Bahia.

Percebe-se que, embora o Tribunal de Justiça da Bahia e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Bahia, tenham se comprometido, no Convênio de Cooperação nº 01/2015, a recepcionar em seus respectivos Núcleos de Conciliação dos Juizados Especiais os litígios não resolvidos pela CCS, que sejam encaminhados pela DPE e pela DPU, a relação entre o Poder Judiciário e os órgãos da administração no Estado da Bahia, ainda refletem um distanciamento entre as respectivas esferas estatais. Até o presente momento, não há dados oficiais que possibilitem avaliar de que forma tem se estabelecido a relação entre as referidas instituições. Sequer é possível afirmar se os magistrados baianos sabem da existência da CCS ou conhecem o seu modo de atuação.

A partir da análise do referido Convênio verifica-se que os compromissos assumidos pelos respectivos Tribunais de Justiça não foram computados para aferição do impacto proporcionado pelos pareceres emitidos pela CCS, o que dificulta uma análise mais segura acerca dos resultados obtidos com a criação da Câmara, e expõe a fragilidade existente na relação instituída entre ambas.

É preciso estabelecer mecanismos de intermediação entre a Câmara e o Tribunais de Justiça do Estado, com o objetivo de fortalecer as medidas administrativas. Ao se manifestar sobre a importância das soluções administrativas, no âmbito do judiciário, Mário Augusto Albiani Jr. apresenta excelentes ponderações.

Segundo Albiani Jr:

Nosso objetivo é resolver o problema administrativamente e evitar a judicialização. (...) O Judiciário quer a diminuição da litigiosidade, com soluções consensuais e rápidas para o cidadão. O novo Código de Processo Civil também segue nessa linha²⁶².

Assim, é possível afirmar que as medidas alternativas propostas pelo ordenamento jurídico pátrio podem ser absorvidas pela CCS para contemplar, naquilo que for cabível, a regulação assistencial e fortalecer o fluxo de atendimento realizado na análise dos medicamentos solicitados por meio do intermédio de terceiros. Para tanto, é necessário discutir e aprofundar o diálogo entre os atores envolvidos para se estabelecer formas viáveis de intermediação.

Verifica-se que a instituição de técnicas alternativas de composição dos conflitos pode, ainda, contribuir para a possibilidade do chamamento externo de terceiros não envolvidos diretamente na situação, mas que dela podem fazer parte de forma resolutive para todos os envolvidos. Daí que, para possibilitar o fornecimento de um medicamento fora da lista do SUS ou de alto custo, representantes de indústrias, empresas e laboratórios farmacêuticos poderiam ser convidados a participar da composição extrajudicial em troca de benefícios fiscais, isenções tributárias, ou outras formas de privilégios, como a emissão de certificados válidos para critério de desempate ou preferência em licitações públicas por exemplo. A mesma ideia poderia ser implantada para viabilizar procedimentos cirúrgicos e exames médicos com unidades hospitalares particulares.

Além das pessoas jurídicas, as pessoas físicas também poderiam ser fomentadas pela CCS a contribuir para as ações e serviços de saúde. Nesse sentido, médicos e profissionais de saúde poderiam ser estimulados a prestar serviços particulares de caráter público em troca de certificados e títulos expedidos pelo Poder Público que de alguma forma valorizasse o serviço prestado. Nesse sentido, campanhas e mutirões poderiam ser realizados a partir de parcerias públicos privadas sem dispêndio financeiro do Estado. Diversas seriam as possibilidades para ampliar a efetivação do direito à saúde por meio do diálogo estabelecido entre o Poder Público e os particulares, bem como a sociedade em geral, repercutindo em compromissos recíprocos chancelados pelas técnicas resolutive estabelecidas na CCS.

Ademais, vale considerar que o papel desenvolvido pelo NAT-JUS, no âmbito do judiciário baiano, assim como a CCS, também funciona como um procedimento prévio de

²⁶² ALBIANE JR. Mário. **Manifestação feita pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.** http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=95586:reuniao-do-tjba-com-estado-e-municipio-define-funcionamento-da-camara-de-saude&catid=55&Itemid=202

consulta destinado a subsidiar as decisões judiciais. Tratam-se, portanto, de duas ferramentas distintas colocadas à disposição dos magistrados, que se tangenciam de alguma forma. O próprio decreto nº 795, expedido pelo Judiciário em 30 de agosto de 2017, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do NAT-JUS do Tribunal de Justiça da Bahia, prevê em seu artigo 7º, a possibilidade deste Núcleo consultar e trocar informações com o grupo técnico da Câmara de Conciliação de Saúde, instituída no Município de Salvador pelo Convênio de Cooperação nº 01/2015. Portanto, é nítido que o diálogo estabelecido entre o Judiciário e os órgãos da administração na Bahia, podem e devem ser aprofundados com vistas a se estabelecer uma atuação conjunta mais participativa entre ambos. Além disso, enquanto não forem implantadas, nos interiores baianos, Câmaras de Conciliação similares, os cidadãos residentes fora da Capital baiana não devem ser excluídos do rol de legitimados estabelecidos para uso da CCS, em atendimento ao princípio da universalidade.

A partir das sugestões apontadas acima, verifica-se que é possível superar a judicialização por meio da discussão de problemas do ponto de vista jurídico que evidenciem à busca do diálogo entre cidadãos, gestores, advogados, defensores públicos e Ministério Público e magistrados. Além das sugestões delineadas tal caminho inclui, ainda, a formação de grupos de trabalho para levantamento de dificuldades e possíveis soluções (com auxílio da comunidade), audiências públicas ou assinatura de Termos de Ajuste de Conduta firmados junto ao Ministério Público, por exemplo. Quanto a esse último, Felipe Dutra Asensi ensina:

O TAC (...), como o próprio nome sugere, visa a garantir um direito ou um serviço público que se encontra insuficientemente satisfeito. Mais propriamente, este instrumento consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias para o exercício de um determinado direito, visando corrigir uma situação débil. [...] Os membros do MP, ao compreenderem que as decisões em saúde devem primar pela celeridade, estabelecem expedientes e estratégias distintas para a utilização do TAC. A título de exemplos comuns na saúde, é possível destacar os seguintes: a) no caso da estrutura do hospital que não tem leitos suficientes, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, a partir de um certo período de tempo, a prover o número de leitos correspondente à demanda do hospital; b) no caso de um posto de saúde que apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, num determinado prazo, a obter uma quantidade de remédios suficiente. O Termo de Ajustamento de Conduta ainda goza de força de título executivo, ou seja, caso não seja cumprido no prazo determinado pelo gestor, o M.P. pode propor uma ação no Judiciário na fase de execução, o que demanda consideravelmente menos tempo do que uma ação comum, pois dispensa a constituição de provas, as audiências para instrução do processo, a sentença de mérito, etc.²⁶³

²⁶³ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde.** *Physis* [online], 2010, vol. 20, n.1, p.33-55. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1>. Pdf. Acesso em 19 fev. 2016

A possibilidade de atuar de forma independente permitiria o Ministério Público, atuar como mediador da saúde na CCS. Ademais, os próprios serviços já implementados pela CCS podem ser aprimorados de modo que seja possível, por exemplo, dispensar diretamente os medicamentos solicitados na Câmara, absolvendo os respectivos protocolos administrativos ao invés de encaminhar o interessado as respectivas unidades dispensadoras ou implantar postos de distribuição no mesmo local.

Nesse aspecto, vale ressaltar que a Câmara implementada no Rio de Janeiro possui um a estrutura que permite a contemplação desse tipo de serviço. A ideia, portanto, é buscar sempre proporcionar um caminho mais curto e menos burocrático para o atendimento das demandas populares com fluxos de atendimento compatíveis a finalidade destinada.

Dessa forma, é possível concluir que a efetivação do direito à saúde, também, pode ser alcançada por meio de medidas e ações alternativas que viabilizem a construção de modelo de gestão democrática e participativa destinado a resolver consensualmente às demandas populacionais. Por fim, além do fortalecimento, aprimoramento e ampliação das medidas alternativas implementadas pela CCS, outras ações, podem ser adotadas no Estado da Bahia com a mesma finalidade.

