

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDREZA CASANOVA VONGRAPP SANTOS

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO A MEDICAMENTOS E JUDICIALIZAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DO ESTUDO DAS AÇÕES
JUDICIAIS INTERPOSTAS EM DESFAVOR DO ESTADO DO PARÁ,
NO ANO DE 2016**

Belém
2018

ANDREZA CASANOVA VONGRAPP SANTOS

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO A MEDICAMENTOS E JUDICIALIZAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DO ESTUDO DAS AÇÕES
JUDICIAIS INTERPOSTAS EM DESFAVOR DO ESTADO DO PARÁ,
NO ANO DE 2016**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Prof.^a Dr^a Loiane Prado Verbicaro

Belém
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Biblioteca do Cesupa, Belém – PA

Santos, Andreza Casanova Vongrapp.

Políticas públicas de acesso a medicamentos e judicialização do direito à saúde: análise a partir do estudo das ações judiciais interpostas em desfavor do Estado do Pará, no ano de 2016 / Andreza Casanova Vongrapp Santos; orientadora Loiane Prado Verbicaro. – 2018.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2018.

1. Direito à saúde. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Poder judiciário – Aspectos sociais. 4. Direitos fundamentais. I. Verbicaro, Loiane Prado. *orient.* II. Título.

CDD 341.27

POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO A MEDICAMENTOS E JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DO ESTUDO DAS AÇÕES JUDICIAIS
INTERPOSTAS EM DESFAVOR DO ESTADO DO PARÁ,
NO ANO DE 2016

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Banca examinadora

Prof^a Dr. Loiane Prado Verbicaro - Orientadora
PPGD-CESUPA

Prof. Dr. Elísio Augusto Velloso Bastos - Membro
PPGD-CESUPA

Prof^a Dr^a Milena Coelho Fernandes Caldato - Membro
ESA-UEPA/ESEM-CESUPA

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho analisa o dilema da Saúde Pública no Brasil em especial sobre o fornecimento de medicamentos a partir da vivência no dia a dia com questões tão difíceis de encontrar respostas, mas no caminho das pedras, não faltou quem tornasse essa busca mais leve.

Primeiro gostaria de agradecer ao meu marido, Fabyo, que caminhou ao meu lado sempre incansável e disponível a me ajudar.

Aos meus filhos, Vitor e Vinícius, peço desculpas pelos momentos de ausência, mas, ao mesmo tempo, agradeço por partilharem comigo tanto amor.

Aos meus pais, Jairo e Ângela, pelos valores que me tornaram o que sou, permitindo que alcance minhas realizações e conquistas.

Ao meu irmão, Anderson, pela parceria e companheirismo de toda uma vida.

À minha avó, Virgínia, fonte de tanta inspiração na minha vida.

À minha orientadora, Prof.^a Dr^a Loiane Verbicaro, que em todo esse tempo manteve acessa a chama que me estimulou em cada passo na elaboração deste trabalho. Muito obrigada, pela sua paciência, pelo seu estímulo e, principalmente, por acreditar sempre.

Às Procuradoras Myrza Tandaya Pegado e Gabriella Dinelly Mareco, Coordenadoras do Procuradoria Cível e Trabalhista da Procuradoria Geral do Estado do Pará, pelo apoio e estímulo no desenvolvimento das atividades laborais no Subnúcleo de Direitos Sociais e que contribuíram para que os dados colhidos na presente pesquisa pudessem ser reunidos e apresentados.

À Andrea Marques, colega de trabalho com quem divido diariamente os desafios da judicialização da saúde e contribuiu para a coleta dos dados apresentados na pesquisa.

A todos os colegas do Departamento de Assistência Farmacêutica do Estado do Pará/SESPA e da Central de Apoio Logístico/SESPA.

Aos professores do Curso de Mestrado do CESUPA que possibilitaram o acesso a caminhos antes impensáveis, a partir do conhecimento partilhado.

Aos colegas da turma 2016-2017, assim como aqueles das demais turmas com quem pude partilhar a árdua caminhada do mestrado.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para realização deste trabalho.

SANTOS, Andreza C. V. Políticas públicas de acesso a medicamentos e judicialização do direito à saúde: análise a partir do estudo das ações judiciais interpostas em desfavor do estado do Pará, no ano de 2016.

Resumo

A pesquisa abordou o direito à saúde, relacionando-o às políticas públicas que concretizam o seu acesso e buscou demonstrar a importância da compreensão da execução dessas políticas pelos agentes que atuam nas demandas que visam assegurar, por via judicial, o acesso a bens e serviços de saúde, especialmente de medicamentos, objeto do estudo. O trabalho realizou um recorte histórico para revisitar a origem e a evolução do conceito dos direitos sociais, compreender o seu significado e o modo como foi incorporado, como se desenvolveu e como influenciou as diretrizes que atualmente guiam o direito à saúde, reconhecendo que a realidade social na atualidade demanda do Estado uma enorme gama de atividades para a garantia da cidadania. Apresentou os fundamentos dos direitos sociais como direitos fundamentais e os elementos que garantem sua proteção. Analisou o processo de judicialização pelo qual passa o acesso a saúde em especial ao medicamento, apresentou as políticas públicas existentes e a importância da sua compreensão pelos operadores do direito que atuam nas ações judiciais que demandam medicamentos. O trabalho foi desenvolvido a partir da revisão bibliográfica de obras relacionadas a cidadania, direitos sociais, Estado do Bem-Estar, saúde pública, judicialização da saúde e do estudo de dados de ações judiciais interpostas contra o Estado do Pará no ano de 2016, obtidos na Procuradoria Geral do Estado do Pará. A análise dos dados apresentados demonstrou que é preciso estimular o debate multidisciplinar entre o sistema de justiça e sistema da saúde e prestigiar as novas arenas de discussão que surgiram após a atuação do CNJ, no sentido de promover a racionalidade em torno da judicialização da saúde, considerando que o atual modelo não contribui com a concretização do direito social à saúde, seja por não alcançar as políticas públicas existentes ou não propor novas políticas públicas.

Palavras-chave: Direitos sociais; Estado do Bem-Estar; Cidadania; Judicialização da Saúde; Políticas Públicas em saúde.

SANTOS, Andreza C. V. Public policies on access to medicines and judicialization of the right to health: analysis based on the study of lawsuits filed against the state of Pará in the year 2016.

Abstract

The research intends to study the right to health by relating it to the public policies that oppose it and to demonstrate the importance of understanding the implementation of these policies by the agents who act in the demands that seek to ensure, by judicial means, access to health goods and services, especially of drugs, object of the study. The work will make a historical cut to revisit the origin and evolution of the concept of social rights, understand its meaning and the way it was incorporated, how it was developed and how it influenced the guidelines that currently guide the right to health, recognizing that reality social current state demand a huge range of activities for the guarantee of citizenship. It will seek to understand the foundations of social rights as fundamental rights and the elements that guarantee their protection. It will analyze the process of judicialization through which access to health in particular to the drug, presenting the existing public policies and discussing the importance of the legal operators, who act in the judicial actions in health, understood the policies instituted. The discussion will be based on the study of data filed against the State of Pará in the year 2016, obtained from the Attorney General of the State of Pará. The work was developed based on the bibliographic review of works related to citizenship, social rights, Welfare State, public health and health judicialization. The data presented demonstrated that it is necessary to stimulate the multidisciplinary debate between the justice system and the health system and to acknowledge the new arenas of discussion that arose after the CNJ's action in order to promote the rationality around the judicialization of health considering that the current model does not contribute to the realization of the social right to health, either by not reaching existing public policies or by proposing new public policies.

Keywords: Social rights; Welfare State; Citizenship; Health Judicialization; Public health policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS SOCIAIS: COMO EVOLUIU E QUAIS CONCEITOS INFLUENCIARAM O SEU DESENVOLVIMENTO	14
1.1 Os direitos sociais como elemento do conceito de cidadania e os modelos de intervenção social	14
1.2 O Estado do Bem-Estar no Brasil	23
1.3 A formação de um sistema de saúde universal	26
2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE OS CONCRETIZAM	34
2.1 Os Fundamentos dos direitos sociais	34
2.2 As políticas públicas e a concretização do direito social à saúde	47
2.2.1 Conceito e formação das políticas públicas	47
2.2.2 As diretrizes que norteiam as políticas públicas no Brasil	49
2.2.2.1 Descentralização	51
2.2.2.2 Regionalização	52
2.2.2.3 Integralidade	54
2.2.2.4 Participação da sociedade	54
2.3 As políticas públicas que viabilizam o acesso a medicamentos e os fatores que interferem na sua execução	55
3 A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO AO MEDICAMENTO	66
3.1 A judicialização como meio de concretização do direito à saúde	67
3.2 Dados da judicialização ao acesso ao medicamento no Estado do Pará	78
3.2.1 A Ação Civil Pública como instrumento de garantia do direito fundamental à saúde	81
3.2.2 Os efeitos da judicialização nas políticas públicas de Assistência Farmacêutica	85
3.2.2.1 O Componente Básico da Assistência Farmacêutica	85
3.2.2.2 O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.....	87
3.2.2.3 Medicamentos não contemplados em políticas públicas...	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS	98
ANEXO I – AUTORIZAÇÃO PROCURADORIA GERAL DO ESTADO	

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais estão diretamente relacionados às expectativas da sociedade quanto ao atendimento das suas necessidades básicas e nas práticas sociais da modernidade, a saúde, incluída no rol de direitos fundamentais, deve ser garantido pelo Estado em igualdade de acesso para todos e promovido por programas de ação governamental, as políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), chamada de Constituição Cidadã, efetivou uma mudança na conceituação de cidadania, conferindo maior amplitude ao seu significado, abrangendo a dimensão de concretização dos direitos fundamentais. Essa concepção de cidadania, influenciada pela teoria do sociólogo britânico Thomas H. Marshall no início do século XX, corporifica a ideia de seguridade social como rede de proteção que obriga o Estado a assumir a responsabilidade pelos rumos da sociedade e incorporar as demandas sociais por bem-estar no espectro político-jurídico e, conseqüentemente, a compensar as desigualdades geradas pelo mercado na alocação de recursos e distribuição de riquezas.

Em face da complexidade social, econômica, política e administrativa, o Estado tem sido demandado a oferecer melhores serviços públicos e possibilitar que os direitos sociais sejam usufruídos em sua plenitude. Nessa seara o direito à saúde restou consagrado como uma obrigação do Estado e um direito do cidadão, como prevê o art. 196 da Carta Constitucional, e a Organização Mundial de Saúde (OMS) vem propugnando, desde 1948, a adoção pelos países soberanos, de sistemas universais de saúde. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos ganharam relevância, se desenvolveram e passaram a ser o palco do combate à discriminação e ao desrespeito à dignidade humana.

O Brasil adotou um modelo de assistência à saúde pública reconhecido internacionalmente, o Serviço Único de Saúde (SUS). Disposto no art. 198 e tendo suas atribuições definidas no art. 200 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), é regulado pela Lei Orgânica da Saúde nº 8080/90 (LOS) e está concebido com base nos princípios da universalidade, equidade, integralidade e voltado para as necessidades da população. Mas o Estado brasileiro ainda não alcançou de fato a plenitude de acesso à saúde, o que se evidencia no exponencial crescimento da chamada “judicialização da saúde”, com reiterado ajuizamento de demandas por meio

das quais a população pretende assegurar, junto ao Poder Judiciário, o acesso a tratamentos, internações, exames, transportes e medicamentos.

Nesse ponto houve um avanço na compreensão da eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional, o discurso de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado e deu lugar a frequentes decisões judiciais, determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados, relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Como afirma Sarmiento (2010, p. 553), “a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna”.

Sem embargo, no campo das análises jurídicas, a judicialização da saúde suscita questionamentos importantes, entre eles a discussão em torno do protagonismo judicial, da delimitação da responsabilidade de cada ente público nas questões que envolvem o direito à saúde, da alocação de recursos necessários ao cumprimento das demandas e, embora tratar-se de um tema intensamente debatido a partir da década de 1990, com as primeiras demandas visando garantir o tratamento de pacientes com Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (HIV/AIDS), o crescimento do número de ações nos tribunais de todo o país é crescente e alcança valores relevantes como se depreende dos dados¹ recentemente divulgados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) que realizou auditoria operacional que abrangeu a União, Estados e Municípios com o objetivo de identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde e investigar a atuação do Ministério da Saúde e de órgãos e entidades dos três poderes para mitigar os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. Foi constatado que a União gastou com o cumprimento de decisões judiciais para aquisição de medicamentos e insumos, no período de 2010 a 2015, R\$ 2,7 bilhões, e que desse valor, mais de 54% (R\$ 1,49 bilhão) referia-se a três medicamentos: Elaprase® (idursulfase), Naglazyme® (Galsulfase) e Soliris® (Eculizumabe).

¹ Cf. <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>

O medicamento² é uma das tecnologias mais utilizadas pelo setor de saúde e considerado essencial para a prática da medicina ocidental, mas garantir o seu acesso ainda é um desafio, mesmo com os avanços tecnológicos que permitem a descoberta de moléculas inovadoras e a cura de doenças antes impensáveis. Dessa forma, a via judicial tem representado, muitas vezes, o meio de acesso, não só das tecnologias de alto custo indisponíveis no serviço público, mas de medicamentos básicos que, mesmo contemplados em programas do SUS, faltam nos estoques das Unidades Básicas de Saúde.

A pesquisa parte do pressuposto de que o número crescente de demandas judiciais reflete a insuficiência das políticas públicas e de seus mecanismos de implementação e quando a análise se dá a partir da perspectiva das políticas públicas, percebe-se que as dificuldades de efetivação do direito à saúde são potencializadas por fatores institucionais como o alto grau de descentralização política e administrativa que orienta a organização do SUS formando uma rede ampla e complexa, um desafio a ser enfrentado por múltiplos agentes, cujo diálogo precisa ser estruturado.

O trabalho pretende apresentar a problemática da judicialização do acesso ao medicamento sob o enfoque das políticas públicas e demonstrar através de dados obtidos nas ações judiciais interpostas em desfavor do Estado do Pará, no ano de 2016, a importância da compreensão dessas políticas, considerando que as ações individuais representam a maior parte das demandas judiciais e demonstrar que, mesmo nesse tipo de demanda, o aspecto coletivo do direito à saúde, como um direito social, deve ser privilegiado, apresentando as consequências práticas da não observação das diretrizes definidas nas políticas instituídas.

A ausência de estudos empíricos, seja nos debates e até mesmo no bojo das ações de saúde, limita a discussão ao plano teórico o que dificulta a percepção das causas reais da judicialização e suas consequências. Acrescentar dados da realidade e promover o conhecimento das políticas públicas disponíveis visa estimular uma discussão consciente do problema do acesso ao medicamento, contribuindo com o desenvolvimento de uma judicialização responsável e que de fato busque a concretização do direito à saúde como um direito coletivo.