Neste sentido, o Estado, ainda enseja a especialização de varas de saúde pública, a promoção de mutirões de conciliação, a elaboração de enunciados e cartilhas, o aprimoramento do Comitê Estadual de Saúde, a implantação de um Fórum Estadual de Saúde, a instituição de equivalentes jurisdicionais, por meio da conciliação, mediação e arbitragem, o apoio a pesquisas de campo e estudos voltados a contribuir para a evolução do tema na região, e criação de mecanismos de comunicação entre as diversas instituições públicas, privadas e filantrópicas e de sistemas de monitoramento e controle das ações e serviços de saúde pelos próprios entes envolvidos, a disseminação de uma cultura consensual por meio da inserção de cursos de aperfeiçoamento, especialização e promoção do direito à saúde, bem como de programas informativos a toda sociedade.

Assim, a análise desenvolvida nesta tese, que por sua complexidade e amplitude exige um debate constante e permanente, reflete as considerações iniciais em torno da implementação de medidas alternativas no Estado da Bahia, cujo estudo, longe de encerrar o tema abordado, deve servir de parâmetro para futuras discussões científicas e acadêmicas, pois conforme foi demonstrado ao longo da pesquisa, muitas ações podem ser adotadas na região para efetivar o

direto à saúde. Impossível levantar qualquer problemática em torno dos direitos fundamentais, sem ratificar a análise enfrentada por Bobbio²⁶⁴ segundo o qual:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Foi possível perceber que, embora a Câmara de Conciliação de Saúde instalada no Estado da Bahia, por meio do Convênio de Cooperação nº 01/2015, como forma de reduzir a judicialização na região, atue de forma limitada, incipiente e restrita, em apenas um ano de implantação possibilitou uma abertura no diálogo entre o Estado e as Defensorias Pública do Estado e da União, cujos resultados contribuíram para a desjudicialização da saúde na Bahia.

É imprescindível, por conseguinte, que sejam adotadas medidas alternativas extrajudiciais e fomentadas na região com a finalidade de garantir um sistema de saúde digno, cujas ações e serviços sejam compatíveis com as demandas locais e acessíveis a toda população do Estado.

²⁶⁴Bobbio Norberto. **A Era dos Direitos**, Ed. Campus, p.25.

6. CONCLUSÃO

Pela análise promovida nesta tese, algumas conclusões podem ser feitas, dentre elas:

1. A saúde pública no Brasil evoluiu de um panorama excludente e individualista para um sistema universal e integral.
2. Historicamente, verifica-se que a saúde pública no Brasil enfrenta dificuldades de ordem política, econômica e social, que remontam o período monárquico.
3. Até a criação do Sistema único de Saúde, as ações de promoção de saúde e de prevenção de doenças, com destaque para as campanhas de vacinação e controle de endemias, eram desenvolvidas pelo Ministério da Saúde com apoio dos Estados e Municípios.
4. A assistência à saúde mantinha estreita vinculação com as atividades previdenciárias em razão do caráter contributivo do sistema, que se dividia em três grupos: previdenciários, não previdenciários e pequena parcela da população que arcava os serviços de saúde por meios próprios.
5. A partir da década de 1980, uma série de ações integradas pautadas na universalização, na acessibilidade, na descentralização, na integralidade e na participação comunitária começam a ser implementadas no país pelo Movimento da Reforma Sanitária Brasileira.
6. As propostas ensejadas pelo movimento reformista foram absolvidas pela Constituição Federal de 1988 e solidificadas com a criação do Sistema único de Saúde, por meio das leis 8080/1990 e
7. O direito à saúde foi contemplado na Constituição Federal de 1988 como um direito social de caráter fundamental à dignidade da pessoa humana, por meio do art. 6º, ao lado de outros direitos sociais, recebendo, desse modo, proteção jurídico diferenciada na ordem constitucional brasileira.
8. O direito fundamental à saúde constitui um direito de todos e dever do Estado, e por isso deve ser efetivado por meio de políticas públicas e que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e possibilitem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação de acordo com o art. 196, da atual Constituição.

9. O Sistema Único de Saúde é reconhecido como um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, contudo milhares de brasileiros ainda sofrem pela escassez dos serviços e ações existentes.
10. Os anos seguintes à promulgação da Carta Magna brasileira refletiram os ideais de um país distorcido e desigual, cujas perspectivas sociais foram transportadas para a esfera jurídica por meio de um intenso processo de judicialização.
11. A excessiva judicialização da saúde compromete os recursos financeiros disponíveis e põe em evidência discussões sobre a reserva do possível, da separação dos poderes e do ativismo judicial.
12. A partir da análise econômica do direito é possível garantir mais segurança e coerência as decisões judiciais em matéria de direito a saúde, constituindo-se como uma técnica de trabalho indispensável e otimizadora.
13. A Audiência Pública nº 04, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, abriu espaço para a discussão da saúde pública no Brasil, com o objetivo de esclarecer questões técnicas científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde do SUS.
14. A partir dos resultados da Audiência Pública nº 04, o Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo cujo trabalho culminou na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde 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.
15. A implementação de medidas alternativas fortalecem a democracia e o sistema sanitário instaurado no país e contribuem para reduzir a judicialização da saúde.
16. A lógica contemporânea enseja o estímulo a desjudicialização da saúde por meio da consensualidade e da inserção de medidas que promovam a abertura de uma administração dialógica e participativa.
17. A partir de técnicas resolutivas, reconhecidas pela ordem jurídica vigente, os conflitos individuais e coletivos existentes na área de saúde podem ser suprimidos ou atenuados.

18. A criação da Câmara de Conciliação de Saúde, no Estado da Bahia, por meio do Convênio de Cooperação nº 01/2015, é um exemplo de que as demandas judiciais podem ser reduzidas de forma mais célere e vantajosa à população.
19. É imprescindível que medidas alternativas extrajudiciais sejam adotadas e fomentadas no Estado da Bahia com a finalidade de garantir um sistema de saúde digno, cujas ações e serviços sejam compatíveis com as demandas locais e acessível a toda população da região.
20. A concretização do direito à saúde é um processo que passa pelo comprometimento de inúmeras instâncias do poder, sendo a esfera judicial apenas uma delas.
21. Por meio da adoção de uma gestão sistêmica e cooperativa da saúde, em busca de uma otimização das prestações realizadas pelo SUS é possível promover um diálogo/cooperação entre os entes estatais e a sociedade civil, a fim de proporcionar um atendimento eficaz, eficiente e igualitário à população, bem como, por meio da conscientização dos diferentes atores envolvidos neste processo.

7. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha,** editora: Renovar, São Paulo - Rio de Janeiro, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Mônica, C. M. e S. **Uma análise da Judicialização da Saúde na aquisição e na distribuição de medicamentos e insumos no Brasil pelo Ministério da Saúde no período de 2010 a 2014.** Monografia. Curso de especialização em Gestão Pública de Saúde. UNB. Brasília 2016.

ARAUJO, NUNES JUNIOR, *op. cit.*, p. 116. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107-108

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde.** Physis [online], 2010, vol. 20, n.1, p. 33-55. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.Pdf>.

AUAD, Denise. **Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma ao modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira:** <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67809-89240-1-pb.pdf>

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BAHIA, Saulo Casali. **A igualdade como direito fundamental.** Texto publicado na obra *Direitos Humanos fundamentais*, Editora Saraiva, 2014.