² Segundo objeto mais demandado nas ações judiciais de saúde, no ano de 2016, conforme levantamento de dados desenvolvido na Procuradoria Geral do Estado do Pará.

Para trazer à pesquisa a realidade da judicialização no Estado do Pará, foi realizada a análise de dados no Subnúcleo de Direitos Sociais da Procuradoria Geral do Estado do Pará, das ações de saúde que visavam compelir o Estado do Pará ao fornecimento de medicamentos, interpostas no ano de 2016. Foram obtidas informações como o número total de ações, os tipos de medicamentos demandados, se o medicamento estava ou não contemplado em políticas públicas, o tipo de interesse tutelado, dentre outras, que serão apresentadas em momento oportuno da pesquisa.

Converter o judiciário em principal arena decisória no campo sanitário assegura o direito à saúde em igualdade de condições para todos? Como superar o desconhecimento sobre as políticas públicas pelos agentes que atuam nas ações judiciais em saúde? A judicialização contribui em que medida para o fortalecimento das políticas públicas de saúde? São questões que serão respondidas ao longo do trabalho que será desenvolvido em três capítulos.

O primeiro capítulo realizará um recorte histórico para resgatar a concepção dos direitos sociais desenvolvida pelo sociólogo britânico Thomas Marshall que estudou a desigualdade na Inglaterra do século XIX e influenciou, sobremaneira, na compreensão de direitos sociais como um desdobramento inevitável da ideia de cidadania e que serviu de base para a evolução do modelo de intervenção social promovido pelo Estado, contribuindo com a mudança paradigmática do Estado Liberal para o Estado Social. Serão revisitados conceitos que conformaram o direito social à saúde e as diretrizes do sistema de saúde atualmente adotado no país.

O segundo demonstrará a importância do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais e das políticas públicas como instrumento de concretização desses direitos, apresentando os princípios que norteiam as ações e serviços públicos de saúde, especificando as políticas que possibilitam o acesso à medicamentos. O capítulo também analisará fatores que interferem na efetivação dessas políticas.

No terceiro capítulo serão discutidos os contornos atuais da judicialização da saúde e apresentados dados coletados no Subnúcleo de Direitos Sociais da Procuradoria do Estado do Pará e, por fim, realizadas proposições de medidas que podem ser adotadas no sentido de racionalizar a judicialização da saúde de forma que

seus efeitos possam ter reflexos nas políticas públicas instituídas, contribuindo de fato para a efetivação do direito à saúde como direito coletivo.

1 DIREITOS SOCIAIS: COMO EVOLUIU E QUAIS CONCEITOS INFLUENCIARAM O SEU DESENVOLVIMENTO

A proteção à saúde como direito social e sua inclusão no rol de direitos considerados imprescindíveis à condição da dignidade humana é conquista relativamente recente e para compreender como o direito social à saúde evoluiu até os dias atuais, faz-se necessário traçar um breve recorte histórico sobre a mudança paradigmática do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social e demonstrar como a concepção dos direitos sociais alterou a configuração de Estado de Bem-Estar a partir do seu reconhecimento como desdobramento da ideia de cidadania.

O conceito moderno de cidadania é resultado da influência do sociólogo inglês Thomas H. Marshall e é representado pelo alargamento do rol de direitos que possibilita e amplia para mais sujeitos, o *status* de cidadãos, incorporando as demandas sociais por bem-estar no espectro-político jurídico e corporificando a ideia de seguridade social, onde o Estado assume responsabilidades pelos rumos da sociedade.

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição de bens sociais, o Estado Social instituiu um regime de garantias concretas e objetivas que visam a fruição dos direitos fundamentais.

A delimitação conceitual dos direitos sociais não é tarefa simples, envolve uma ampla seara de direitos, por exemplo os de proteção ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia etc. Mas, antes de tratar dos direitos sociais como grupo de direitos juridicamente protegidos e promover a discussão sobre o direito à saúde, é necessário entender a origem e a evolução do conceito, compreender o seu significado e o modo como foi incorporado no contexto histórico que se desenvolveu.

1.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO ELEMENTO DO CONCEITO DE CIDADANIA E OS MODELOS DE INTERVENÇÃO SOCIAL

A ideia de direitos sociais assume papel profundamente relevante a partir do capitalismo industrial, período histórico onde se preconizavam as relações econômico-sociais libertas de amarras jurídicas e se concebia a economia capitalista como uma

ordem natural, cujos impulsos espontâneos conduziam as relações nelas inseridas. No cenário em que o Estado é incapaz de evitar as tensões de um modelo econômico que preconizava tratamento igualitário a indivíduos economicamente desiguais, dá-se o surgimento dos direitos sociais como uma aspiração de redução da desigualdade entre as partes.

Em termos iniciais, existem basicamente dois movimentos distintos de constitucionalização de direitos que variam de acordo com o período histórico e a perspectiva de Estado que compartilha: o liberal e o social.

As primeiras constituições escritas são de matriz liberal-burguesa que exigiam uma postura negativa por parte do Estado nas relações privadas. Asensi (2012) explica que ao enfatizar a separação dos poderes e a defesa de direitos individuais, propunha-se um modelo liberal em que o indivíduo seria o centro, de modo que o Estado deveria interferir minimamente nas relações sociais ou nos arranjos que os indivíduos estabeleceriam em sociedade.

A ordem liberal, politicamente institucionalizada através dos direitos civis e políticos, assegurou o estabelecimento de um sistema em torno da economia livre de mercado, gerando um quadro de profundas e injustas desigualdades sociais, sob a égide de um Estado mais preocupado em representar os interesses dos detentores dos meios de produção do que em proteger os setores menos favorecidos ou mais fracos da sociedade. O Estado liberal estava comprometido em garantir um instrumento neutro e voltado para estabelecer claramente seus limites com a sociedade civil.

A satisfação dos interesses e das necessidades individuais, de acordo com a ideologia liberal, deveria ficar dependente do livre jogo dos agentes no mercado, sem a interferência do Estado, o que não demorou revelar-se ilusão, como ensina Barreto (2013, p. 219):

O Estado liberal, por trás de sua aparente neutralidade, na realidade estava a serviço de uma classe social, a classe dos detentores do meio de produção, que necessitavam de um sistema jurídico que regulasse de forma igual os conflitos que ocorressem na sociedade civil e garantisse a atividade econômica da intervenção do Estado, para que assim pudesse ser realizado o reino da autonomia e da liberdade individual. Ao mesmo tempo, os mecanismos de produção e distribuição de riquezas da economia liberal produziram prosperidade econômica crescente na sociedade como um todo, acompanhada de profundas desigualdades. Essas desigualdades, que puniram durante décadas as massas de trabalhadores, serviram como condições sociais objetivas para o surgimento da categoria de direitos sociais como direitos humanos, pois tinham relação com a sobrevivência do indivíduo. Os direitos sociais vieram a servir como instrumento político e

jurídico para democratização do sistema econômico e social da sociedade liberal.

O distanciamento entre Estado e sociedade foi objeto de críticas por diferentes correntes teóricas ao longo do tempo. Em obra que critica de forma contundente o liberalismo de mercado, Polanyi (2012) identifica que os processos pelos quais as instituições de mercado regulam a produção e distribuição de riqueza material, controlam também o elemento humano fazendo desaparecer as formas de vida social e de solidariedade tradicionais.

Em decorrência da mudança nas relações sociais ocasionadas, principalmente pela industrialização, buscou-se configurar um novo tipo de direito que reconhecesse as desigualdades sociais e as assimetrias concretas entre os indivíduos no plano de suas práticas sociais, contexto em que surgem novas forças sociais que Verbicaro (2017) explica, surgem como resultado do processo de massificação e complexidade das sociedades industriais, de uma realidade social marcada por elevados índices de miséria, indigência e pobreza, onde o Estado tornou incapaz de conduzir uma sociedade em seus múltiplos e complexos interesses sociais, a partir de uma estrutura organizacional essencialmente formal e individualista.

As mudanças, com contornos gerais em termos especialmente ocidentais, que possibilitaram o ingresso de valores sociais no direito, criando um novo adjetivo a caracterizar o substantivo Estado, foram analisadas por Bastos (2007), que apresentou um rol exemplificativo de contradições e complicações que contribuíram com as mudanças na concepção do regime: 1) a democracia política não garantia a igualdade de oportunidades; 2) o interesse particular não coincidia com o coletivo; 3) o jogo do mercado não produzia distribuição equitativa da riqueza; 4) as instituições políticas não respondiam às demandas da sociedade; 5) o desenvolvimento econômico não garantia a redução da pobreza e da desigualdade; 6) percebe-se que o Estado não é a única, nem mesmo a mais importante, fonte de todas as relações de poder.

Com o fracasso do Estado liberal, urge a necessidade de um Estado interventor, o Estado do bem-estar social, que promove a redução das diferenças sociais dando relevo às expressões como justiça distributiva, justiça social e políticas sociais e que, como afirma Bonavides (2013, p. 12):

[...] ... ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder vinculada principalmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquele peculiar ou feroz individualismo das teses liberais subjetivistas do passado.

O Estado do Bem-Estar distingue-se justamente por ter avocado a tarefa de realização da justiça social e que incorpora aos direitos humanos uma dimensão social, retirando-lhes o carácter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o carácter de exigência moral.

As diferentes configurações do bem-estar materializam distintos significados de “bem-estar social”. Kerstenetzky (2012) ao apresentar o panorama da evolução do estado social, destaca que o Estado do Bem-Estar existe quando o Estado garante o bem-estar (“estado ou condição de estar bem”) dos cidadãos, mas ressalta que definições podem restar vazias diante de questões como “quanto de Estado? que sentido de bem-estar? para quem? por quais regras e meios?” tornando indefinidos ou imprecisos os aspectos da ação pública na promoção do bem-estar e a delimitação do próprio objeto. A própria expressão dos nomes que o designam – sistema de proteção social, seguridade social, políticas sociais, estado-providência, bem-estar social, bem-estar público – afirma a autora, demonstra a indecisão no seu significado, que pode ser mais ou menos abrangente.

Kerstenetzky (2012) destaca dois modelos de intervenção pública que se dá no Estado do Bem-Estar Social, a que ocorre na Alemanha conservadora na virada do século XIX para o século XX e a segunda na Inglaterra trabalhista do pós-Segunda Guerra Mundial.

No modelo alemão, a linha de ação que compromete o Estado com a proteção da sociedade, em especial os trabalhadores assalariados, contra certos riscos associados à participação em uma economia de mercado está enraizado no contrato de trabalho e inaugura o seguro nacional compulsório, organizado por categorias profissionais, contra o risco de perda da capacidade de gerar renda por acidente, doença, invalidez ou idade. Já o modelo inglês, com algumas décadas de defasagem, apresenta diferenças estruturais importantes se funda no status de cidadania e estabelece o direito a um padrão de vida mínima para todos, financiado com recursos tributários, que se convencionou chamar seguridade social (KERSTENETZKY, 2012, p. 5).

Há diferenças marcantes nos arranjos de cada modelo de atuação do Estado. Marshall denomina os dois modelos, preconizados pela Alemanha e pela Inglaterra, modelo de contrato e modelo de *status*, explica Kerstenetzky (2012, p. 6):

No primeiro, o nexu do contrato de trabalho estaria preservado na medida em cada segurado “vale” o seu valor de mercado. No segundo, o nexu contratual é fraturado e substituído pelo status igualitário da cidadania, na medida em que cada cidadão vale o mesmo que os demais, independentes de sua contribuição a um seguro específico.

Kerstenetzky (2012) caracteriza a iniciativa alemã como marcadamente autoritária e conservadora, além de corporativa, uma vez que o acesso aos benefícios é baseado no *status* ocupacional, modelo de intervenção inserido na reconstrução do Estado nacional liderado por Otto von Bismarck.

Martins (2004) destaca que é na Alemanha de Otto Von Bismark que são introduzida uma série de seguros sociais, de modo a atenuar a tensão existente nas classes trabalhadoras: em 1883 foi instituído o seguro-doença, custeado por contribuições dos empregados, empregadores e do Estado; em 1884 decretou-se o seguro contra acidente do trabalho com custeio dos empresários, e em 1889 criou-se o seguro invalidez e velhice, custeado pelos trabalhadores, pelos empregadores e pelo Estado. A reforma tinha o objetivo político de impedir movimentos socialistas fortalecidos com a crise industrial.

Na Inglaterra, ao contrário, a concepção da proteção social sob a responsabilidade do Estado ocorreu lentamente, a organização de fundos locais para a provisão de assistência aos incapacitados tem seu início como um conjunto de serviços providos por caridades e agências de serviços sociais do governo para os pobres, necessitados e vulneráveis, limitando o seu âmbito ao alívio da pobreza e que predominou na política social inglesa pré-Estado do Bem-Estar, partindo do diagnóstico de que o problema da pobreza está na dependência dos pobres para a satisfação de suas necessidades básicas, culminando com a intervenção pública sobre o comportamento dos indivíduos pobres.

Importante é a contribuição de Kerstenetzky (2012) na compreensão de como se desenvolveu essa concepção e que remonta à Inglaterra do século XVI quando a assistência aos incapacitados se dava pela intervenção em geral coercitiva, manifestando-se por meio de repressão à mendicância e compulsão ao trabalho dos

fisicamente capazes, e de seletividade e condicionalidades na provisão de assistência pública aos incapacitados, então denominados “pobres meritórios”, o modelo adotado era consequência lógica do diagnóstico de ser a pobreza (não meritória) o resultado de decisões equivocadas quando não de mau comportamento dos próprios pobres.

O marco legal que propõe diferenciar os pobres meritórios dos não-meritórios é o *British Act Concerning Punishment of Beggars and Vagabonds* (1531), seguido do *Elizabethan Act for the Relief of the Poor* (1601), a “Lei dos Pobres” que estabelece sistema nacional de assistência a ser administrado por paróquias. Em 1834, a Reforma da Lei dos Pobres que aprofunda aspecto coercitivo da assistência, os pobres meritórios ou não passaram a ser confinados em *workhouses* (asilos, onde viviam e exerciam trabalhos abjetos ou desprezíveis, tanto os pobres capazes como suas famílias, convivendo com crianças órfãs, idosos e doentes).

Nesse contexto, a promoção ou mesmo a simples proteção do bem-estar dos pobres não era nem o objetivo e nem a razão de ser da intervenção, descreve Kerstenetzky, 2012, p. 8):

A compreensão era de que ações com esses propósitos acabariam por se somar às causas da própria pobreza ao aprofundar a dependência dos pobres à assistência. As noções de proteção e promoção do bem-estar dos pobres seriam então aspectos distintivos de um estado do bem-estar fundado em outras percepções e crenças sobre as causas da pobreza.

Com a finalidade de avaliar a política assistencial inglesa, foi criada a Comissão Real Britânica (*Royal Commission on the Poor Laws*) e o resultado, publicado no “Relatório da Minoria sobre a Lei dos Pobres” (*Minority Report on the Poor Laws and Relief of Distress*), concluiu que as causas da pobreza na Inglaterra não seriam exclusivamente individuais, mas sobretudo econômicas e sociais, como as flutuações na demanda por trabalho e as tendências das econômicas de mercado – empregos duradouros e baixos salários combinados com fatores ligados ao ciclo da vida como a falta de nutrição e educação insuficiente na infância.