_____. **Judicialização da Política. II Jornada de Direito Constitucional, 2014**

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social,** 3ª edição, São Paulo; LTr

BALETRA Neto, Otávio. **A jurisprudências dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade.** texto publicado e disponível na página eletrônica www.revistas.usp.br/article/view/100025

BARATELA, Daiane Fernandes, SOUSA, Mariana Siviero. **O custo do fornecimento de medicamentos no Brasil**. Artigo disponível no site:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14793

BARBOSA, Poliana B. **Direito à Saúde, sua judicialização e a repercussão orçamentária no estado da Bahia entre 2010 a 2015**. Monografia (Especialização) Universidade ISCA Coimbra Business School. Coimbra -Portugal 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01/05/2010.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da Associação dos juízes federais do Brasil. Ano 23, n.82, 4º trimestre, 2005.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. **Da falta de Efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. Ver. Jur. UNIJUS, Uberaba, MG, V.11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

_____. **A Judicialização da vida**. https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

BERGAMASHI, André Luís. **A Resolução dos conflitos envolvendo a administração pública por meio de mecanismos consensuais**. Dissertação de mestrado publicada e acessado na:
 file:///C:/Users/User/Downloads/AndreLuisBergamaschi_A_Resolucao_dos_conflitos.pdf

BINENBOJM, Gustavo. Artigo: **Desjudicializar para fazer justiça**, disponível em <http://www.premioinnovare.com.br/noticia/artigo-desjudicializar-para-fazer-justica>.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987

_____. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONACORSI DE PALMA, Juliana. **Atuação administrativa consensual**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito de São

Paulo, disponível em
file:///C:/Users/User/Downloads/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-569.

BORGES, D. C. L. **Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005**. Dissertação (Mestrado). Escola de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 2007.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **A consensualidade e a administração pública em juízo**. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

BRITTO, André Luiz Santos. **A Judicialização do acesso a medicamentos no SUS da Bahia**. 104 f. 2016. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3 edição, Coimbra, 1998.

_____. **O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade**. Artigo publicado na obra coletiva: Direitos Fundamentais Sociais, Editora Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor

CASTRO, Alexandre Samy de. Texto: **o método quantitativo na pesquisa em direito, publicado na obra: Pesquisar Empiricamente o Direito**, organizada por Maira Rocha Machado, Rede de Pesquisa Empírica de Direito

Centro Brasileiro de Estudos de Saúde e disponível na página WWW.cebes.org.br/2014/07/26-anos-de-sus-e-desafios-andre-medici, acessado em 20 de julho de 2017.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**. Cadernos de Saúde Pública, v. 25, n. 8, p. 1839-49, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**, 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 199

COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas pública**, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>

_____. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

CRUZ DE SOUZA, Christiane Maria. **Saúde pública e assistência na Bahia da primeira metade do século XX: o protagonismo dos médicos e das mulheres das mulheres da elite**.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, editora JusPodvm, 2011, 5ª edição.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 39ª Edição, Malheiros, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**, pág. 01, 3ª edição, editora Saraiva.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil, do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Editora Fórum,

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e pós-modernidade**, editora Saraiva, 2009

DE OLIVEIRA FILHO, João Glicério. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição brasileira de 1988**. Tese de Doutorado, UFBA, 2012

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Editora Podium 11ª edição, Volume 1, 2009.

DIMOULIS Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Editora Atlas, 4ª Edição, São Paulo, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **A leitura moral e a premissa majoritária.** In: DWORKIN, Ronald. *A leitura moral da Constituição norte-americana.* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **El Dominio de la Vida: Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.** Trad. Ricardo Caracciolo. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.** Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESCOREL, S. **História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária.** In: GIOVANELLA, L. et al. (org.), *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil.* Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ,

FADUL, Wilson. **Anais da 3ª conferência Nacional de Saúde –** Niterói: Prefeitura Municipal e Secretaria de Saúde, 1992.

FARENA, Duciran Van Marsen. **A Saúde na Constituição Federal,** p. 14. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997, p. 12/14

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais.** In: *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde, parâmetros para sua efetividade.** Livraria do advogado, Porto Alegre, 2007

FLEURY, Sônia. **A questão Democrática na Saúde.** In: *Saúde e Democracia –* São Paulo: Lemos Editorial, 1997, pag.67.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** Malheiros, 5ª edição.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia.** Lisboa: Piaget, 1996, p. 22/23

GEBRAN NETO, João Pedro e DRESCH, Renato Luiz. **A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde,** pag.02

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC.** In *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas,* vários

autores, São Paulo: Atlas, 2015.

GUEDES, Odilon. **Orçamento Público e Cidadania**. Editora: livraria da física, 2013.

HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOLMES, Stephen e Sustain Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty depends of taxes*, New Yorque and London: W.M.NORTON, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição, Revista dos Tribunais, 2016.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: companhia das letras, 1991

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Iamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. **Administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa**.
http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito a tutela jurisdicional: o novo enfoque do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO: RT, V. 926, DEZ./2012

MANSUR, Marilia Coser. **O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 116 p. Disponível em
https://portalteses.icict.fiocruz.br/transf.php?id=00007203&lng=pt&script=thes_chap,
acessado em 12 de novembro de 22017

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. p. 314.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 6ª edição, editora atlas, p.307

MARTINS, Wal. **Direito à Saúde**. Editora Fórum, 2008, Belo Horizonte.

MAYER, Larissa Affonso. **Métodos Alternativos de resolução de conflitos sob a ótica do Direito Contemporâneo**: disponível em <https://jus.com.br/artigos/19994/metodos-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-sob-a-otica-do-direito-contemporaneo/5>.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELO, Daniela Vieira de. **Considerações sobre análise econômica do direito e a efetividade: direito fundamental à saúde no Brasil**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. ISSN 1982-310X. Rio Grande do Norte. 2016.
<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/10328/7301>

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Goet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, pag.158.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969**. v.I.3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis**, tradução - Pedro Vieira Mota, São Paulo

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo - **Uma nova Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2000, pag. 39

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental na democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NETO, Daniel Carlos; DENDASK, Carla; Oliveira, Euzébio de. **A evolução da Saúde Pública – Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, Vol.1. Ano.1. Março, 2016, pp52-67 ISSN:2448-0959- acesso em 23-072017:<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/a-evolucao-historica-da-saude-publica>).

NUNES, António José Avelãs. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

NUNES, Rogério Pinheiro. **Judicialização no âmbito do sistema único de saúde: um estudo descritivo sobre o custo das ações judiciais na saúde pública do município de Juiz de Fora**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação Saúde Coletiva. Universidade Federal de Juiz de Fora. Minas Gerais. 2016

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo judicial, moderação e o “minimalismo judicial” de Cass Sunstein**. Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/claudio_ladeira_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 27/04/2015 às 07h.

OLIVEIRA, Robson R. ELIAS, Paulo E. M. **Conceitos de Regulação em Saúde no Brasil**. Revista Saúde Pública. 2012; 46(3): 571-6. São Paulo.

PAIM, Jairnilson. A constituição cidadã e os 25 anos do Sistema Único de Saúde (SUS). Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 29(10): 1927-1953. Out. 2013.

PEIXOTO, Geovane. Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional, ed. JusPodvm, 2013.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. Los Derechos Fundamentales. 6ed., 1995, Madrid: Tecnos,

PINHEIRO, Lisandra Karoll Torres; Melo Filho, Paulo. **O impacto financeiro da judicialização da saúde demonstrado através de um modelo econômico teórico**, artigo publicado na Associação Brasileira de Economia da Saúde e disponibilizado no site www.abresbrasil.org.br/trabalhos/o-impacto-financeiro-da-judicializacao-dasaude-demonstrado-atraves-de-um-modelo-economico, acessado em agosto de 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17

SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo essencial dos direitos sociais**. Saraiva.

SANTOS, Lenir. **Judicialização da saúde no Brasil**. Editora Saberes, 1ª Edição, 2014, organizadores Lenir Santos e Fernanda Terrazas.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** e, 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do advogado.

SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça**, artigo publicado eletronicamente na revista de doutrina da 4ª região, na página www.revistadoutrina.trf4.jus.br, acessado em abril de 2017

SCHWANKA, Cristiane e JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**, <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>.

SCHWARTZ, Germano. 2001, pag.52. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**, Porto Alegre, livraria do advogado, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: LTR, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. Revista de Direito do Estado, n. 12, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público e disponibilizada na página eletrônica [www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudicienciaPúblicaSaude/anexo/Direitoa saúde por Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudicienciaPúblicaSaude/anexo/Direitoa%20saúde%20por%20Leny.pdf).

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: A dignidade da pessoa humana**, artigo disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: Quem é e como vive**, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011

STRECK, 2009, p. 37 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Adv. 2009.

STRECK, Luiz Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Artigo disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>

SUNSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

SURGIK, Aloisio; WACHELESKI, Marcelo Paulo. O Poder Judiciário e as decisões políticas: uma crítica a partir da teoria procedimentalista. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 13/03/2015.

TELLES, Andrei Souza; COELHO, Thereza Christina Bahia; FERREIRA, Milla Pauline da Silva. **Gasto público em saúde na Bahia: explorando indícios de desigualdades**. Saúde Debate. V. 41, N. 113, pp. 457-470, abril / junho. Rio de Janeiro. 2017.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VIANNA, Luís Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILARINS, Geisa C. M. SHIMIZU, Helena E. GUTIERREZ, Maria M. H. **A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro. V. 36, n. 95. Pp 640-647. Out. / dez. 2012.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Direito à saúde, políticas públicas e demandas judiciais: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam**. Salvador: Juspodium, prelo editorial.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Caio Rangel; Watanabe, Kazuo. Participação e processo. São Paulo, RT, 1988.

WOLFRANT, Graziela. Entrevista PAIM, Jairnilson. **O maior desafio do Sistema Único de Saúde hoje no Brasil, é político**. IHU – On line. Revista do Instituto Humanistas Unisinos. Edição 376. Out. 2011.

http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4120&secao=376

<http://blogs.oglobo.globo.com/blog-emergencia/post/este-ano-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-solucionou-58-dos-casos.html>

<http://jggadvogados.com.br/estado-fecha-parceria-para-reduzir-acoes-na-justica-por-medicamentos/>

<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>

<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-publico-do-brasil-com-saude-e-inferior-a-media-mundial,1686846>

<http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2014/10/Acesso-%C3%A0-sa%C3%BAde-contempor%C3%A2neo-no-Brasil-e-em-Portugal-como-um-direito-social.pdf>

http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Transparencia_Institucional/acordos_cooperacao/parceiros_cida

<http://www.bahiaja.com.br/economia/noticia/2017/06/20/bahia-e-2-estado-em-volume-de-investimentos-entre-janeiro-e-abril,101494,0.html>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81354-defensoria-pública-reduz-em-30-acoes-judiciais-de-saude-em-cantagalo-rj>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84643-justica-gaucha-reduz-17-os-gastos-com-judicializacao-da-saude>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>

<http://www.conass.org.br/consensus/desafios-sus-o-que-esperar-para-os-proximos-anos-de-gestao/>

<http://www.cremeb.org.br/index.php/noticias/estado-da-bahia-investe-na-saude-apenas-o-obrigatorio-por-lei>

<http://www.cremeb.org.br/index.php/noticias/salvador-e-a-capital-brasileira-que-menos-investe-em-saude-revela-estudo/>

[http://www.cremese.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20986:sus-completa-20-anos-mas-nao-implanta-seus-principios-fundamentais&catid=3\)](http://www.cremese.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20986:sus-completa-20-anos-mas-nao-implanta-seus-principios-fundamentais&catid=3)

<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/06/setor-publico-responde-por-apenas-42-dos-gastos-com-saude-no-pais>

http://www.eumed.net/rev/ccss/2016/02/legitimidade.html#_edn32/ Lorena Fonseca Silva e Felipe Frões Couto Sobre ativismo judicial)

<http://www.saude.ba.gov.br>

http://www5.tjba.jus.br/pdf/resolucao_tjba_n24_2015.pdf

<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/sao-paulo-lidera-judicializacao-da-saude-aponta-estudo-20181861>

https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3

<https://www.conjur.com.br/2014-mar-14/teori-zavascki-cabe-juiz-fechar-brechas-deixadas-legislativo>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>

<http://www.saude.salvador.ba.gov.br/vida/modulos.htm>

ANEXO

CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO N° 01/2015 QUE ENTRE SI CELEBRAM A UNIÃO FEDERAL, PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO - SEÇÃO JUDICIÁRIA DA BAHIA, E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO; O ESTADO DA BAHIA, ATRAVÉS DO GOVERNO DO ESTADO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, SECRETARIA DE SAÚDE, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO; O MUNICÍPIO DE SALVADOR, PELA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO E SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, VISANDO A CRIAÇÃO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DE SAÚDE - CCS.

A **UNIÃO FEDERAL**, representada pelo **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO - SEÇÃO JUDICIÁRIA DA BAHIA**, ora representada pelo Diretor do Foro da Seção Judiciária da Bahia Dr. Iran Esmeraldo Leite; e pela **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, doravante denominada **DPU**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.375.114/0001-16, com sede na Av. Paulo VI, nº 844, Ed. Redenção, Trade II, Pituba, CEP 41.810-000, nesta cidade, representada neste ato pelo Defensor Público-Chefe no Estado da Bahia, Dr. Átila Ribeiro Dias; o **ESTADO DA BAHIA**, representado pelo **GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA**, o Excelentíssimo Senhor Rui Costa; pelo **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO**, doravante denominado **TJBA**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 13.100.722/0001-60, com sede na 5ª Av. do CAB, nº 560, CEP 41.745-971, nesta cidade, representado neste ato pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Eserval Rocha; pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, doravante denominada **MPE**, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 04.142.491/0001-66, com sede na 5ª Avenida, nº 750, CAB, CEP 41.745-004, nesta cidade; representado neste ato pelo Procurador Geral de Justiça do Estado Márcio José Cordeiro Fahel; pela **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA**, doravante denominada **PGE**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.139.403/0001-77, com sede na 3ª Avenida, nº 370, CAB, CEP 41.745-005, nesta cidade, representada neste ato pelo Procurador-Geral do Estado, Paulo Moreno Carvalho; pela **SECRETARIA DE SAÚDE**, doravante denominada **SESAB**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 13937131/0001-41, com sede na Av. Luiz Vianna Filho, nº 400, Centro Administrativo da Bahia - CAB, CEP 41.745-900, nesta cidade, representada neste ato pelo Secretário de Saúde do Estado Fábio Vilas-Boas Pinto; pela **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA**, doravante denominada **DPE**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.778.585/0001-14, com sede na Av. Ulysses Guimarães, nº 3.386, Ed Multicab Empresarial, Sussuarana, CEP 41.745-007, nesta cidade, representada neste ato pelo Defensor Público Geral do Estado Dr. Clériston Cavalcante de Macêdo; o **MUNICÍPIO DE SALVADOR**, representado pelo **PREFEITO DE SALVADOR**, o Excelentíssimo Senhor Antonio Carlos Peixoto de Albuquerque Neto.

pela **PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO**, doravante denominada **PGMS**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 13.927.801/0001-49, com sede na Rua Chile, Travessa D'Ajuda, nº 02, Ed. Sul América, Praça da Sé, 1º Andar, nesta cidade, representada neste ato pelo Procurador-Geral do Município, Dra. Luciana Rodrigues Vieira Lopes; e pela **SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE**, doravante denominada **SMS**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 13.927.801/0005-72, com sede na Rua da Grécia, nº 03-A, Edif. Caramuru, Comercio, CEP 40.010-010, nesta cidade, representado neste ato pelo Secretário Municipal de Saúde Dr. José Antonio Rodrigues Alves.