Kerstenetzky (2012, p. 8) ainda destaca:

Essas circunstâncias, individualmente inevitáveis e certamente indesejadas, não apenas inviabilizavam a almejada independência econômica dos trabalhadores pobres, como prejudicavam sua inserção em longo prazo no mercado de trabalho, uma vez que acabavam implicando incapacitação para o trabalho. Ainda segundo o relatório, e com base nos abundantes relatos sobre o confinamento nas casas de trabalho (*workhouses*), a pobreza era agravada pela própria política social que contribuía para a estigmatização dos pobres, afetando sua capacidade de iniciativa e realização, ao insistir na responsabilidade individual e não incidir sobre as causas reais.

Com a publicação por Willian Beveridge, em 1942, do Relatório sobre Seguro Social e Serviços Aliados é reconhecida a dívida para com o diagnóstico do Relatório da Minoria, germinando a concepção beverigidiana de um estado de bem-estar universalista, rompendo com a tradição pauperista e localista da política social britânica. O Plano Beveridge propõe um programa de prosperidade política e social, garantindo ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse acobertado por certas contingências. O plano tinha por objetivo: unificar os seguros sociais existentes; estabelecer o princípio da universalidade, para que a proteção se estendesse a todos os cidadãos e não apenas aos trabalhadores; igualdade de proteção; tríplice forma de custeio, com predominância do custeio estatal.

Importante destacar a influência das teorias de T. Marshall e R. Titmuss para que as políticas e programas britânicos do imediato pós-guerra incorporassem a concepção que acentua a satisfação das necessidades, a solução de problemas e a promoção de oportunidades que erigiram por sobre revisões críticas das fracassadas políticas com foco nos pobres. A hipótese da pobreza estrutural elaborada no relatório da minoria também está presente nas suas análises.

Richard Titmuss, colaborador do governo britânico no pós- segunda guerra e docente de Política Social na *London School of Economics*, desenvolveu a compreensão da pobreza como fenômeno estrutural, destacando-se pelo pioneirismo na tentativa de estabelecer fundamentos sociológicos para o Estado do bem-estar social, sendo uma de suas contribuições mais importantes o conceito de “necessidades sociais”, elaborado no contexto da crítica ao paradigma “pauperista” e de sociedades que tornam o homem cada vez mais socialmente dependente, advertindo que a capacidade institucional de produção de estigma é perigosamente subestimada pela abordagem pauperista, como segue:

A conclusão a respeito das “necessidades sociais” que um estado do bem-estar deveria satisfazer é que não se trata exclusivamente de prover necessidades materiais, mas de provê-las por meio de serviços universais que evitem o estigma e contribuam para a construção da identidade das pessoas tendo por referência a comunidade política da qual são membros (TITMUSS, 1974, p. 38).

Uma consequência problemática é que esforços individuais de independência econômica são frequentemente insuficientes para obter independência, assim uma política social deveria ser administrada como uma ferramenta para a mudança social, não exclusivamente nem principalmente para a adaptação de indivíduos e grupo.

Titmuss (1974) aponta uma distinção entre o modelo de proteção social baseado no seguro (*insurance*) que prevê a proteção individual contra contingências futuras, baseada ou não no compartilhamento de riscos e na seguridade social (*social security*) como política para satisfazer as necessidades presentes de população inteira.

Kerstenetzky (2012) descreve os modelos de intervenção, inicialmente, o residual e o institucional, sob os eixos analíticos “tamanho” (pequeno ou grande) e “cobertura” (seletiva e universal) e posteriormente acrescenta uma terceira dimensão, o critério de distribuição de benefícios, reelaborando os modelos de provisão de bem-estar social existentes: o modelo residual corresponderia aos Estados de bem-estar social com níveis diminutos de gasto social e políticas seletivas, desenhadas para complementar falhas não sistemáticas de famílias e mercado de trabalho no atendimento às necessidades básicas de indivíduos ou grupo. O modelo industrial baseado no mérito/desempenho, que reserva às instituições do bem-estar social o papel, coadjuvante ao mercado, de assegurar que necessidades sejam satisfeitas com base no mérito, desempenho no trabalho e produtividade. O modelo institucional, com base nas necessidades sociais, que atribui um papel central às instituições do bem-estar, principalmente na provisão de serviços universais.

O sociólogo Theodor H. Marshall, contemporâneo de Titmuss, estudou a relação entre a redução da desigualdade social e o desenvolvimento da cidadania na primeira metade do século XX e desenvolveu argumentos para uma concepção universalista de bem-estar social em termos de moralidade política. Segundo Kerstenetzky (2012) o sociólogo acredita que a desigualdade está relacionada ao sistema de classe social, quer quando assentada numa hierarquia de *status* com diferenças entre uma classe e outra em termos de direitos, quer quando as diferenças se estabelecem a partir da combinação de fatores educacionais, econômicos e relacionados à propriedade. Sua análise do conceito de cidadania se dá a partir do desenvolvimento dos elementos civil, político e social, fazendo relação ao modo de evolução dos direitos civis, políticos e sociais e destacando a importância dos direitos sociais no processo de evolução da cidadania.

Marshall (1967) identifica o elemento civil da cidadania, como aquele composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, direito à propriedade, de concluir contratos válidos e o direito ao acesso à justiça, mas reconhece que nesta fase a cidadania era uma

instituição em desenvolvimento, pois compunha-se de direitos civis, indispensáveis a uma economia de mercado, que davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhe a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.

Sobre essa fase, afirma Marshall (1967, p. 80) que “as desigualdades gritantes não são devidas às falhas nos direitos civis, mas à falta de direitos sociais que, nos meados do século XIX, não tinham expressão”.

Para o sociólogo o elemento político é compreendido como direito de participar no exercício do poder político, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo, mas embora o direito de voto estivesse difundido ao final do século XIX, aqueles que o tinham adquirido não haviam aprendido a fazer uso do mesmo, os direitos políticos estavam repletos de ameaça potencial do sistema capitalista.

Nesse contexto, os direitos sociais compreendiam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. A finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir o ônus da pobreza, sem alterar o padrão de desigualdade do qual a pobreza era, obviamente, a consequência mais desagradável.

Marshall (1967) desenvolve a compreensão do elemento social, como parte do conceito de cidadania, que se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico até a segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Assim, os direitos sociais são incorporados ao *status* de cidadania, não uma mera tentativa de eliminar o ônus evidente da pobreza, mas modificar o padrão total de desigualdade social – desenvolvimento de um interesse crescente pela igualdade como um princípio de justiça social e a consciência de que o reconhecimento formal de uma capacidade igual no que diz respeito a direitos não era suficiente.

Na esteira do clássico trabalho de Marshall para a construção da cidadania, a participação na riqueza socialmente produzida, aliada ao reconhecimento de uma igualdade intrínseca entre as pessoas, seriam o fundamento nuclear do Estado do Bem-Estar e os direitos sociais “incluiriam um mínimo de bem-estar econômico e de segurança, ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de

um ser civilizado de acordo com os padrões que se estabelece na sociedade” (MARSHAL, 1967, p. 113).

Pioneiros do campo reflexivo sobre o Estado do Bem-Estar, Titmuss e Marshal contribuem para a construção de arranjo distributivo de bem-estar: para Titmuss seria um instrumento de mudança estrutural, para Marshall os direitos sociais regulariam a distribuição pelo *status* igualitário da cidadania norteados pelo princípio do universalismo e da redução das desigualdades.

1.2 O ESTADO DO BEM-ESTAR NO BRASIL

A história da constituição de um estado do bem-estar no Brasil não difere do que ocorre nos países corporativos pioneiros.

Kerstenetzky (2012) ensina que as primeiras iniciativas de proteção social foram dirigidas aos servidores do Estado, civis e militares, nas últimas décadas do século XIX, progressivamente estendidas aos empregados da indústria e do comércio ao longo da primeira metade do século XX, e que se limitavam a seguros coletivos para a manutenção da renda desses grupos de trabalhadores e, por extensão, de suas famílias.

O padrão de acesso à proteção, como no caso dos países corporativos, segue as ocupações e cobre ricos associados à participação no mercado de trabalho. O modelo típico é a associação entre a manutenção de renda (expressa nos vários seguros por acidente de trabalho, doença, invalidez, idade, tempo de trabalho, viuvez e dependência) e a assistência médica, financiada e governada por empregadores de cada empresa (Lei Eloy Chaves, de 1923) e posteriormente organizada, financiada e governada também pelo Estado, o que se inicia com os Institutos de Aposentadorias e Pensão, 10 anos mais tarde.

Não obstante, a Alemanha e demais países pioneiros seguem, ao longo do século XX, o caminho da expansão acelerada do estado do bem-estar, seja em recursos, cobertura e resultados, o que não ocorre no Brasil, onde a expansão é lenta, concentrando-se na legislação do trabalho e na seguridade social, ainda por muitas décadas, e tendo como resultado escassa cobertura populacional e diminutos efeitos sobre a equidade.

Há vários condicionantes a iluminar esse estado de coisas, relacionados ao ponto de partida na economia agrário-exportadora de base escravista, sua economia política e seu legado, à inserção desfavorável do país na economia e na geopolítica internacional e à duração da política autoritária, características que nos singularizam na comparação com os pioneiros. Quando, na República de Vargas, inicialmente na história do país, direitos sociais passaram a ser reconhecidos, inicialmente pela via da legislação ordinária, logo devidamente constitucionalizados, o país contabilizava um gigantesco passivo de problemas e iniciativas (KERSTENETZKY, 2012).

A autora esclarece que é possível reconhecer três ondas longas de inovação institucional e difusão de direitos sociais no Brasil: os anos de bem-estar corporativo entre 1930 e 1940, nos quais se desenharam e implementaram as legislações trabalhistas e previdenciárias, fase que se estende de modo principalmente inercial e incremental entre 1946 e 1964; o período de universalismo básico, compreendido entre os anos 1964 e 1984, quando se unificou e estendeu, de modo diferenciado, para estratos sociais tradicionalmente excluídos e se criou um segmento privado simultaneamente a um público na saúde, este último voltado para os não cobertos pelos segmentos contributivo e privado; e o período pós-1988, com a institucionalização da assistência social, a fixação de um mínimo social, a extensão da cobertura previdenciária não contributiva, a criação do Sistema Único de Saúde (KERSTENETZKY, 2012).

Uma análise breve das características institucionais e da economia política de cada fase é necessária para destacar os elementos que imprimiram o ritmo da evolução geral de estado de bem-estar por décadas à frente.

A primeira onda é caracterizada por Kerstenetzky (2012) como “Trabalhadores do Brasil”, fazendo alusão à forma como Getúlio Vargas se dirigia ao povo nas comemorações do dia Primeiro de Maio: o povo era os trabalhadores. Nessa fase, há a introdução de uma extensa pauta de direitos sociais, atendendo os pontos principais da lista de reivindicações do movimento operário e expandindo e modificando qualitativamente o padrão de proteção social que se havia timidamente iniciado com o experimento das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs).

Pela primeira vez o país conheceu políticas sociais nacionais que envolveram tanto legislação trabalhista quanto seguridade social, o sufrágio é estendido às mulheres, mais ainda permanecem excluídos mendigos, analfabetos e os “praças de

pré” (subtenentes, sargentos, cabos e soldados), foram instituídos os primeiros Institutos de Aposentadorias e Pensões nacionais, organizados por categorias profissionais que, de fato, se tornam a primeira forma de seguro social no país, garantindo benefícios monetários associados a diferentes situações de risco, e em muitos casos, alguma forma de assistência médica. Embora se destaque a nacionalização de questões de saúde, as políticas ainda são pouco notáveis. A elegibilidade aos direitos sociais – trabalhistas e previdenciários – dependente da obtenção da carteira profissional e, em parte também, da sindicalização, promove um arranjo de distribuição de direitos sociais estratificados, baseado no modelo próprio de incorporação, que define quem está dentro e quem está fora. Em termos de efetividade, é baixa a cobertura populacional dos direitos sociais. Estavam excluídos 70% de brasileiros que correspondiam aos trabalhadores rurais e trabalhadores urbanos informais (KERSTENETZKY, 2012).

Algumas tentativas de adotar medidas que desenvolvessem um estado do bem-estar universalista e distributivo foram esboçadas no interregno democrático entre 1946 a 1964, mas acabaram derrotados pelo movimento militar de 1964 (KERSTENETZKY, 2012).

A segunda onda, embora estabeleça um vistoso elenco de políticas sociais com tendências universalizantes, acrescenta uma nova segmentação, a seguridade social é ampliada para incluir novos segmentos sem capacidade contributiva, como os trabalhadores rurais, mas lhes oferece cobertura inferior à recebida pelo trabalhador urbano formal. Na saúde, haverá a provisão pública residual para os pobres e um pilar privado para os estratos médios e altos de renda somados ao segmento contributivo (KERSTENETZKY, 2012).

As transformações da década de 1980 foram pródigas com o fim do regime militar em 1985 e a promulgação da Constituição de 1988. Nos 20 anos que se seguem, os gastos sociais triplicam e uma série de novos direitos sociais passam a ser garantidos e uma era de novas prioridades que representou uma mudança qualitativa em relação aos regimes de bem-estar precedentes. Os novos direitos sociais aproximavam os brasileiros das realizações de bem-estar social do regime socialdemocrata, em direção alternativa à do universalismo básico e à do bem-estar corporativo (KERSTENETZKY, 2012).

De fato, as políticas sociais são imediatamente afetadas pelas prescrições constitucionais no campo da seguridade social, que passa a abranger a previdência social, a assistência social e a saúde. Inclui-se entre as medidas importantes, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a regulamentação da assistência social.

Contudo, não obstante os avanços da previdência, as promulgadas Leis Orgânicas da Saúde (1990) e da Assistência Social (1993) não foram regulamentadas no período; no caso da saúde, apesar de ter havido aumento ponderável do gasto público, por conta das transferências automáticas para as esferas do governo, não estavam ainda definidas fontes estáveis de financiamento. A descentralização dos recursos evoluiu em ritmo bem mais lento que a de responsabilidades.

Sobre o sistema de saúde instituído, Kerstenetzky (2012, p. 243) ressalta:

Os gastos continuam sendo majoritariamente incorridos pelas famílias (mais de 55%), segundo o modelo herdado pelo regime militar, a despeito da criação do SUS em 1988. É bem verdade que o dispêndio público vem aumentando absoluta e relativamente, mas de modo muito lento. O SUS é ainda muito dependente da provisão privada, em alguns segmentos, a dependência é praticamente integral. Com provisão insuficiente, uma parte do gasto público líquido em saúde se desloca para o gasto tributário, típico welfare fiscal (deduções de impostos de renda sobre os gastos em saúde das famílias) e do welfare ocupacional (isenções, tributárias para empresas proverem diretamente ou via terceiros, assistência de saúde a seus empregados). [...]. O modelo atual estimula o uso seletivo do sistema público por quem pode optar e o uso compulsório por parte dos que não dispõem de alternativas.

Compreender a evolução do Estado de Bem-Estar, relacionada à concepção de direitos sociais como elemento da ideia de cidadania, permite identificar as bases que conformaram os modelos universalistas de intervenção do Estado. No Brasil, o direito social à saúde sofreu transformações e evoluiu para o modelo universal, mas desde o início da implementação até os dias de hoje, devido a grandiosidade e abrangência, não é tarefa fácil a sua realização.

1.3 A FORMAÇÃO DE UM SISTEMA DE SAÚDE UNIVERSAL

O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da

época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, de concepções científicas, religiosas, filosóficas (SCLYAR, 2007).

A complexidade inerente à saúde levou a Organização Mundial de Saúde (OMS) a sustentar, em 1946, no preâmbulo de sua Constituição: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

O conceito de saúde adotado não teve fácil aceitação. Dallari (In: PINHEIRO, org.; ASENSI, (2012) expõe a crítica de que a insistência na essencialidade do equilíbrio interno do homem e dele com o ambiente (bem estar físico, mental e social), para conceituação da saúde, apenas recupera a experiência predominante na história da humanidade de que são reflexos os trabalhos de filósofos como Hipócrates, Paracelso e Engels e que corresponderia à definição de felicidade, e que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar, além de não ser operacional. Segundo a autora, vários pesquisadores procuram enunciar de modo diferente o conceito de saúde, mas não conseguem escapar do estado de harmonia necessária e conclui que qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore a necessidade do equilíbrio interno do homem e desse com o ambiente o deformará irremediavelmente.

Dallari (In: PINHEIRO, org.; SENSÍ, 2012) explica que em decorrência desse conceito a saúde dependerá de aspectos sociais e individuais. Como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção e que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado, pois só no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar o completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. No aspecto social, ressalta que a garantia de ofertas de cuidados de saúde no mesmo nível a todos os que deles precisam também responde à exigência da igualdade e como direito coletivo depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado, pois só um Estado desenvolvido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo. Afirmando ainda que tornar efetiva a garantia do direito à saúde implica em compreender em toda a extensão o conceito de saúde, o que, contemporaneamente, só pode ser alcançado com a efetiva participação do povo na delimitação desse conceito e que a complexidade dos interesses envolvidos exige a participação popular para que o direito assim definido possa se aproximar da ideia de justiça predominante em cada sociedade.

Crítico do conceito adotado pela OMS, Almeida Filho (2011) afirma que a definição alimentou um misticismo sanitário que não responde ao que é saúde e que tal questão ainda permanece como um desafio provocado por uma demanda social e política reconhecendo a necessidade de abordagens que concebiam os fenômenos de saúde-doença como processos sociais que são históricos, complexos, fragmentados, orgânicos, corporais, dependentes e incertos e que processos concretos relativos a vida, sofrimento, dor, doença, cura e morte ocorrem em agregados humanos históricos.

É incontestável que o conceito de saúde se transmuta de acordo com o momento histórico e com o avanço científico da humanidade. O modelo de saúde da sociedade ocidental está impregnado da dicotomia saúde-doença. Mendes (2013) faz uma comparação com a ótica oriental, onde o contato com a natureza, a simbologia com os animais e as oscilações orgânicas e psíquicas são mais elaboradas e completas, e ressalta:

O modelo de saúde atual mostra a face de sua falência, não obstante a imensa parafernália tecnológicas de diagnósticos. A ânsia por bens materiais a qualquer preço, a altíssima competitividade, o culto desmedido à estética, o vazio existencial, cultural e moral, a perda da noção de comunidade, o culto à ciência, com ênfase para os medicamentos e descobertas genéticas são atualmente, causas para o processo de adoecer. O individualismo egoísta cria uma multidão de pessoas sem resquícios de uma vida digna, com uma demanda de escuta imensa, lotando os consultórios psicológicos e psiquiátricos (MENDES, 2013, p. 48).

Almeida Filho (2011) afirma que para consolidar um sistema de saúde mais justo e equânime é fundamental uma postura crítica capaz de explicar implicações e determinações políticas e econômicas da produção do conhecimento científico e das transformações históricas dos processos relativos à vida, saúde, sofrimento e morte nas sociedades humanas.

A compreensão de que se trata de um conceito abrangente e por ter conteúdo genérico o torna de impossível alcance já que não delimita objetivamente o que compõe o direito à saúde e subjetivamente converte a saúde em uma utopia, uma “felicidade completa” que o Estado teria o dever de garantir a todas as pessoas, é citada por Mapelli Junior (2017) como críticas de autores modernos, mas aponta três ideias importantes desenvolvidas a partir do conceito adotado pela OMS: a) o reconhecimento de que tratar de saúde é tratar do estado biopsicossocial de bem-

estar exige a atenção não só de médicos, mas de psicólogos, assistentes sociais e de profissionais de outras áreas de conhecimento como os operadores do direito, b) o afastamento da ideia de que ter saúde é não ter doença, pois o bem-estar depende de fatores sociais e econômicos e c) a condição de direito social que depende da mais ampla cooperação de indivíduos e Estado avaliza a fiscalização de órgãos públicos para sua realização.

Não se podendo ignorar o contexto em que o direito encontra as ciências médicas na formulação desse conceito que surge logo após a Primeira Guerra Mundial, onde um movimento internacional de defensores de uma saúde pública de amplos contornos ganha força, sobretudo após a eliminação de judeus e outras minorias durante o Holocausto nazista, culminando com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), agência especializada em saúde subordinada à ONU, explica Mapelli Junior (2017).

Santos (2010) esclarece que a definição da OMS, embora criticada, teve o mérito de ser um conceito-guia, uma matriz para estimular as nações a esgotar os meios para a promoção e a garantia dos serviços de saúde que no Brasil está incumbido ao SUS.

A saúde, por ser um conceito difuso, é uma questão complexa, não decorre apenas de fatores biológicos e genéticos, mas de fatores socioambientais, econômicos e culturais que geram implicações para a garantia do direito.

Nesse contexto, vale destacar a vinculação da saúde ao conjunto de direitos fundamentais em geral e à realização dos direitos ditos sociais em particular como forma de assegurar a consecução do pleno bem-estar, assim a necessidade de densificar o conceito e o direito em questão para melhor viabilizá-los e situá-los como parâmetros concretos para as políticas públicas na área.

Sob a ótica da coletividade, no Brasil, a introdução da saúde no rol dos direitos sociais foi, sobretudo, resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política. Embora o direito à saúde tenha sido difundido internacionalmente, desde a criação da OMS, em 1948, somente quarenta anos de pois o Brasil reconheceu a saúde como direito social.

A medicina como técnica geral de saúde, em lugar de simples serviço das doenças e arte das curas, assumiu espaço cada vez mais importante nas estruturas administrativas. As técnicas e os recursos evoluíram, as necessidades tornaram-se

maiores e mais caras, e o Estado, provedor de fato, mesmo que não ainda de direito, já não podia entregar determinadas funções à mera caridade social.

Villas-Boas (2014, p. 67) ensina que o reconhecimento do caráter geral do direito à saúde e o respaldo para as políticas sanitárias no Brasil sofreram notável incremento com a Constituição de 1988 e o surgimento do Sistema Único de Saúde e faz uma retrospectiva do desenvolvimento da prestação sanitária no Brasil. Destaca que na primeira metade do século XX, as políticas de saúde no país eram incipientes, a saúde pública se institucionalizava pela justaposição de órgãos responsáveis por campanhas específicas e institutos de previdência classista iam criando serviços próprios de assistência médico-hospitalar e/ou contratando serviços de terceiros, da iniciativa privada. Já as políticas sanitárias da década de 1950, se firmavam pelo modelo liberal para os segmentos da população que podiam pagar pelos serviços particulares e assumia progressivamente, um padrão empresarial, vendendo serviços no mercado ao Estado, mediante contratos com os IAP's, "a expansão da assistência médico-hospitalar terceirizada vai superando as ações e os serviços de saúde pública e criando as bases para a capitalização da medicina e do setor de saúde em geral".

Fazendo referência ao período do golpe militar de 1964, mais precisamente entre 1968 e 1973, Villas-Boas (2014) ressalta que a urbanização acelerada, sem garantir, simultaneamente, os investimentos necessários à infraestrutura urbana, como saneamento, habitação, transporte e saúde, conduziu a condições sanitárias que refletiram no aumento da mortalidade infantil, da taxa de tuberculose, malária, acidentes de trabalho, entre outros marcadores negativos.

O perfil epidemiológico brasileiro refletia a concomitância da morbidade moderna com a morbidade da pobreza, diversamente dos países desenvolvidos, em que as mudanças demográficas e sociais, aliadas ao desenvolvimento técnico-científico da medicina, permitiram a substituição progressiva da morbidade de pobreza pela morbidade moderna. O país continuou a conviver, então, com a manutenção das endemias rurais e a sua urbanização (VILLAS BOAS, 2014).

Em contraposição, a concepção não universal de saúde recebeu destaque, a partir da década de 1970, o movimento da Reforma Sanitária, cuja bandeira se concentrou na defesa da saúde como um direito de todos. Paim (2009) descreve a Reforma Sanitária como um movimento social organizado por segmentos populares,

pesquisadores e profissionais de saúde que defendiam a democratização da saúde e a reestruturação do sistema de serviços.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, considerada um marco histórico, consagra os princípios preconizados pelo Movimento da Reforma Sanitária, um conceito amplo de saúde que extrapola a visão meramente biologicista, a saúde como um direito de cidadania e obrigação do Estado e a instituição de um sistema único pautado pelos princípios da universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação da comunidade (MENDES, 2013).

O mais importante resultado do Movimento da Reforma Sanitária, demonstra Mendes (2013), foi ter formado as bases para a seção *Da Saúde* da Constituição de 1988, definindo uma nova formulação política organizacional para reordenamento dos serviços e ações de saúde.

A proposta de um sistema de saúde está vinculada a ideia central de que todas as pessoas têm direito à saúde, direito ligado à condição de cidadania que não depende do mérito, da condição de pobreza e muito menos da caridade, com base na concepção de seguridade social.

O reconhecimento do caráter geral do direito à saúde e o respaldo para as políticas sanitárias no Brasil sofreram notável incremento com a Constituição de 1988 e o surgimento do chamado Sistema Único de Saúde.

No art. 196 da CF, destaca-se a saúde como dever do Estado a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao tratar de acesso universal e igualitário, buscou o constituinte atender a um grave reclamo social existente no antigo regime, vez que o sistema anteriormente estabelecia um modelo restritivo de acesso. Significa a possibilidade de todos os brasileiros poderem alcançar uma ação ou serviço de saúde de que necessitam sem qualquer barreira de acessibilidade, seja legal, econômica, física ou cultural.

O princípio da universalidade diz respeito ao reconhecimento da saúde enquanto um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições do seu pleno exercício (ASENSI, 2012, p. 11).

Essa diretriz rompe com a divisão que existia anteriormente entre os segurados do sistema de previdência social e o resto da população. Como direito de todos, a saúde não requer nenhum requisito para sua fruição.

Considerando o desenvolvimento histórico da organização sanitária que antecedeu o Sistema Único de Saúde (SUS), pode-se afirmar, de um modo esquemático, que o Brasil exibiu uma proteção social incipiente, uma espécie de assistencialismo exclusivo ou modelo residual, até a década de 1920. A partir dos anos 1930, adotou o seguro social para os trabalhadores urbanos e, depois da Constituição de 1988, vem tentando implantar a seguridade social, a partir da qual foi concebido o SUS (PAIN, 2009, p. 41).

Do exposto se verifica a dificuldade de dimensionar o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, em face de vários incidentes nas relações de saúde, em que se destaca a dificuldade de estabelecer os limites exigíveis à prestação em saúde.

Kerstenetzky (2012, p. 245) destaca importante crítica:

Os serviços públicos sociais seguiram se especializando na clientela pobre e por esse motivo é tão difícil revertê-lo para a universalização almejada pelo constituinte de 1987, pois esta reversão implicaria na injeção de mais recursos em um sistema que é visto como essencialmente voltado para os pobres.

No mesmo sentido Kliksberg e Sem (2010) apresentam aspectos da saúde pública na América Latina, e destacam que os desequilíbrios observados estão relacionados a “circuitos perversos” que se retroalimentam com as agudas desigualdades socioeconômicas exercendo influência no sentido de fazer com que os setores menos favorecidos encontrem menos alternativas em termos de saúde.

Sobre a cobertura proporcionada pelo Estado do Bem-Estar na América Latina, Kerstenetzky (2012) afirma que a elevada desigualdade na distribuição de renda e o efeito compensatório exercido pela redistribuição fiscal sobre a desigualdade econômica é pequeno em comparação com países desenvolvidos, que a educação pública é eivada de problemas de baixa qualidade e acaba sendo a única opção apenas para os pobres e os segmentos públicos de saúde têm um viés de gasto para medicina curativa em detrimento dos setores de cuidado básico.

O Brasil é a nona potência mundial em termos de Produto Interno Bruto anual. Poderia parecer que uma pessoa nascida nesse país teria alta probabilidade de bons indicadores básicos de desenvolvimento humano. No entanto, o país é o 95º em

analfabetismo, o 73º em expectativa de vida e o 98º em mortalidade infantil (KERSTENETZKY, 2012, p. 245).

Nota-se que, sem a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e a melhoria do modo de vida, o setor saúde torna-se o estuário das mazelas das más políticas sociais e econômicas, assim para analisar as perspectivas do direito à saúde como proteção inafastável do ser humano e de sua dignidade frente ao contexto de desigualdades, é necessário fazer uma reflexão sobre os contornos do conceito jurídico dos direitos sociais, do seu reconhecimento como direito fundamental e dos meios de concretização, o que será tratado no próximo capítulo.

2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE OS CONCRETIZAM

2.1 OS FUNDAMENTOS DOS DIREITOS SOCIAIS

Historicamente, a concepção dos direitos sociais está atrelada aos primórdios do capitalismo industrial e aos movimentos de afirmação de direitos da classe operária, que lutava contra a desigualdade social e as deficiências do Estado Liberal (MAPELLI JUNIOR, 2017).

Com a insuficiência das premissas subjacentes ao Estado Liberal aos anseios dos cidadãos, o amadurecimento do exercício do poder democrático e a abertura da participação social nas deliberações políticas a atuação estatal é forçada a adotar ações que visam a diminuição das desigualdades sociais. Neste passo, o Estado assume a responsabilidade de atuação positiva na busca da satisfação e efetivação dos direitos sociais.

No Estado Social, passam a ser constitucionalizados direitos vinculados ao princípio da igualdade material, movidos pela consciência de que a liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista.