CONSIDERANDO a garantia constitucional do direito à saúde, o crescimento da litigiosidade nesta área e os efeitos negativos causados à execução das políticas públicas de saúde;

CONSIDERANDO que a PGE e a PGM cumpre atuar extrajudicialmente na defesa dos interesses do Estado da Bahia e do Município de Salvador, respectivamente;

CONSIDERANDO o reconhecimento constitucional das PGE, PGMS, MPE, DPU e DPE como instituições essenciais à função jurisdicional do Estado;

CONSIDERANDO que os MPE, DPU e DPE patrocinam e assistem a maior parte das demandas dirigidas à União Federal, ao Estado e ao Município para satisfação do dever de saúde pública;

CONSIDERANDO que parcela significativa das demandas ajuizadas é solucionada antes da sentença, com o fornecimento, mediante cadastro, de medicamentos incorporados aos programas públicos do SUS e a realização do exame ou procedimento cirúrgico pleiteado;

CONSIDERANDO que os litígios na área de saúde requerem, na maior parte dos casos, medidas urgentes para salvaguardar o direito do paciente e que a complexidade da estrutura do Sistema Único de Saúde – SUS e o desconhecimento dos Programas de Saúde Pública, por vezes, dificultam a satisfação administrativa do interesse;

CONSIDERANDO que às SESAB e SMS compete formular e implantar as políticas de Saúde, executando ações de promoção, proteção e recuperação à Saúde;

CONSIDERANDO que ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região- Seção Judiciária da Bahia e ao TJBA compete à solução dos conflitos judicializados, interpretando no caso concreto a efetivação do direito à saúde;

resolvem celebrar o presente **CONVÊNIO** com espeque nos artigos 241 da CRFB, 116 da Lei nº 8.666/93, e artigo 170 e seguintes da Lei Estadual n. 9433/2005, mediante as cláusulas seguintes:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

Fica instituída uma Câmara de Conciliação de Saúde (CCS), com o escopo de promover o atendimento de cidadãos, diretamente ou quando assistidos pelo

MPE, DPE ou DPU, que demandem prestação de serviço de saúde, de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, nos limites e forma especificados nas cláusulas abaixo.

Parágrafo Primeiro - A Câmara de Conciliação de Saúde - CCS será composta por Servidores cedidos pelas Procuradorias Gerais do Estado da Bahia e do Município de Salvador, da Defensoria Pública da União e do Estado da Bahia, do Ministério-Público do Estado da Bahia, das Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e do Município de Salvador.

Parágrafo Segundo - A CCS contará com um Grupo de Apoio Técnico formado por servidores da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia e do Município de Salvador e do Plantão Médico de Apoio aos Magistrados do Tribunal de Justiça da Bahia.

CLÁUSULA SEGUNDA - DAS ATRIBUIÇÕES DOS SIGNATÁRIOS

O presente convênio de cooperação não contempla qualquer espécie de repasses financeiros, fixando-se as atribuições dos signatários da seguinte forma:

2.1) Caberá à PGE e à PGMS:

- a) designar procuradores para atuarem perante a CCS, assegurando bens e serviços para funcionamento de sua estrutura;
- b) prestar a orientação jurídica aos órgãos técnicos administrativos respectivos, quando necessária, sobre os procedimentos a serem adotados para cumprimento do objeto deste convênio;

2.2) Caberá à SESAB e à SMS:

- a) manter servidores para cumprimento das atribuições que lhes cabe, conforme previsão da cláusula segunda, assegurando bens e serviços para funcionamento de sua estrutura na CCS;
- b) adotar as medidas necessárias ao fornecimento dos medicamentos, à realização dos exames e dos procedimentos médicos e cirúrgicos que forem encaminhados pela CCS, observando-se a disponibilidade orçamentária correspondente e os prazos fixados nesse instrumento;
- c) assegurar a capacitação técnica na área de saúde dos mediadores do Núcleo do TJBA e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região- Seção Judiciária da Bahia;

- d) instaurar, conforme definições das audiências da CCS e consoante a natureza da pretensão de saúde, nos termos definidos pela Lei nº 8.080/90 e definições do Ministério da Saúde, procedimento de compra/contratação para satisfação das demandas de saúde de acordo com a disponibilidade orçamentária respectiva;
- e) disponibilizar aos órgãos signatários do presente Convênio o acesso aos bancos de dados para verificação de disponibilidade de consultas, exames, cirurgias e internações;
- f) disponibilizar o Grupo de Apoio Técnico ligado a CCS para apresentação de opinativo e parecer técnico quando demandado por Magistrados do Tribunal de Justiça e da Justiça Federal para avaliação acerca do cabimento de liminar e antecipação de tutela.
- g) especificadamente em relação à SMS, instaurar atendimento para cadastro no Cartão Nacional de Saúde, para os atendidos que não a possuam.

2.3) Caberá ao MPE, à DPU e à DPE:

- a) manter promotores, defensores públicos, servidores e estagiários para atendimento dos assistidos em demandas de saúde, assegurando bens e serviços para funcionamento de sua estrutura na CCS;
- b) concentrar o atendimento de demandas em saúde junto ao núcleo de atendimento na CCS;
- c) promover e estimular o encaminhamento à CCS, antes do ajuizamento de demanda judicial, das questões relacionadas à área de saúde com vistas à solução extrajudicial dos conflitos, observando as impossibilidades decorrentes dos horários de funcionamento da CCS nos casos de emergência e urgência.

2.4) Caberá ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Seção Bahia:

- a) recepcionar em seu Núcleo de Conciliação dos Juizados Especiais Federais os litígios não resolvidos na CCS, que sejam encaminhados pela DPU;
- b) participar da verificação, inspeção e controle, emitindo relatórios periódicos acerca do funcionamento da CCS, propondo medidas corretivas para a regular atuação da Câmara a fim de alcançar os objetivos definidos no presente Convênio, sobretudo a redução da litigiosidade, em conformidade com

política pública definida pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

2.5) Caberá ao TJBA:

- a) designar médicos integrantes do Plantão de Médico de Apoio aos Magistrados do TJBA, para atuarem no cumprimento das atribuições que lhes cabe, conforme previsto da cláusula segunda, assegurando bens e serviços para funcionamento de sua estrutura na CCS;
- b) recepcionar em seu Núcleo de Conciliação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública os litígios não resolvidos na CCS e encaminhados pela DPE, promovendo e estimulando a solução extrajudicial dos conflitos
- c) participar da verificação, inspeção e controle, emitindo relatórios periódicos acerca do funcionamento da CCS, propondo medidas corretivas para a regular atuação da Câmara a fim de alcançar os objetivos definidos no presente Convênio, sobretudo a redução da litigiosidade, em conformidade com a política pública definida pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

CLAUSULA TERCEIRA - DO PROCEDIMENTO E FUNCIONAMENTO DA CÂMARA DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS DE SAÚDE

3.1.) A CCS funcionará em dias úteis, no período de 09:00h às 16:00h, devendo o seu corpo administrativo definir em atos próprios horários e forma de atendimento ao público e de expediente administrativo interno.

3.2.) O atendimento inicial será realizado por servidores do MPE, DPU e DPE, que cadastrarão o assistido e, verificando se ele porta o Cartão Nacional de Saúde-CNS, laudo médico e receita emitidos por profissional habilitado, com especificação do medicamento, exame, procedimento médico, cirurgia, insumo, utensílio ou aparelho, o encaminhará ao apoio técnico para análise da pretensão.

3.3.) Os assistidos que demandarem prestação de serviços de saúde ao Município de Salvador deverão comprovar residência neste município.

3.4.) O Grupo de Apoio Técnico previsto no parágrafo segundo da Cláusula Primeira deste Convênio analisará a documentação e, em sendo necessário, o encaminhará para complementar sua avaliação médica, adotando as seguintes providências:

MEDICAMENTOS, INSUMOS E MATERIAIS MÉDICOS

3.4.1) Será informado ao assistido: a) se o medicamento, material

médico ou insumo são padronizados pelo SUS, se são fornecidos para tratamento da patologia descrita no laudo médico e se estão disponíveis; b) a existência de alternativa terapêutica disponível e incorporada ao SUS, caso se trate de medicamento, material médico ou insumo não-padronizados.

3.4.2) Configurada condição positiva das hipótese indicadas na alínea "a" do item 3.4.1, o Grupo de Apoio Técnico encaminhará o assistido, munido de Guia de Encaminhamento, ao local para retirada do medicamento, material médico ou insumo, ou inscrição no programa público, orientando-o, se for o caso, sobre a necessidade de sanar eventual pendência no cadastro.

3.4.3) A guia de encaminhamento será entregue, desde que sanadas as pendências de cadastro, e será instruída com: a) o nome completo do assistido, identidade, residência, telefone ou outro meio de contato; b) receita médica, com a descrição do material médico, insumo, ou medicamento, incluindo o princípio ativo e a dosagem, c) laudo de medicamento do componente especializado (LME), relatório médico, identidade, CPF, comprovante de residência e cartão nacional de saúde do paciente, no caso de se tratar de medicamento de componente especializado de assistência farmacêutica;

3.4.4) Caso o medicamento, material médico ou insumo, embora padronizados, não estejam com o estoque regularizado, a SESAB e/ou a SMS abrirão processo de compra, em conformidade com a disponibilidade orçamentária e as normas legais aplicáveis, informando a previsão de entrega ao atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva.

3.4.5) As pendências de cadastro, caso não sanadas pelo assistido, serão informadas, por escrito, ao atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva, que poderá: a) orientar o paciente a atender as exigências técnicas; ou b) suscitar a instauração do procedimento previsto no item 3.5 para exame do óbice administrativo.

3.4.6) Inexistindo pendências para entrega, a dispensação do medicamento, material médico ou insumo será feita no prazo que vier a ser estabelecido pelas partes signatárias do presente Convênio, a partir da manifestação do Grupo de Apoio Técnico, informando-se o Atendimento por escrito ao assistido.

3.4.7) Na hipótese da alínea "b" do item 3.4.1, o Grupo de Apoio Técnico informará ao Atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva, a notícia da indisponibilidade do medicamento, material médico ou insumo pleiteados, mas registrará a existência de terapia substitutiva incorporada ao SUS, anexando formulário para exame clínico da substituição.

3.4.8) Diante da informação do Grupo de Apoio Técnico, o atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva, orientará o assistido sobre a disponibilidade do medicamento, material médico ou insumo alternativos, solicitando ao apoio técnico, se for do interesse da parte, o agendamento de consulta médica, a qual deverá ser marcada em prazos definidos em termo próprio, conforme 

especialidade, para avaliação da possibilidade de alteração da terapia, com a prescrição do medicamento padronizado pelo SUS, ou indicação da sua ineficácia ao paciente.

3.4.9) Caso a alteração seja admitida, será adotado o procedimento dos itens 3.4.2 a 3.4.6, com apresentação do laudo e requerimento do medicamento, insumo e/ou material médico prescritos na nova consulta.

3.4.10) Na hipótese de inexistência de alternativa terapêutica, ou de impossibilidade de utilização dos medicamentos incorporados ao SUS, a SESAB e/ou a SMS poderão, com base em parecer técnico que também demonstre a adequação do medicamento ou terapia ao caso concreto, instaurar processo de compra para atendimento da pretensão, na forma do item 3.4.4. Em caso de divergência, o Atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva, poderá suscitar a instauração do procedimento previsto no item 3.5.

§ 1º - O ESTADO e o MUNICÍPIO poderão solicitar ressarcimento do valor gasto com a compra de medicamentos não padronizados aos demais entes federativos, de acordo com o âmbito de competência legalmente definido.

EXAMES E CIRURGIAS DE ROTINA/ELETIVA

3.4.11) A SESAB e/ou a SMS, em atenção ao laudo e receita médica apresentados pelo assistido, informarão: a) se o exame e/ou a cirurgia de rotina/eletiva são realizados no âmbito do SUS, verificando se o paciente já está inserido no Sistema de Regulação e a data prevista para sua realização; b) se há exame ou procedimento cirúrgico alternativo, caso o exame ou a cirurgia de rotina/eletiva não estejam disponíveis na rede.

3.4.12) Na hipótese da alínea "a" do item 3.4.11, o Grupo de Apoio Técnico realizará o agendamento do procedimento, inserindo o paciente no Sistema de Regulação, caso ainda não realizado pela unidade solicitante.

3.4.13) As requisições de exames e/ou cirurgias que não forem inseridas no Sistema de Regulação pela unidade solicitante, sem prejuízo do procedimento descrito no item anterior, serão remetidas à Corregedoria do das SESAB e SMS, nos termos definidos em atos próprios destes órgãos.

3.4.14) As guias de encaminhamento serão instruídas, para exames, com a identificação completa do paciente (nome, identidade, CPF, CNS, endereço completo) e a indicação do problema e, para internação/cirurgia eletiva, com a identificação completa do paciente e laudo médico.

3.4.15) Inexistindo pendências para o agendamento, o assistido receberá, no ato, a guia de encaminhamento, com a data da realização do procedimento, ou da avaliação pré-cirúrgica, para apresentação na unidade de execução do serviço.

3.4.16) Os agendamentos serão realizados conforme a disponibilidade de datas das unidades de execução do serviço.



3.4.17) Na hipótese da alínea "b" do item 3.4.11, o apoio técnico enviará ao atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva, a notícia da não-realização do exame e/ou cirurgia, mas registrarão a existência de procedimento alternativo disponível, anexando formulário para exame clínico da substituição.

3.4.18) Diante da informação do Grupo de Apoio Técnico, o Atendimento orientará o assistido sobre a existência de procedimento alternativo, solicitando ao Grupo de Apoio Técnico, se for do interesse da parte, o agendamento de consulta médica, a qual deverá ser marcada em prazos definidos em termo próprio, conforme a especialidade, para avaliação da possibilidade de alteração, com a prescrição do exame e/ou cirurgia disponível no SUS, ou indicação da sua ineficácia ao paciente.

3.4.19) Caso a alteração seja admitida, será adotado o procedimento dos itens 3.4.12 a 3.4.16, com o laudo e requerimento do exame e/ou cirurgia prescritos na nova consulta.

3.4.20) Na hipótese de inexistência de procedimento alternativo, ou de contra-indicação ao procedimento incorporado ao SUS, a SESAB e/ou a SMS poderão, com base em parecer técnico, instaurar processo de contratação para atendimento da pretensão. Em caso de divergência, o atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva, poderá suscitar a instauração do procedimento previsto no item 3.5.

§ 1º - O ESTADO e o MUNICÍPIO poderão solicitar ressarcimento do valor gasto com a contratação de exame ou cirurgia não padronizados aos demais entes federativos, de acordo com o âmbito de competência legalmente definido.

INTERNACÃO

3.4.21) O Grupo de Apoio Técnico, em atenção ao laudo médico apresentado pelo assistido, verificará se o paciente já está inserido no Sistema de Regulação e informará sobre a disponibilidade de vaga, conforme apuração e captação junto às centrais de regulação de leitos, respeitando-se os critérios de prioridade para tratamento intensivo, definidos em protocolo.

3.4.22) Caso o Grupo de Apoio Técnico identificar que o paciente não foi inserido no Sistema de Regulação pela unidade de origem, será realizada sua inserção no sistema respectivo, assim como comunicado o fato à Corregedoria da SESAB e SMS.

3.4.23) A não disponibilidade de vaga deverá ser informada imediatamente ao atendimento da DPU, DPE ou MPE, de acordo com a competência respectiva.

3.5.) A qualquer tempo qualquer das partes signatárias do presente Convênio poderá suscitar a imediata instauração de audiência para tentativa de mediação na Câmara de Conciliação de Saúde, com o objetivo de solucionar dúvidas na

atendimento dos assistidos e de avaliar a legitimidade da resistência no atendimento da pretensão deduzida pelo assistido.

3.5.1) O requerimento para instauração de audiência será instruído com o formulário de análise clínica da substituição e do parecer técnico.

3.5.2) Poderá ser solicitado ao profissional médico prescritor maiores esclarecimentos sobre o medicamento, exame e ou procedimento indicado.

3.5.3.) A audiência será instaurada com a presença de representantes de todos os Órgãos signatários deste Convênio, e será conduzida por mediador designado pelo Núcleo de Mediação do TJBA e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região- Seção Judiciária da Bahia.

3.6.) As decisões da Câmara de Conciliação de Saúde serão encaminhadas ao SESAB e/ou à SMS, com a orientação da postura administrativa a ser adotada.

3.7.) As partes convenientes poderão suscitar, ainda que já exista ação para tutela da pretensão, a inauguração dos procedimentos previstos nesse instrumento, a fim de solucionar eventual entrave na satisfação da ordem judicial, ou adequar o tratamento às alterações da condição clínica do paciente.