As constituições modernas serviram de embasamento ao delineamento das novas funções do Estado intervencionista. Sua normatividade não mais se restringia à esfera dos direitos de liberdade do indivíduo, como ocorria nos moldes do Estado liberal clássico, mas, ao lado dos direitos de primeira geração, passaram a prescrever direitos sociais, outorgando-lhes o mesmo status de fundamentalidade (CARVALHO, 2016).

Bastos (2007) analisa o constitucionalismo social como instrumento de contenção do poder econômico e descreve como a crescente situação de desigualdade social que o modelo liberal fomentou exigiu uma mudança na participação do Estado e do Direito explicando que essa mudança se inicia quando o Estado deixa de ser um mero garantidor de liberdades e da propriedade, e passa a assumir um papel ativo, de impulso à redução das desigualdades, pretendendo atuar, inclusive, sobre o regime da propriedade que, pouco a pouco, passa a ter seu uso legitimado pelo bem-estar causado à comunidade e não apenas ao seu titular.

Esclarece ainda (BASTOS, 2007, p.39):

A ideia de um ordenamento jurídico coerente e harmônico legitimador das decisões políticas, em cujo topo estava a Constituição – sua norma jurídica mor, hierarquicamente superior às demais, as quais, portanto, em face de tal texto mor, tinham que guardar a mais absoluta compatibilidade – pressupunha uma peculiar noção de soberania, bem como todo um conjunto de instituições que pudessem assegurar o funcionamento do novo sistema.

Mapelli Junior (2017) ensina que no século XX, inaugurando o modelo de bem-estar social, a Constituição mexicana de 1917 promoveu a constitucionalização dos direitos de proteção do trabalho, com minudente tratamento do tema e que a Constituição de Weimar de 1919, embora não tenha discriminado os direitos trabalhistas como sua antecessora mexicana, consubstanciou significativos avanços no campo dos direitos fundamentais, pois, além de instituir a República da Alemanha, estabeleceu um rol muito mais amplo de direitos sociais, com especial destaque à educação, prescrevendo o direito ao ensino básico nas escolas públicas, bem como determinando que escolas privadas só poderiam funcionar mediante autorização do poder público.

Além do ensino, a lei fundamental alemã contemplou o direito à saúde e à previdência (art. 161) e previu a função social da propriedade (art. 153), servindo de inspiração para diversas Constituições posteriores (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 8).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o ocaso provocado pelo Holocausto e pelos instrumentos de destruição em massa deu lugar ao ressurgimento de uma perspectiva ética nas relações humanas, baseada na proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, foi adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, com um amplo reconhecimento dos direitos sociais, como direitos intrínsecos à natureza humana, portanto de observância obrigatória por todos os Estados. O Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, que constitui uma espécie de desdobramento dos princípios antes adotados pela Organização das Nações Unidas, acrescenta que os direitos sociais devem se realizar mediante a proteção das relações de trabalho, da família, da infância e da juventude, da saúde, da educação e da cultura (art.11).

No Brasil, Nunes Junior (2009) destaca que depois dos avanços e retrocessos na afirmação dos direitos fundamentais na Lei Maior, a Constituição da República de 1988, que instituiu os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso I), da justiça social (art. 5º, XXII, e 170) e da proibição do retrocesso em matéria de direitos

sociais, como informadores do Estado Democrático Social de Direito, prescreveu como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º).

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Canotilho (1941) explica que, segundo sua origem e significado, pode-se distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais como os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, ou seja, os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

A doutrina alemã emprega o adjetivo “fundamental” – *Grundrecht* – para referir-se aos direitos que, apesar de serem aqueles que o homem deve gozar por ser pessoa, só aparecem como fundamentais depois que o direito legislado os tenha reconhecido em sua positividade. Barreto (2013) explica que existem e devem existir direitos humanos antes e fora do direito positivo, mas não haveria direitos fundamentais senão a partir de sua incorporação pelo direito positivo.

Na prática o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos resultam de um progressivo amadurecimento histórico. Ao tratar do tema, Leal (2009) reconhece que, ao lado da dimensão ética e moral dos direitos humanos e fundamentais, impõe-se, principalmente a partir da era Moderna, a necessidade de esses incorporarem aos sistemas e ordenamentos jurídicos constituídos, sob pena de não poderem, à luz da lógica jurídica dominante, ser objeto de proteção e implementação estatal, mas ressalta que este processo apresenta uma performance perversa, pois ao positivizar determinados direitos, catalogando-os como fundamentais, o que não estiver normatizado juridicamente não é matéria passível de ser protegida ou implementada pelo Estado.

A concretização dos direitos fundamentais, porém ainda é um desafio. Leal (2009) afirma que apesar das condições formais de proteção e fomento aos direitos fundamentais adotados pela Constituição de 1988, o que se tem percebido ao longo da história é que elas não são suficientes para dar concreção e efetividade razoável ao que está garantido juridicamente.

Pisarello (2007, p. 11) faz esse alerta:

Em la medida em que los bienes que protegen tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de libertad o de la autonomía, la reivindicación de Derechos Sociales interesa potencialmente a todas las personas.

[...]

Lo cierto, sin embargo, es que el reconocimiento positivo de los Derechos Sociales está lejos de haberlos convertido en expectativas plenamente exigibles o en instrumentos aptos para satisfacer las necesidades básicas de sus destinatarios.³

Sobre os direitos sociais, apresentam-se como expectativas ligadas à satisfação de necessidades básicas das pessoas em âmbitos diversos, quais sejam a educação, saúde, trabalho e alimentação e o reconhecimento dessas expectativas em constituições e tratados internacionais estabelece obrigações ligadas a satisfação dos mesmos.

Apesar de integrarem o texto constitucional da maioria dos Estados, são poucos os que protegem ampla e universalmente os direitos sociais, havendo uma dificuldade de lidar com a ideia e o regime jurídico de direitos sociais. Barreto (2013) apresenta argumentos difundidos que representaram obstáculos à sua efetividade, aos quais atribui o adjetivo de “falácias”. As falácias teóricas que excluem os direitos sociais da pauta dos direitos fundamentais compreendem a ideia de que são normas de caráter programático, sem força de direito subjetivo; que a concepção funcional estabelece uma relação de subsidiariedade entre direitos civis, políticos e sociais e que a concepção do formalismo positivista torna hegemônico na aplicação da lei o princípio da liberdade formal.

As falácias políticas assumem forma de três argumentos principais, os direitos sociais são direitos de segunda ordem, dependem de economia forte e que seus custos superam os recursos orçamentários.

Barreto (2013) busca superar os argumentos, apresentando fundamentos para uma interpretação ética dos direitos humanos de onde derivam os direitos fundamentais sociais que se constituem através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais como a implementação de políticas sociais que facultem

³ Na medida em que os bens que eles protegem têm a ver com a sobrevivência e com o gozo das condições materiais que possibilitam o exercício real da liberdade ou autonomia, a reificação dos direitos sociais potencialmente interessa a todas as pessoas. [...]

Eu enfatizo isso, por outro lado, é que o reconhecimento positivo dos direitos sociais está longe de os converter em expectativas ou instrumentos plenamente exigidos capazes de satisfazer as necessidades básicas de seus beneficiários. (Tradução livre)

o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. Reconhecendo os direitos sociais como forma de manifestação da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana e o social como envolvendo todo o conjunto das relações humanas.

Silva (2008) explica que os direitos individuais, os chamados direitos de primeira geração, conhecidos na França como “liberdades públicas” e na Alemanha como “direitos de defesa”, são normalmente definidos como direitos que têm como objetivo garantir uma esfera de autonomia dos indivíduos, no interior do qual o Estado não deve intervir. Já os direitos sociais têm estrutura diversa, sua realização não requer abstenção estatal. Ao contrário do que ocorre com a realização e a proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, ao depender de enormes gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal. Há a pressuposição de que direitos negativos não exigem a alocação de recursos governamentais.

Cabe realçar que, tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais, econômicos e culturais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção social. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se asseguram direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda, qual o custo do aparato eleitoral que viabiliza os direitos políticos, ou do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas que contemplem também um custo (PIOVESAN, 2016).

Tal perspectiva foi destacada, com pioneirismo, na obra “*The cost of rights*”, publicada em 2000, de Sustain e Holmes (1999). Os autores afirmam que mesmo alguns direitos básicos – como a liberdade de expressão e a liberdade de culto – não se satisfazem com a mera inação estatal.

Sobre o tema prelecionam Sustain e Holmes (1999):

A la verdade evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar um corolário lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. Esto es tan cierto para los derechos antiguos como para los nuevos, 8 para los de los estadounidenses antes del New Deal de Franklin Delano

Roosevelt como después. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público.⁴

Sarlet (2015) preleciona que no ordenamento constitucional brasileiro não há como falar de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar e não excludente, mas por outro lado, ressalta a questão de um dualismo relativo entre ambos os grupos de direitos, discussão que encontra sua vertente já na esfera do direito internacional, onde desde o reconhecimento dos primeiros direitos sociais prestacionais no pacto internacional da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1996, já ficou consagrado o ponto de vista de que existem certas diferenças vinculadas ao problema da efetivação, de modo especial à constatação de que direitos sociais, ao contrário dos direitos de defesa, dependem de efetivação progressiva.

Ao tratar da garantia dos direitos sociais, Pisarello (2007) desenvolve crítica a teses que, em certa medida, constituíram obstáculos à concretização desses direitos como a tese histórica que divide os direitos em gerações e que posiciona os direitos sociais cronologicamente posterior aos direitos civis e políticos; a tese que estabelece uma diferença estrutural entre um tipo de direito e outro, os direitos sociais seriam direitos a prestação, custosos e de incidência coletiva e que os direitos sociais seriam princípios programáticos cuja operatividade dependeria da livre configuração do legislador.

Pisarello (2007, p. 16) reconhece a vulnerabilidade dos direitos sociais ante as desigualdades materiais de poder existentes nas sociedades atuais:

Así, si las actuales sociedades mediáticas las decisiones humanas dependen en buena medida de la percepción que se tenga de la realidad, um requisito primordial para remover los obstáculos que impiuden hacer efectivos los

⁴ Para a verdade evidente de que os direitos dependem dos governos, é necessário adicionar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. É impossível protegê-los ou exigê-los sem fundos públicos e apoio. Isso é tão verdadeiro para os antigos como para os novos direitos, para os americanos antes do New Deal de Franklin Delano Roosevelt como depois. Tanto o direito ao bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratação envolve custos, não menos que cuidados médicos, o direito à liberdade de expressão ou uma habitação decente. Todos os direitos recebem algo do tesouro público. (Tradução livre).

derechos Sociales consiste em contrarrestar la lectura político jurídica sesgada que se hace de los mismos y em ofrecer una lectura alternativa.⁵

Com o objetivo de reconstruir premissas equivocadas acerca do estatuto jurídico e político dos direitos sociais apresenta propostas sob duas perspectivas: a garantística e com base na democracia participativa. Pisarello (2017, p. 17) assim preleciona:

Así ocurre, sobre todo, em el constitucionalismo actual, cuya lógica interna propugna, como condición para la ampliación de la libertad, la limitación y vinculación de todo poder, sea éste público o privado. La sola existencia de esta lógica garantística, desde luego, no asegura la automática satisfacción de los derechos. Pero posibilita la articulación de un discurso crítico, jurídico, además de político, capaz de deslegitimar las múltiples formas de poder arbitrario que, em diferentes escalas, bloquean la posibilidad de asegurar a las generaciones presentes y futuras la satisfacción de su necesidades básicas y, con ello, el goce de su libertad.

Em segundo lugar, desde una perspectiva democrático participativa. De acuerdo com esta aproximación, la democracia aparecería como um processo siempre abierto y no como um régimen acabado al que pueda accederse – aunque sea de manera imperfecta. De lo que se trataría, por consiguiente, es de inscribir la garantía de los derechos em um processo de constante democratización tanto del marco institucional como de la esfera no institucional.⁶

O autor defende uma concepção indivisível e independente dos direitos fundamentais, que contempla suas múltiplas facetas, em suma, todos os direitos fundamentais são direitos complexos, em parte positivos, em parte negativos, em parte custosos, em parte não custosos, em parte universais e parte específicos, com

⁵ Assim, se as atuais sociedades midiáticas dependem fortemente da percepção da realidade, um pré-requisito para a remoção dos obstáculos que impõem direitos sociais efetivos é contrabalançar a leitura política tendenciosa e em oferecer uma leitura alternativa. (Tradução livre).

⁶ Assim ocorre, especialmente no atual constitucionalismo, cuja lógica interna defende, como condição para a extensão da liberdade, a limitação e vinculação de todo poder, seja ele público ou privado. Naturalmente, a mera existência dessa lógica de garantia não garante a satisfação automática dos direitos. Mas a articulação de um discurso, crítica, jurídico, bem como políticos, capaz de deslegitimar as múltiplas formas de poder arbitrario que em diferentes escalas, bloqueiam a possibilidade de assegurar às gerações presentes e futuras satisfazer suas necessidades básicas e com isso, o gozo de sua liberdade.

Em segundo lugar, a partir de uma perspectiva democrática participativa. De concordou com esta abordagem, a democracia aparece como processo sempre aberta e não como regime acabado, que pode ser acessado - ainda que imperfeitamente. O que seria, portanto, reconhecer a garantia de direitos em um processo de constante democratização da esfera institucional e não institucional. (Tradução Livre).

a finalidade de fornecer elementos que possibilitem a reconstrução das garantias e mecanismos predispostos a sua proteção.

Outra teoria que contribuiu para uma compreensão equivocada da aplicação dos direitos sociais está a teoria desenvolvida por Atria (2005, p. 15-59) que ao discorrer sobre o conceito jurídico dos direitos sociais defende a ideia de que a noção de direitos sociais é uma contradição nos próprios termos, tomando por referência o direito subjetivo no sentido jurídico, sustenta que os direitos sociais devem ser entendidos unicamente no seu sentido político, como afirma:

Essa ênfase na distinção do jurídico e do político pode parecer um purismo fora de moda, mas a questão é importante, como demonstra precisamente o caso dos direitos sociais. Os direitos sociais não podem ser exigíveis como direitos subjetivos. Para fazer dos direitos sociais juridicamente exigíveis é necessário dessocializá-los.

Atria (2005) parte da perspectiva histórica do direito subjetivo, surgida na modernidade sob a forma de direitos civis e políticos de índole liberal, onde o direito se caracteriza por ser unilateral, formalista e de conteúdo determinado, que visa o indivíduo isolado da comunidade e enfatiza a importância das condições formais para o exercício da liberdade. Faz o contraponto com a visão de direitos sociais de acordo com a análise oferecida por T. Marshall na qual os direitos sociais constituem uma maneira mais ampla, mais completa de conceber a cidadania, que significa pertencer a uma comunidade política na qual os direitos sociais são uma consequência da nova forma de conceber a associação comunitária. O autor critica a visão que compreende os direitos sociais como direitos subjetivos porque torna o conteúdo do direito indeterminado, o que pode fazer todo o sistema de direitos fundamentais perder a legitimidade. Na sua opinião, os direitos sociais devem ser compreendidos apenas no sentido político.