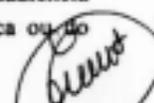
3.8.) As partes convenientes deverão promover reuniões mensais para análise técnica de demandas judicializadas com resultado desfavorável para os Poderes Públicos e elaboração de relatórios a serem encaminhados aos órgãos competentes à formação da política pública na área de saúde.

3.9.) A SESAB e a SMS deverão criar banco de dados ou permitir o acesso aos já existentes para verificação de disponibilidade de consultas, exames, cirurgias e internações, a fim de permitir o bom atendimento da CCS.

Parágrafo único. Deverão ainda a SESAB e SMS envidar esforços para promover a fiscalização efetiva do número de leitos, com o objetivo de alimentação dos bancos de dados, encaminhando às Corregedorias respectivas possíveis falhas de gerenciamento nas unidades médico-hospitalares.

3.10) A instalação e funcionamento dos serviços da câmara serão realizados de forma gradual, sem prejuízo de atendimento das demandas de saúde pelos MPE, DPE e DPU.

3.11) Caso não seja possível o atendimento à demanda do assistido na CCS, a questão poderá ser ajuizada pelo MPE, DPU ou DPE sendo que, aquelas submetidas ao teto de até 60 (sessenta) salários mínimos, deverão ser objeto de audiência para tentativa de Conciliação prévia no âmbito do Juizado da Fazenda Pública ou do Juizado Federal, conforme o caso.



CLÁUSULA QUARTA - DO LOCAL DE FUNCIONAMENTO

A CCS funcionará em imóvel do **Estado**, a quem competirá à manutenção predial, inclusive quanto à segurança e limpeza. O imóvel deverá ser identificado pela Secretaria Estadual de Administração e disponibilizado sem ônus para os demais signatários do presente Convênio.

CLÁUSULA QUINTA - DA VIGÊNCIA

O presente Convênio vigorará por sessenta (60) meses, a contar da data de sua publicação no Diário Oficial, pelo Estado da Bahia, admitindo-se a sua prorrogação, mediante a celebração de termo aditivo, para assegurar o integral cumprimento do objeto.

CLÁUSULA SEXTA - DA DENÚNCIA

As partes poderão denunciar por escrito e a qualquer tempo o presente Convênio, mantidas, entretanto, as responsabilidades das obrigações assumidas durante a vigência da cooperação.

CLÁUSULA SÉTIMA - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Os partícipes estabelecem, ainda, as seguintes condições:

a) todas as comunicações relativas a este Convênio serão consideradas como regularmente efetuadas, se realizadas por meio eletrônico oficial ou entregues mediante protocolo ou remetidas por telegrama, aos endereços eletrônicos ou físicos dos representantes credenciados pelos partícipes;

b) as reuniões entre os representantes credenciados pelos partícipes, bem como quaisquer ocorrências que possam influenciar a boa execução deste Convênio, serão registradas em atas ou relatórios circunstanciados;

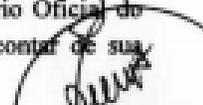
c) o presente Convênio poderá ser modificado, a qualquer tempo, exceto quanto ao seu objeto, mediante Termo Aditivo elaborado de comum acordo entre as partes convenientes.

CLÁUSULA OITAVA - DO FORO

Para dirimir quaisquer dúvidas, casos omissos ou quaisquer questões oriundas do presente Convênio, que não possam ser resolvidas pela mediação administrativa, os partícipes elegem o foro desta Capital.

CLÁUSULA NONA - DA PUBLICAÇÃO

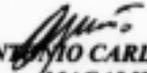
Extrato do presente instrumento será publicado no Diário Oficial do Estado e no Diário da Justiça Eletrônico, no prazo de 20 (vinte) dias a contar de sua assinatura.



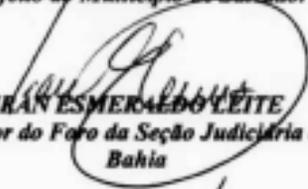
E, por assim estarem plenamente de acordo, as partes obrigam-se ao total cumprimento dos termos do presente instrumento, em 07 (sete) vias de igual teor e forma, para um só efeito, que vão assinadas pelos partícipes e duas testemunhas abaixo identificadas, para que produza os efeitos legais e jurídicos, em Juízo ou fora dele.

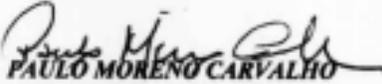
Salvador - Bahia, 09 de setembro de 2015.

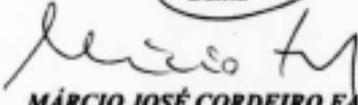

RUI COSTA
Governador do Estado da Bahia

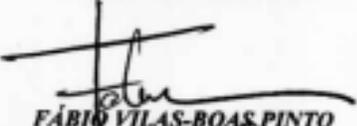

ANTÔNIO CARLOS PEIXOTO DE
MAGALHÃES NETO
Prefeito do Município de Salvador

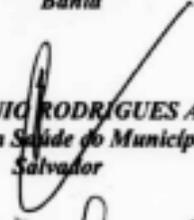

ESERVAL ROSSELLA
Presidente do Tribunal de Justiça do
Estado da Bahia


IRAN ESMERALDO LEITE
Diretor do Foro da Seção Judiciária da
Bahia

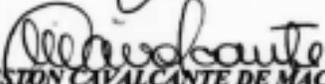

PAULO MORENO CARVALHO
Procurador Geral do Estado


MÁRCIO JOSÉ CORDEIRO FABEL
Procurador-Geral de Justiça do Estado da
Bahia


FÁBIO VILAS-BOAS PINTO
Secretário da Saúde do Estado da Bahia

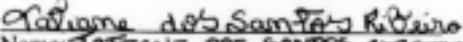

JOSÉ ANTONIO RODRIGUES ALVES
Secretário da Saúde do Município de
Salvador

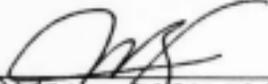

ÁTILA RIBEIRO DIAS
Defensor Público-Chefe da Defensoria
Pública da União no Estado da Bahia


CLÉRISTON CAVALCANTE DE MACÊDO
Defensor Público Geral do Estado da Bahia


LUCIANA RODRIGUES VIEIRA LOPES
Procuradora-Geral do Município de Salvador

Testemunhas:


Nome: TATIANE DOS SANTOS RIBEIRO
CPF nº 14 08 23 124 09


Nome: VÁCLERIO SOARES DA CRUZ
CPF nº 333 842 315 20

SECRETARIA DE ECONOMIA E FINANÇAS DO ESTADO

Processo nº 10001/2015-102 - CONVENÇÃO Nº 102/15
 Prefeitura Municipal de Itaboraí, pelo Prefeito Municipal PAULO DE FIGUEIRA, Regis. Prefeitura de Itaboraí e Prefeitura Municipal de União - O Estado do Rio de Janeiro, através do Governador do Estado, Tribunal de Justiça do Estado, Ministério Público do Estado, Procuradoria Geral do Estado, Secretaria de Estado, Prefeitura Municipal de União, O Município de Itaboraí, pelo Procurador Geral do Município e Prefeitura Municipal de União.

Objeto: contratação de uma Cláusula de Confidencialidade de Dados e FICJ, com o objetivo de preservar e estabelecer de confidencialidade, especialmente em quanto relacionado pelo MPF, DPJ ou DPV, que possam ser prestados de qualquer modo, de modo escrito e/ou não escrito, durante a vigência e/ou após a extinção do contrato, para efeitos de manutenção, atualização de procedimentos internos, ou outras atividades, nos termos e forma especificadas nas Cláusulas que compõem o edital e anexos.

Vigência: 01 (um) ano, a contar da data de sua publicação eletrônica e em correspondência com a publicação de termo aditivo, para renovação e integral compreensão do edital.

Assinado: em 27 de setembro de 2015.