Pulido (2008) contrapõe Atria (2005) ao esclarecer que a visão desenvolvida pelo autor não é a única para se entender a razão de ser dos direitos sociais. Nos países em que as constituições derivam da concepção do Estado social de direito, o modelo de Estado é reformulado para garantir a todo indivíduo os meios necessários para o exercício das liberdades e para sua busca existencial e destaca que no Estado social de direito, os direitos sociais podem ser fundamentados de duas formas: de forma independente ou como meios para garantir o exercício real das liberdades.

Com base na compreensão de que a concepção burguesa pressupõe erroneamente que a sociedade está conformada inteiramente por indivíduos capazes, autônomos e autossuficientes que intervêm em condições de igualdade na tomada de decisões políticas e que o sistema de direitos fundamentais não pode sustentar-se. Sobre esta presunção o autor apresenta a teoria de fundamentação independente oferecida por Tugendhat, para quem a resposta à pergunta acerca de quais direitos deve ter uma pessoa se enraíza no conceito de necessidade. Nesse contexto, a fundamentação independente é aquela que considera os direitos sociais como fins em si mesmo, e não meramente pressupostos ou meios indispensáveis para o exercício das liberdades ou dos direitos político característica da fundamentação instrumental dos direitos sociais.

Os pressupostos apresentados por Tugendath (1996) estão em consonância com o pensamento desenvolvido por T. Marshall na conformação do conceito de direitos sociais que incorpora o elemento social ao status de cidadania e estimula o desenvolvimento de um interesse crescente pela igualdade como um princípio de justiça social. O autor busca demonstrar que a idealização da sociedade pressuposta pelo liberalismo não alcança setores da comunidade que não podem se valer por si mesmos, reconhecendo que a sociedade não é inteiramente conformada por indivíduos capazes e autônomos que intervêm em igualdade de condições na tomada de decisões políticas. O imperativo de satisfazer a necessidade básica de toda população dá origem às regras de cooperação social que traçam as condições nas quais se desenvolvem os vínculos entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Estas regras de cooperação que desenvolvem o princípio da solidariedade, conformam os direitos fundamentais sociais e prescrevem deveres de atuar que têm um duplo efeito de irradiação: que concilia o imperativo de satisfazer as necessidades básicas do indivíduo com sua consideração como sujeito autônomo e capaz.

A partir das disposições constitucionais sobre os direitos sociais podem derivar-se verdadeiros deveres legislativos e administrativos que se concretizem em posições subjetivas exigíveis judicialmente ou pelo contrário, os direitos sociais têm unicamente um sentido político, não vinculante para o legislador e para a administração, o que dependerá da concepção de direitos fundamentais adotado.

Duas concepções quanto a disposições constitucionais de direitos sociais apresentada por Pulido (2008) se destacam: como disposições programáticas e como direitos *prima facie*.

Quando os direitos fundamentais são compreendidos como normas programáticas, não obrigam a um determinado grau de desenvolvimento as disposições de direitos sociais que prescrevem fins como, educação, saúde, vida digna, trabalho para todos acabam por ser apenas argumento para justificar a restrição legislativa das liberdades. O meio prescrito para que se concretize um mínimo de proteção que a Constituição exige em uma democracia, resultado da deliberação e da ação concertada entre os interessados e os representantes da sociedade, é o político. Pressupor o contrário é conferir ao tribunal constitucional o poder de controlar as políticas econômicas e sociais, usurpando competência legislativa já que não possui legitimidade para tomar decisões políticas e não possui conhecimento acerca dos interesses sociais implicados e da idoneidade técnica das estratégias econômicas (PULIDO, 2008, p. 152).

De outra banda, Pulido (2008) apresenta teoria exposta por Alexy e Borowski, e descreve que os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições *prima facie* quando admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionadas.

Desta perspectiva, o princípio da proporcionalidade atua como critério definidor da vinculação que emana dos enunciados dos direitos fundamentais e as disposições constitucionais sobre direitos sociais concretizam-se em posições que impõem ao legislador um determinado dever de legislar, os deveres de atuação que pesam sobre o administrador e sobre o poder judiciário onde o indivíduo tem *prima facie* um direito, não a um mínimo, senão a todos os meios materiais necessários para o exercício de suas liberdades, dos direitos políticos e para o atendimento de suas necessidades básicas.

Silva (2008) alerta que a previsão de direitos sociais na Constituição Brasileira não pode ser vista apenas como “lírica constitucional”, ou seja, deve haver consequência jurídica concreta para essa previsão, mas defende que os direitos sociais não podem ser tratados como se tivessem a mesma estrutura dos direitos civis e políticos e defende que é possível diferenciá-los com base nos gastos que sua realização pressupõe. Os direitos sociais ainda não se encontram em sua esfera ideal de implementação, exigindo um maior custo para o Estado torná-los efetivos, mas a questão destacada pelo autor está relacionada à atividade judicial que passa a controlar os limites do “fazer” interferindo em questões orçamentárias e de definição de políticas públicas. Se os direitos sociais exigem uma atuação estatal e têm custos,

no cenário de recursos escassos, alguém tem que tomar a decisão sobre alocação desses recursos. E o debate desenvolvido por Silva (2008) se dá no sentido de questionar: os juízes têm legitimidade para decidir políticas públicas? os juízes têm capacidade para decidir?

Embora um dos principais argumentos que sustentam um dos lados da discussão esteja relacionado à teoria da separação dos poderes que, se for encarada de forma estanque e rígida, impossibilitaria o judiciário de intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo de corrigi-las. Não é nesse sentido que o autor desenvolve sua tese, inclusive critica essa compreensão, afirmando tratar-se de uma simples visão enviesada da ideia de Montesquieu.

Silva (2008) reconhece que utilizar o princípio da separação dos poderes e a ausência de legitimidade democrática para afastar o Judiciário do debate são argumentos que costumam ser usados de forma maniqueísta e com base no controle de constitucionalidade, ponto inquestionável do sistema constitucional, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais, porém questiona a racionalidade que permeia as decisões judiciais e as suas consequências, pois considera que a implementação dos direitos sociais depende da implementação de políticas públicas e ao tratarem os direitos sociais como se fossem direitos individuais, ignoram seu caráter coletivo.

Nesse cenário, o Poder Judiciário projeta-se como importante alternativa institucional de proteção desses novos valores do constitucionalismo democrático, Verbicaro (2017) destaca que os modelos contemporâneos de supremacia constitucional em decorrência de circunstâncias históricas e políticas distintas apresentam importante repercussão na forma de atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais:

O desenvolvimento do constitucionalismo democrático e a crescente valorização dos direitos humanos, especialmente como reação democrática em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas majoritárias de regimes totalitários, vê-se a expansão do controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos da arena majoritária (VERBICARO, 2017, p. 100).

No Brasil, a Constituição de 1988 possibilitou o surgimento e a consolidação do fenômeno da judicialização da política, ao inserir o judiciário em um contexto de

protagonismo e de visível ampliação de suas responsabilidades institucionais, ensina Verbicaro (2017). Sobre o tema a autora esclarece:

O Poder Judiciário, por ausência de legitimidade e, em virtude da própria lógica democrática, não é o poder institucionalmente autorizado a ser o *locus* de elaboração e/ou afirmação de políticas públicas. Não é atribuição das cortes, portanto, perseguir ou implementar políticas públicas, exceto quando as políticas públicas tenham sido inseridas na legislação ou quando afetam de forma não razoável a realização de princípios, direitos e valores previstos na Constituição, contexto em que se estabelece um espaço (legítimo) para discussão de questões políticas pelo Poder Judiciário. O controle judicial (judiciabilidade) de questões políticas propicia, pois, a compatibilização das diretrizes políticas do Estado a um núcleo essencial de direitos fundamentais (VERBICARO, 2017, p. 334)).

Essa questão está no centro do debate jurídico e sobre isso Duarte (2013) afirma que os direitos sociais ocupam papel de destaque nas constituições e as decisões sobre a realização de objetivos coletivos não são assuntos que devam ser deixados apenas à esfera política. Ainda que as questões cheguem ao Judiciário por meio de ações individuais, o que deve ser apreciado é se existe uma política pública em curso, se ela é adequada e suficiente e em caso negativo, qual a razão disso e em caso de falhas ou desvios, ainda que o pedido seja individual, não se trata de fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos. Para a autora, o que de fato é muito tímido no Brasil são as demandas, questionando a adequação das políticas públicas existentes, segundo critérios objetivos, a sua coerência com os parâmetros existentes, de modo que o Judiciário possa assumir um novo papel.

A promoção do diálogo entre os Poderes Públicos com o objetivo de contribuir para a realização de direitos constitui uma tarefa importantíssima a ser desempenhada pelo Judiciário no quadro de um Estado social, de modo a permitir a verificação da presença e adequação dos elementos necessários à configuração de uma política pública.

Por meio da análise judicial das políticas públicas, o que se pretende é verificar, in concreto, a utilização de parâmetros racionais e objetivos para a ação do Estado na sua tarefa de implementar direitos (DUARTE, 2013, p. 36).

Nesse contexto, exige-se do juiz não apenas o conhecimento dos textos legais. Ele deve saber, também analisar relatórios técnicos, interpretar dados econômicos, sociológicos e políticos que embasam as decisões sobre políticas públicas. Dentre as críticas desenvolvidas por Souza Neto (2010) acerca das decisões judiciais que para concretizar direitos sociais determinam a entrega de bens e serviços, está a

necessidade de conhecimento técnico para verificar, no campo das políticas públicas, qual a providência adequada:

O juiz contemporâneo não pode mais se restringir ao conhecimento do texto legal [...]. O juiz contemporâneo deve, sobretudo, aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas (SOUZA NETO, 2010, p. 519).

A consolidação da democracia alargou a importância do judiciário. Campilongo (2002) esclarece que as dificuldades econômicas, aliadas à degradação dos costumes políticos-administrativos (corrupção, desvios de função, impunidade) e à degradação social concorrem para um aumento das responsabilidades do judiciário em face de uma conflituosidade, cada vez mais explosiva, e que um tratamento teórico do impacto dessas mudanças no campo da magistratura exige um maior esforço de reflexão.

Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e nos procedimentos judiciais, para que se possa tratar os direitos sociais de forma coletiva e de fato alcançar a efetividade do direito, pois sua realização e proteção envolvem elevados custos e a maioria das questões envolvendo essa efetividade estão relacionadas a desvios de políticas públicas já existentes e nesses termos, o judiciário deveria atuar como controlador da execução das políticas públicas já planejadas, não fazendo realocação irracional e individualista de recursos, realizando com maior eficiência os direitos sociais. Silva (2008) desenvolve a questão relacionada a efetividade do direito à saúde e da distribuição de medicamentos de forma individual sem considerar as políticas públicas existentes e afirma que a distribuição de remédios de forma desordenada, irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no país, tema a ser desenvolvido em detalhe em etapa posterior da pesquisa.

A promoção do diálogo entre os Poderes Públicos com o objetivo de contribuir para a realização de direitos constitui uma tarefa importantíssima a ser desempenhada pelo judiciário no quadro de um Estado social, de modo a permitir a verificação da presença e adequação dos elementos necessários à configuração de uma política pública. A discussão que envolve essa problemática insere-se num contexto multidisciplinar, advindo daí a dificuldade para o jurista de enquadrar o

conceito de políticas públicas em uma categoria normativa bem definida, mensurando-se assim os seus reflexos.

Dessa forma, a compreensão sobre os conceitos e diretrizes que conduzem as políticas públicas é fundamental para o alcance da proposta do presente trabalho e que será abordado a seguir.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

2.2.1 Conceito e formação das políticas públicas

Como abordado anteriormente, no final do século XIX e início do século XX, as premissas subjacentes ao Estado Liberal que primavam pela liberdade burguesa preconizada na proteção dos cidadãos contra a intervenção do Estado, desvelaram-se inoperantes, deixando-os à mercê da autorregulação do mercado.

As Constituições modernas servem de embasamento ao delineamento das novas funções do Estado intervencionista, passando a prescrever direitos sociais, outorgando-lhes o mesmo *status* de fundamentalidade.

As Políticas Públicas ganham importância, assim como as instituições e regras que regem sua elaboração, implementação e controle. Smanio (In: BERTOLINI, org, 2013, p. 3) esclarece os motivos desse redimensionamento e dentre eles está a percepção de que não bastava a Constituição Federal dispor de uma enorme gama de direitos sociais e tratar dos instrumentos de sua realização, a concretização desses direitos dependia de uma atuação eficaz dos Poderes e órgãos de Estado, afinal “a cidadania [...] com amplos direitos assegurados na Constituição, precisava também ser efetivada em nossa vida social, deixando de ser apenas uma previsão formal do sistema jurídico”.

As políticas públicas, entendidas como programas de ação governamental, dão concretude aos direitos abstratamente previstos na Constituição. Numa democracia, as políticas públicas são as principais responsáveis por garantir os direitos elementares a todos os cidadãos, dentre eles a saúde, mas sabe-se que a definição de políticas públicas no mundo contemporâneo sujeita-se a diversos fatores.

A despeito de a conceituação de políticas públicas ensejar controvérsias na doutrina, Carvalho (2016) as descreve como formas de agir estatal, modo de atuação

da gestão pública, direcionadas aos objetivos elencados na Constituição e nas leis. Portanto, os fins objetivados pelas políticas públicas coincidem, ou deveriam coincidir, com as escolhas plasmadas na Constituição.

Duarte (2013) destaca que compreender o conceito de políticas públicas exige antes, alcançar o processo político de tomada de decisões e os requisitos necessários para sua legitimidade, sendo “o processo de definição e implementação das políticas públicas uma sucessão de eventos e acontecimentos de natureza diversa que envolve as etapas de formulação, execução, avaliação, fiscalização e controle”.

Saravia (In: FERRAREZI org, 2006) conceitua políticas públicas como um fluxo de decisões que visam manter o equilíbrio social e ao mesmo tempo mudar a realidade, uma estratégia que aponta para diversos fins, de alguma forma, projetados pelos diversos grupos que participam do processo decisório, mas alerta que o processo de política pública não possui uma racionalidade manifesta, não é uma ordenação tranquila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado. O formato concreto das políticas públicas dependerá de cada sociedade específica e o estágio de maturidade de cada uma delas contribuirá para a estabilidade e eficácia das políticas, para o grau de participação dos grupos interessados e para limpidez dos procedimentos de decisão.

Os processos pelos quais passam as políticas públicas sofrem interferências de atores que resultam na estrutura do sistema político delimitado pelas forças envolvidas. Por exemplo, quando o critério econômico é o dominante, são privilegiadas as atividades que influem mais diretamente na produção e desenvolvimento, mas as decisões não são outorgadas só pela razão técnica.

A falta de coordenação entre as políticas econômicas e sociais é importante crítica apontada por Saravia (In: FERRAREZI org, 2006), pois tem como consequência baixos resultados sociais, que se agravam com o tempo. Estudos de políticas públicas demonstram que os agentes públicos não perseguem apenas finalidades que respondem às necessidades sociais, mas também ações ligadas a classe e grupos de interesse, que podem contribuir sobremaneira com o esgotamento das políticas públicas vigentes.

Uma das etapas do ciclo das políticas públicas é a da fiscalização, atividade a ser desenvolvida pelos mais diversos setores: a sociedade civil, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e o Judiciário.

As políticas públicas constituem programas de governo que são escolhidos, planejados, executados e avaliados pelo Poder Público, com o objetivo de concretização de interesse social relevante.

A conceituação das políticas públicas no contexto das instituições, ainda que o gestor detenha certa liberdade de escolha de prioridades, possui uma diretriz que precisa ser organizada pelo direito, de forma a se institucionalizar como política de Estado.

2.2.2 As diretrizes que norteiam as políticas de públicas de saúde no Brasil

É no texto constitucional que está definido o regime jurídico do SUS, os princípios e diretrizes que formatam seu desenho institucional.

O art. 196 estabelece 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A forma organizativa do sistema está expressa no art. 198 da Constituição:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.

Ao definir o SUS, a Constituição o faz de modo a requerer a integração de serviços de entes federativos autônomos em rede regionalizada, que conforma um sistema fundado na interdependência e na inter-relação de serviços, gerando assim uma solidariedade sistêmica, uma política fundada no consenso interfederativo. A questão é saber em que alicerces devem se assentar suas estruturas organizativas para conviver unicidade e diversidade amparadas nas diretrizes constitucionais e legais.

O SUS foi construído sob grande complexidade conceitual e operativa. A Lei Orgânica do SUS⁷, que o constitui e dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento do serviço correspondente, necessitou de explicitação de determinados conceitos relacionados à organização, planejamento, integralidade de assistência, e articulação interfederativa, sendo regulamentada pelo Decreto nº 7.508 em junho de 2011, vinte e um anos depois, fato que postergou a definição de conceitos importantes que permaneceram pendente de uma explicação adequada e unívoca, o que contribuiu para o desgaste na organização do sistema e pelas consequências descritas por Santos:

Muitas vezes a ausência de explicitações de dispositivos legais que ficaram ao sabor das compreensões (e incompreensões), as mais diversas e díspares possíveis, expressadas muitas vezes em portarias do Ministério da Saúde, só contribuiu para idas e vindas organizativas do sistema, mediante edições de normas operacionais que nem sempre guardavam coerência interna conceitual que pudesse garantir governança ao sistema local, regional, estadual e nacional num ambiente federativo, criando-se mais dúvidas que certezas, muita rarefação e pouco alicerce construtivo. Esse fato trouxe dificuldades à unicidade do agir político e administrativo do SUS (2010, p. 19).

Antes da Constituição de 1988, ensina Santos (2010), a saúde não estava entre os direitos fundamentais reconhecidos, a única garantia, nascida no âmbito dos direitos dos trabalhadores, era o benefício da assistência médica e hospitalar, integrante do conjunto de benefícios da previdência social. O sistema de saúde, denominado Sistema Nacional de Saúde, previsto na Lei nº 6.229 de 1975, era uma aglutinação de ações e serviços de saúde executados de forma isolada, desintegrada, sendo competência privativa da União que distribuía em setores distintos que não se comunicavam entre si.

No novo paradigma constitucional, que se contrapõe ao antigo sistema fragmentado, o conjunto de ações e serviços públicos de saúde federais, estaduais e municipais deve ser articulado para integrar uma rede regionalizada e hierarquizada que garanta a universalidade e a igualdade de acesso e tratamento, impedindo-se distorções e privilégios. A tônica principal é a da organização e estruturação dos

⁷ Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (Lei Orgânica do Sus), 1990.

programas governamentais em todos os níveis de governo, de forma articulada e pactuada que permitia a constituição de um sistema único.

2.2.2.1 Descentralização

A Constituição de 1988 adotou o modelo federal de Estado junto com inúmeros direitos, deveres e obrigações ao Estado e a sociedade. Seu intuito era de mudança social e econômica da realidade brasileira. Para tanto, repartiu em três esferas autônomas o Estado, com o intuito de melhor atender a consecução dos direitos então dispostos.

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde, concorrentemente à União, aos Estados e aos municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, §1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). (BARROSO, In: SARMENTO, org, 2009, p. 885).

O processo de descentralização em saúde predominante no Brasil, do tipo político-administrativo, envolvendo não apenas a transferência de serviços, mas também a transferência de poder, responsabilidade e recursos, antes concentrados no nível federal, para os Estados e, principalmente, para os Municípios. A década de 1990 testemunha a passagem de um sistema extremamente centralizado para um cenário em que centenas de gestores – municipais e estaduais – tornam-se atores fundamentais no campo da saúde (BARROSO, In: SARMENTO, org, 2009, p. 885).

Era essencial para reforma sanitária a proximidade do gestor público com o cidadão, o deslocamento ou a divisão do poder no cuidado com a saúde. Essa aproximação, estado e sociedade, permitiria uma maior participação da comunidade na administração local, com a população atuando de maneira mais efetiva nas políticas de saúde, ganhando maturidade e desenvolvendo um sentimento de pertencimento em relação à política pública de saúde. Nessa linha, o municipalismo ganhou força com a Constituição de 1988, que adotou a teoria do federalismo tridimensional, elevando o município à condição de unidade federativa (SANTOS, 2010).

A descentralização na saúde foi denominada de municipalização, no sentido de levar aos municípios responsabilidades pelo cuidado com a saúde, o que realmente foi feito pela Constituição de 1988, ao compartilhar competência pela saúde pública igualmente entre os entes federativos (SANTOS, 2010).

A União, o Estado e o Município se inserem no SUS de acordo com as competências que a LOS lhes reserva, a partir do comando principal da Constituição que lhes conferiu competência para cuidar da saúde. Entretanto, esse modelo tridimensional tem sido bastante criticado pelas dificuldades que encerram e pelo fato de, na realidade, nosso modelo federativo ser bastante centralizado, com a União exercendo fortemente seu papel de executora das políticas públicas. Os municípios brasileiros são bastante carentes de capacidades técnico-econômicas, além de haver forte desigualdade sociodemográfica e econômica (SANTOS, 2010).

A questão central – e isso se aplica fortemente à saúde – é que no federalismo cooperativo, que deveria se unir ao princípio da subsidiariedade no sentido de apoio, ajuda, colaboração em relação ao ente mais fraco economicamente ou tecnicamente com vistas a seu desenvolvimento, tem ensejado forte perda de autonomia, gerando acomodação em relação ao poder central, que passa a ser o que planeja, financia, define a política e a programação. Esse estado de acomodação e costume de aceitar decisões supercentralizadas dos entes federados reforça o centralismo, arrefece a subsidiariedade e concentra poderes na União, em detrimento do poder local e regional (SANTOS, 2010).

2.2.2.2 Regionalização

Importante diretriz é a da regionalização. Santos (2010) esclarece que um sistema organizado de forma regionalizada diz respeito à divisão do território estadual, com aglutinação de municípios em regiões de saúde (microrregiões). A rede de saúde deve estar em regiões de saúde constituídas por grupamentos de municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução da função pública que deve ser compartilhada. As regiões de saúde devem ter a função de aglutinar serviços de saúde, organizando territorialmente as ações e serviços de saúde dos municípios desiguais.

O processo de implantação do SUS foi orientado, inicialmente, pelas Normas Operacionais Básicas (NOB-SUS), instituídas por meio de portarias ministeriais com conteúdo negociado entre Ministério da Saúde e representantes do Conselho Nacional de secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) que definiam critérios para que Estados e Municípios fossem habilitados a receber repasses de recursos do Fundo Nacional de saúde para seus respectivos fundos (BRASIL, 2015).

Em 2006, com o lançamento do Pacto pela Saúde⁸, novas diretrizes são preconizadas para a regionalização do sistema de saúde, baseada no fortalecimento da pactuação política entre os entes federados para a redefinição das “regiões de saúde”. O Pacto pela Saúde propõe a formalização dos acordos estabelecidos entre as esferas de governo por meio da assinatura do Termo de Compromisso de Gestão que compreende responsabilidades, objetivos e metas associados a indicadores de monitoramento.

Efetivar a regionalização é um desafio, são 5.570 municípios, 27 entes federados, além da própria União, todos constitucionalmente autônomos. Para tanto é preciso levar em conta as imensas desigualdades socioeconômicas e territoriais que marcam a realidade brasileira e repercutem nas condições de saúde da população e do modo de vida das pessoas.

2.2.2.3 Integralidade

A chamada “integralidade da assistência” deve se dar em todos os níveis de complexidade, nos dizeres da LOS (art. 7º, II), sempre que o paciente ingressar na rede pública pela porta de entrada regular (art. 9º do Decreto 7.508/11), local de início do tratamento e coordenação de todo o cuidado (atenção básica/primária), de onde deve ser referenciado para níveis mais especializados de atenção (atenção secundária e terciária), em um fluxo contínuo e articulado de serviços preventivos e

⁸ O Pacto pela Saúde é um conjunto de reformas institucionais do SUS pactuado entre as três esferas de gestão (União, Estados e Municípios) com o objetivo de promover inovações nos processos e instrumentos de gestão, visando alcançar maior eficiência e qualidade das respostas do Sistema Único de Saúde. Ao mesmo tempo, o Pacto pela Saúde redefine as responsabilidades de cada gestor em função das necessidades de saúde da população e na busca da equidade social. PORTARIA Nº 399, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto.

curativos. “A integralidade significa, originariamente, a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos para todos os níveis de complexidade de assistência”, ensina Asensi, (2012, p.11).

Como assevera Gebran Neto:

Isso não se confunde com a noção de direito a todo o tipo de tratamento ou dever estatal prestacional amplo e irrestrito no tocante a saúde. Aliás não há país no mundo que garanta direito nessa proporção. O que se deve garantir é a realização de políticas públicas preventivas, protetivas e de recuperação, num programa que seja o mais abrangente possível. A noção de integralidade, portanto, está firmada como diretriz, em oposição à ideia de compartimentação, divisão ou secção (GEBRAN NETO, In: GEBRAN NETO et. al, 2015, p. 128).

O paradigma do direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF) na perspectiva da integralidade, porém, não significa que não existam limites ou contornos jurídicos ao direito à saúde, decorrentes da organização sistemática dos programas públicos do SUS.

Fixada como diretriz do SUS, a garantia do atendimento integral, se lida de modo descontextualizado, podendo levar a um entendimento diverso daquele originalmente concebido.

Nesse sentido segue Mapelli Junior

A integralidade precisa ser balizada por diretrizes, princípios e normas constitucionais e legais para, logo, impedir o argumento de que tudo, irrestritamente, cabe no direito à saúde, ou ao contrário sensu, tudo pode ser negado em nome do orçamento. A integralidade vem sendo concebida pelos juristas de maneira mais ampla possível, como o acesso a todos os meios e mecanismos de recuperação e prevenção da saúde, mas entender a saúde pública como um serviço que assegura *latu sensu*, sem nenhuma regulamentação, planejamento, previsão de recursos financeiros, epidemiologia, aspectos técnicos-científicos, é um despropósito e uma utopia que poderá levar à sua falência (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 116 e 119).

2.2.2.4 Participação da sociedade

Expressa uma forma de ampliar a efetividade das políticas públicas de saúde e uma via de exercício do controle social, de modo a democratizar essa descentralização o sistema de saúde, principalmente a partir da atuação dos

Conselhos de Saúde. Assim, são criados canais de participação popular na gestão do SUS em todas as esferas (municipal, estadual e federal).

Santos (2010) explica que a participação da comunidade no SUS se efetiva mediante representação da sociedade em órgãos colegiados deliberativos, fornecimento de subsídios às autoridades incumbidas da gestão dos serviços e ações de saúde e proposição ou reivindicação de medidas específicas destinadas a atender às necessidades da população.

A Lei 8.142, de 1990, regulamenta as instâncias de participação da comunidade no SUS, formalizando e institucionalizando-as como dispositivos permanentes de formulação e acompanhamento das políticas no interior do sistema.

O SUS possui instâncias colegiadas de participação popular em cada esfera de governo. São elas: os conselhos de saúde e as conferências de saúde. Os conselhos de saúde estão presentes nos três níveis de governo, representados pelo Conselho Nacional de Saúde, Conselho Estadual de Saúde e Conselho Municipal de Saúde. Essas instâncias representativas são organizadas de forma paritária, composta por metade de representantes de usuários e o restante de representantes da gestão, trabalhadores da saúde e prestadores privados.

Silva e Lambra (2001) chamam atenção para a composição desses organismos, ressaltando o caráter político muitas vezes presente que geraria paralisações a ponto de estes não intervirem apropriadamente nas questões que lhes são pertinentes.

A mobilização da comunidade no exercício do controle social da atuação dos poderes públicos é uma decorrência da prática da democracia e depende do grau de consciência política e organização da sociedade.

2.3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VIABILIZAM O ACESSO À MEDICAMENTOS E FATORES QUE INTERFEREM NA SUA EXECUÇÃO

O acesso aos medicamentos é um dos pilares das políticas de saúde pública sendo o acesso e o custo aspectos fundamentais a execução da assistência farmacêutica que é determinante para a resolubilidade da atenção e dos serviços prestados em saúde e por envolver grandes volumes de recursos públicos.

No Brasil, ações para o acesso a medicamentos de forma institucionalizada tiveram início em 1971 com implantação da Central de Medicamentos (CEME), que tinha como missão o fornecimento à população sem condições econômicas para adquiri-los e se caracterizava por manter uma política centralizada de aquisição e de distribuição de medicamentos. A CEME foi responsável pela Assistência farmacêutica no Brasil até 1997, após desativada suas atribuições foram transferidas para diferentes órgãos e setores do Ministério da Saúde (BRASIL, 2011).

A necessidade de apontar aos gestores um rumo para a área resultou na Política Nacional de Medicamentos (PNM), disposta na Portaria GM/MS nº 3916/98, revogada por consolidação pela Portaria de Consolidação⁹ nº 2/GM/MS, de 28 de setembro de 2017¹⁰.

A PNM tem como ideia-diretriz o propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Seu núcleo essencial é a promoção do uso racional de medicamentos, devendo a opção por determinado fármaco contemplar sempre o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição.