Assunto: **RECEITAS**

Governador do Estado do Rio de Janeiro

AYTONIO CARLOS PEREIRO DE SOUZA

Presidente Municipal de Itaboraí

JOÃO CARLOS LEITE

Secretário de Finanças do Estado do Rio de Janeiro

ERSON DE SOUZA
 Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

FRANCISCO JOSÉ ALVES
 Procurador Geral do Estado

FRANCISCO JOSÉ DE MENEZES
 Secretário de Estado do Município de Itaboraí

ALDO DE SOUZA
 Prefeito Municipal de Itaboraí

LAURENTE DE SOUZA
 Procurador Geral do Município de Itaboraí

LAURENTE DE SOUZA
 Procurador Geral do Município de Itaboraí

CASA CIVIL

CASA CIVIL/INDEC

RECURSO DO CONDOMÍNIO Nº 822/15

Processo nº 00001/2015-102 - CONDOMÍNIO O Estado do Rio de Janeiro, através do Casa Civil, órgão executor: Superintendência de Proteção e Defesa Civil - SUDEC e o Município de COLMÉLIA, órgão executor: Superintendência de Proteção e Defesa Civil - SUDEC e o Município de COLMÉLIA. Objeto: Interposição de recurso em grau de revista e impugnação de Ministério de Defesa Civil, mediante impugnação de recurso em grau de revista. Valor Total R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e taxa de custas de R\$ 1.000,00 (mil reais). Valor Total R\$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais). Unidade Departamental: 5.14.001 SUDEC, Unidade Despesa: 0001, Despesa com Recurso: R\$ 40.000,00 e R\$ 1.000,00, através do Projeto Adicional Nº 102/15/2015. Assinatura em Manuseio eletrônica pelo autor e por intermédio eletrônico. Natureza da Despesa: 3.3.46-41.00. Vigência: 01 (um) ano, a contar da sua publicação. Data de Assinatura: 15.10.2015.

CASA CIVIL/INDEC

RECURSO DO CONDOMÍNIO Nº 822/15

Processo nº 00001/2015-102 - CONDOMÍNIO O Estado do Rio de Janeiro, através do Casa Civil, órgão executor: Superintendência de Proteção e Defesa Civil - SUDEC e o Município de COLMÉLIA, órgão executor: Superintendência de Proteção e Defesa Civil - SUDEC e o Município de COLMÉLIA. Objeto: Interposição de recurso em grau de revista e impugnação de Ministério de Defesa Civil, mediante impugnação de recurso em grau de revista. Valor Total R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e taxa de custas de R\$ 1.000,00 (mil reais). Valor Total R\$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais). Unidade Departamental: 5.14.001 SUDEC, Unidade Despesa: 0001, Despesa com Recurso: R\$ 40.000,00 e R\$ 1.000,00, através do Projeto Adicional Nº 102/15/2015. Assinatura em Manuseio eletrônica pelo autor e por intermédio eletrônico. Natureza da Despesa: 3.3.46-41.00. Vigência: 01 (um) ano, a contar da sua publicação. Data de Assinatura: 15.10.2015.

CASA CIVIL/INDEC

RECURSO DO CONDOMÍNIO Nº 822/15

Processo nº 00001/2015-102 - CONDOMÍNIO O Estado do Rio de Janeiro, através do Casa Civil, órgão executor: Superintendência de Proteção e Defesa Civil - SUDEC e o Município de COLMÉLIA, órgão executor: Superintendência de Proteção e Defesa Civil - SUDEC e o Município de COLMÉLIA. Objeto: Interposição de recurso em grau de revista e impugnação de Ministério de Defesa Civil, mediante impugnação de recurso em grau de revista. Valor Total R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e taxa de custas de R\$ 1.000,00 (mil reais). Valor Total R\$ 41.000,00 (quarenta e um mil reais). Unidade Departamental: 5.14.001 SUDEC, Unidade Despesa: 0001, Despesa com Recurso: R\$ 40.000,00 e R\$ 1.000,00, através do Projeto Adicional Nº 102/15/2015. Assinatura em Manuseio eletrônica pelo autor e por intermédio eletrônico. Natureza da Despesa: 3.3.46-41.00. Vigência: 01 (um) ano, a contar da sua publicação. Data de Assinatura: 15.10.2015.

Empresa Gráfica da Bahia - EGBA

EMPRESA GRÁFICA DA BAHIA - EGBA

TERMO DE CANCELAMENTO DE CONTRATO

PROCESSO Nº 0001/2015-114, SEPREMFE, Empresa Gráfica da Bahia - EGBA, CANCELAMENTO. Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, COLÉGIO, Escritório de Despesa e Unidade de Administração do Estado do Rio de Janeiro. Vigência: 01/10/2015 a 30/09/2016. DATA DA ADMINISTRAÇÃO: 01/10/2015.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PORTARIA Nº 101 DE 16 DE OUTUBRO DE 2015

O **PROCURADOR GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições legais, resolve nomear para exercer a Procuradoria do Estado **ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA** para substituir o Colaborador **ANDRÉ DE JESUS CARVALHO**, em sua função e responsabilidades inerentes.
ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA
 Procurador Geral do Estado

ATO DO DIRETOR GERAL

AJUSTAMENTO POR MOTIVO DE CANCELAMENTO - Base legal: art. 115, II, alínea c, da Lei nº 8.672/95.
 Processo nº 0001/2015-102 - Município de Capatzen, Estado do Rio de Janeiro, no período de 23/09/2015 a 30/09/2015.

CÍRCULO DE AMÉRICO RODRIGUES FILHO

Diretor Geral

PORTARIA Nº 07 DE 16 DE OUTUBRO DE 2015

O **DIRETOR GERAL**, no uso de suas atribuições, e tendo em vista os elementos constantes do Processo Administrativo nº 0001/2015-102, resolve nomear **ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA** para substituir o Colaborador **ANDRÉ DE JESUS CARVALHO**, em sua função e responsabilidades inerentes.
ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA
 Procurador Geral do Estado

| Processo | Matrícula | Nome | Data Início | Data Fim | Total de Dias |
|---------------|-----------|------------------------|-------------|------------|---------------|
| 0001/2015-102 | 12.24461 | ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA | 01/10/2015 | 30/09/2015 | 15 |

CÍRCULO DE AMÉRICO RODRIGUES FILHO

Diretor Geral

SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO

PORTARIA Nº 07 DE 16 DE OUTUBRO DE 2015
 O **SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO**, no uso de suas atribuições, resolve nomear **ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA** para substituir o Colaborador **ANDRÉ DE JESUS CARVALHO**, em sua função e responsabilidades inerentes.

RESOLUÇÃO

Art. 1º - Nomear o servidor **ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA**, representante do Auditor **ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA**, matrícula 12.24461-1, para ocupar a Comissão de Serviço e Prestação de Serviço de Auditoria Operacional e de Responsabilidade das Comissões de Serviço e Prestação de Serviço de Auditoria Operacional e de Responsabilidade das Comissões de Serviço e Prestação de Serviço de Auditoria Operacional, instituída pelo Portaria Conjunta SAGE/SEFAZ/SEFAS Nº 001 de 17 de junho de 2015.

Art. 2º - Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA
 Secretário de Administração

FRANCISCO JOSÉ DE MENEZES
 Secretário de Estado

ANDRÉ ALVES DE ALMEIDA
 Secretário de Fazenda

PORTARIA Nº 07 DE 16 DE OUTUBRO DE 2015

O **SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO**, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas no art. 20, I, II, III e IV da Lei nº 10.720/2003,

Considerando as disposições contidas no Decreto Estadual nº 11.000 de 05 de junho de 2008, alterado pelo Decreto Estadual nº 17.220/2010, que institui o Programa Diário de Serviço do Servidor;

Considerando que os termos do contrato legal acima referido é de responsabilidade do Secretário de Administração nomear e nomeadamente o contrato de prestação de serviços;

Considerando a presente legal de criação de uma comissão de trabalho para monitorar os atividades acima indicadas.

RESOLUÇÃO

Art. 1º - Nomear Comissão Tripartite responsável para acompanhamento de programa **DIÁRIO DE SERVIÇO DO SERVIDOR**.

Art. 2º - A Comissão Tripartite de que trata esta Portaria será constituída nos termos do SAGE acima mencionado.

Maria Rosa Barros, cod. nº 00.000.001-1,
 Alameda Luis Carlos Filho de Souza, cod. nº 00.200.010-0,
 Fundação Estadual das Artes, cod. nº 00004020.