Para assegurar o acesso da população a medicamentos com segurança, eficácia e qualidade, ao menor custo possível, condição essencial para sua universalização, foram apresentadas diretrizes para a organização sistemática dos programas de medicamentos: a) a adoção da relação de medicamentos essenciais, b)

⁹ Em 2017, o Ministério da Saúde, reconhecendo o volume excessivo de portarias que compõe o arco normativo do SUS e que são nas portarias ministeriais que está descrita a política pública de saúde, decidiu, em parceria com o Programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), consolidá-las, propiciando a sistematização dos conteúdos normativos necessários à compreensão e operacionalização do SUS. Ao todo, mais de 20 mil portarias foram revogadas, de todas as portarias analisadas, apenas 700 continham normativas válidas para o SUS. As portarias consolidadas dividem-se em: Portaria de Consolidação n. 1: compreende portarias relativas aos direitos e deveres dos usuários da saúde, organização e funcionamento do SUS; Portaria de Consolidação n. 2: políticas nacionais de saúde do SUS; Portaria de Consolidação n. 3: redes do SUS; Portaria de Consolidação n. 4: sistemas e subsistemas do SUS; Portaria de Consolidação n. 5: ações e serviços de saúde do SUS; e Portaria de Consolidação n. 6: financiamento e transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do SUS. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A consolidação do arcabouço infralegal do SUS: o enfrentamento necessário.** In: Revista do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONSENSUS), ano VII, nº 25, out-nov, 2017, p. 16. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_25.pdf Acesso em: 04/05/2018.

¹⁰ BRASIL. Portaria de Consolidação nº 2/GM/MS, de 28 de setembro de 2017. Dispõe sobre a consolidação das normas sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde, Diário Oficial da União. Brasília, 2017.

regulamentação sanitária dos medicamentos, c) reorientação da assistência farmacêutica, que deverá se fundamentar na descentralização da gestão, d) promoção do uso racional do medicamento

A promulgação da Constituição de 1988 foi determinante para a regulamentação específica na área de saúde, para a formulação de uma política de medicamentos e para a execução de ações de assistência farmacêutica no âmbito do SUS.

A LOS (Lei n. 8080/1990), norma infraconstitucional que regula as ações e serviços de saúde no SUS, em seu art. 6º determina, como campo de atuação do SUS: d) execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Inaugurou-se assim, o processo de descentralização da assistência farmacêutica, com vistas a concretização dos princípios e diretrizes constitucionais do SUS.

Em 2004 a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) regulada pela Resolução nº 338/2004 (BRASIL, 2004), aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde vem complementar a PMN reiterando as suas diretrizes como a descentralização das ações e serviços de saúde, e a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Bucci (2017) destaca algumas limitações relacionadas à lista de medicamentos, dentre eles a de caráter econômico, dada a incompatibilidade entre a velocidade de desenvolvimento de novas tecnologias terapêuticas e a disponibilidade de recursos dos orçamentos da saúde pública. “Há uma tensão permanente entre o aumento de expectativa de vida da população e a demanda crescente de tratamento, em paralelo com os valores elevados das inovações produzidas continuamente pela indústria farmacêutica”.

Numa perspectiva de política pública, é preciso multiplicar o custo unitário pelo tamanho da população-alvo de determinada doença, o que repercute, evidentemente, sobre a condição de acesso de todos, considerados na dimensão coletiva, ao tratamento.

A atualização da lista é formalizada em processo administrativo, em que devem ser comprovadas as evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento como a comparação dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas no SUS, com base em estudos de avaliação econômica. Do ponto de vista financeiro observe-se que “essencial” não indica medicamentos de custo módico; ao contrário, a lista contempla também medicamentos de alto custo (BUCCI, 2017, p. 57).

A Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, dispõe sobre as normas para o financiamento da assistência farmacêutica, promovendo a sua organização em três componentes: Básico, Estratégico e Especializado.

O **Componente Básico** viabiliza as ações de assistência farmacêutica na atenção básica em saúde e para agravos mais prevalentes na população, sendo o financiamento de responsabilidade dos três gestores do SUS e a execução pactuada pelos Estados e Municípios. No Estado do Pará o **Componente Básico** tem sua execução pactuada conforme deliberação em Comissão Intergestores Bipartite (CIB), que reúne representantes do Estado e dos 144 Municípios, conforme disposto na Resolução CIB/SUS-PA nº 182/2013 (BRASIL, 2013), cabendo aos Municípios programar, adquirir e dispensar os medicamentos à população.

O **Componente Estratégico** consiste nas ações de assistência farmacêutica destinadas ao tratamento de doenças de perfil endêmico e epidemias, muitas vezes relacionadas à situação de vulnerabilidade social como Tuberculose, Hanseníase, Malária, Leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; Programa de DST/AIDS (anti-retrovirais); Programa Nacional do Sangue e Hemoderivados; Imunobiológicos; Insulina. Os medicamentos são adquiridos pelo Ministério da Saúde, de forma centralizada, distribuídos aos Estados e ao Distrito Federal que os distribuem às regionais e aos municípios conforme programação prévia.

O **Componente Especializado** contempla as estratégias de acesso à medicamentos, em nível ambulatorial, para situações com custos de tratamentos mais elevados e de maior complexidade, previstas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) que visam a garantia da integralidade do tratamento e tem como principal característica a busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, de agravos cujas abordagens terapêuticas estão estabelecidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), publicados pelo Ministério da Saúde (BRASIL-CONASS, 2011).

Os medicamentos contemplados no Componente Especializado, estão divididos em três grupos, definidos de acordo com os seguintes critérios: complexidade do tratamento da doença, garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado e manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Os grupos são:

Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, dividido em:

- Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

- Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde, mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, sendo destas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

A distribuição dos medicamentos adquiridos de forma centralizada pelo Ministério da Saúde para as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal tem como parâmetros a programação trimestral enviada pelas citadas Secretarias Estaduais e a continuidade e regularidade da produção registrada como Autorização de Procedimentos de Procedimento de Alto Custo (APAC) (BRASI-MPF, 2017).

Grupo 2: medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica cuja responsabilidade pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação é das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal.

Grupo 3: medicamentos estabelecidos em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica e cuja responsabilidade pelo financiamento e execução observa as regras já referidas (BRASI-MPF, 2017).

Os medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica somente têm sua dispensação autorizada para o tratamento das doenças para as quais foram previstos em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (BRASI-MPF, 2017). Assim, ainda que determinado medicamento conste na lista dos medicamentos dispensados pelo Sistema Único de Saúde, não será autorizada sua dispensação para tratamento de doença diversa daquela para a qual prevista sua utilização nas respectivas portarias.

A incorporação, exclusão, ampliação ou redução de cobertura de medicamentos no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica ocorrerá mediante decisão do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC) e conforme a previsão da Lei nº. 12.401/2011 (BRASIL-MS, 2011)¹¹. A Lei prevê ainda, que a responsabilidade pelo financiamento de novas coberturas/incorporações será pactuada no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite (CIT). Além dessas regras, é prevista a possibilidade de pactuação entre o Ministério da Saúde e as Secretarias dos Estados e Distrito Federal para aquisição centralizada de medicamentos, desde que seja garantido o equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS, observando-se, entre outros, o benefício econômico da centralização frente às condições do mercado e aos investimentos estratégicos do governo no desenvolvimento tecnológico e da capacidade produtiva junto aos laboratórios públicos e oficiais (BRASIL-MS, 2011).

Importante ressaltar a situação dos medicamentos utilizados em oncologia no SUS. A Assistência Oncológica não se constitui em Assistência Farmacêutica, está incluída em bloco de financiamento diverso, o Bloco da Média e Alta Complexidade (MAC), os medicamentos estão incluídos em procedimentos quimioterápicos relacionados na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), sendo classificados como procedimento na Tabela Unificada do SUS, não compõe a RENAME.

A assistência em oncológica, voltada para o tratamento do câncer, se dá nos hospitais habilitados em oncologia no SUS (as Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON e nos Centros de assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON) e consiste em um atendimento médico especializado e integrado.

Gadelha (In SCHULMAN, 2017) destaca que importante diferença está na rubrica do financiamento que na assistência oncológica está incluída no bloco de financiamento para Procedimentos de Média e Alta Complexidade, “a aquisição dos medicamentos é realizada pelos hospitais credenciados e eventualmente o Ministério da Saúde negocia e acorda com a Indústria Farmacêutica preços para venda aos hospitais habilitados no SUS”, chamando a atenção para a diferente entre os sistemas

¹¹ Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Lei n. 12.401/2011. Altera a Lei nº 8080/90, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS. Diário Oficial da União, Brasília. 2011.

e explica que a obtenção de medicamentos para o tratamento de câncer por outro meio, que não o regulamentado, pode trazer consequências nefastas, como a dupla fonte de financiamento para a mesma finalidade.

Para os agentes que estão envolvidos na judicialização do acesso a medicamentos, sejam os defensores públicos, promotores de justiça e advogados que inserem a demanda no Sistema de Justiça ou magistrados que irão decidir sobre o litígio, é fundamental a compreensão da política pública disponível para viabilizar os medicamentos que estão contemplados na Assistência Farmacêutica, em todos os seus componentes, assim como os que são disponibilizados pelos serviços habilitados de oncologia, porque pode influenciar na agilidade na resolução do litígio, na racionalidade da aplicação dos recursos que serão dispendidos para atender a demanda e principalmente porque pode influenciar na correção da política pública ineficiente ou mesmo estimular a criação de uma política pública nos casos em que há vazios assistenciais.

As políticas que viabilizam o acesso ao medicamento no SUS, podem soar abstratas e tecnocráticas, pouco dizendo ao paciente, destinatário último dessas disposições, dado muitas vezes, o longo caminho que têm que percorrer. Bucci (2017, p. 73) ressalta que afirmar que a política de Assistência Farmacêutica tem um grau de elevada complexidade que repercute sobre os usuários, seria quase uma obviedade e explica:

Em nosso Estado Federal e dada a competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição Federal, a menção ao Poder Executivo deve ser revertida para o plural. Trata-se de 27 Secretarias Estaduais de Saúde, além da Secretaria do Distrito federal, somada às mais de cinco mil Secretarias Municipais de Saúde. É de se esperar uma diversidade muito grande de formas de atendimento, considerando a vastidão territorial, as condições de acesso, o perfil epidemiológico, etc.

Para Gadelha (In: SCHULMAN, org., 2017, p. 261), desde os anos de 1990, vive-se uma crise que se prolonga e deriva do confronto de quatro lógicas que permeiam os sistemas de saúde:

[...] a lógica do mercado que pressiona e demanda por produtos e serviços de modo contínuo e progressivamente crescente; lógica profissional que pode ser tanto conduzida pela lógica do mercado (produtores e fornecedores) como induzir a lógica de mercado (influência dos profissionais de saúde sobre os usuários, na verdade, consumidores de um serviço); a lógica tecnocrática, que tenta imprimir racionalidade ao setor de saúde, defendendo a utilização de critérios de eficácia, eficiência, efetividade e equidade à atenção à saúde e aos serviços prestados e da lógica política que pode interferir de forma tecnocrática, como na atuação do judiciário, por exemplo, ou de forma partidária, como na atuação de representantes dos poderes constituídos em

prol de apadrinhados que forçam a acomodação ou a mudança de políticas legalmente vigentes.

Diante da complexidade que compõe a rede assistencial do SUS, compreender os fatores que interferem na execução de políticas públicas pode contribuir, sobremaneira, no debate em torno da judicialização, possibilita aos agentes envolvidos atuar com eficiência na correção das falhas e na evolução do sistema como um todo, ampliando os efeitos das demandas judiciais que não alcançariam apenas o interesse individual daquele que demanda, mas toda uma comunidade que em sua maioria depende dos serviços públicos de saúde.

Ribeiro (In: SMANIO, 2013) aponta como a globalização exerceu forte impacto sobre a realização dos direitos sociais pelo Estado, principalmente nos países periféricos, e faz referência à obra de Faria (FARIA, 2011) que apresenta dimensões importantes do processo de transformação da economia capitalista como a velocidade e a intensidade do desenvolvimento científico e a expansão voraz de novas tecnologias. Nesse contexto, o desenvolvimento de novas tecnologias tem repercussão direta nas políticas públicas que garantem o acesso à saúde.

Especificamente no que tange ao medicamento, segundo dados da OMS, nos últimos anos tem havido uma tendência mundial de aumento dos custos com os sistemas públicos de saúde causada por aumentos de preço dos medicamentos, o que tem afetado principalmente os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos. Essa tendência pode ser relacionada a vários fatores, sendo um deles o impacto das regras de propriedade intelectual nos preços, na medida em que limitam as opções de fornecedores de tecnologias – como é o caso dos medicamentos (VIEIRA et al. In: SILVA et. al., 2011).

A situação atual da inovação e dos medicamentos de alto custo está determinada principalmente pelo modelo vigente de promoção de pesquisa e desenvolvimento, onde o mercado é quem determina as prioridades. Esse modelo depende em grande parte de uma proteção efetiva dos benefícios de exploração exclusiva relacionados aos direitos de propriedade intelectual conferidas ao titular da patente.

O sistema de patentes que compõe a propriedade intelectual é descrito por Moreira (In: BARROS et. al., 2003), como um direito outorgado pelo Governo de uma nação a uma pessoa, o qual confere a exclusividade de exploração do objeto de uma invenção ou de um modelo de utilidade, durante um determinado período e que a

concessão visa valorizar o avanço técnico-científico realizado, para isso o inventor revela seu invento para o público, contribuindo para o desenvolvimento, em troca, recebe o direito de explorar seu invento com exclusividade.

Em âmbito internacional, o principal tratado de propriedade intelectual na atualidade é o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio internacional (Acordo ADPIC ou Acordo TRIPS, da sigla em inglês) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Nunes (2011) explica que pelo acordo TRIPS os estados-membros da OMC estão obrigados a promulgar legislação que garanta o respeito pelo direito das patentes em todo o mundo durante vinte anos.

Sobre o assunto Braga e Gadelha (s.d., p. 2) descrevem:

As atividades envolvidas na busca, geração e difusão de inovações no setor de saúde são condicionadas pelas estratégias competitivas de um pequeno grupo de empresas globais líderes, cujo núcleo de decisão é limitado a poucos países. Assim, apenas um número limitado de nações efetivamente participa e influencia esses processos. Consequentemente, o padrão tecnológico resultante é orientado para atender às demandas de saúde com base em um padrão de consumo global, com crescente segmentação tanto nos países desenvolvidos como nas relações internacionais. Isso favorece a intensificação da polaridade entre os países menos desenvolvidos definindo o processo de modernização e de marginalização marcada pela exclusão progressiva de segmentos significativos da sociedade.

Os efeitos desse sistema podem ser verificados no manejo das doenças negligenciadas, que recebem financiamento insuficiente para o desenvolvimento de medidas preventivas e terapêuticas adequadas, uma vez que não são economicamente atraentes. As doenças negligenciadas se referem a um conjunto de doenças causadas por agentes infecciosos e parasitários que são endêmicas em populações de baixa renda, vivendo sobretudo em países como a África, Ásia e nas Américas e que não despertam o interesse das grandes empresas farmacêuticas multinacionais por não veem nessas doenças compradores potenciais de novos medicamentos sendo pouco financiadas pelas agências de fomento, explica Mendes (2013).

Em matéria recente o jornal Folha de São Paulo (FOLHA, 2017), destacou que por falta de interesse comercial, laboratórios farmacêuticos têm retirado do mercado medicamentos antigos e baratos, alguns deles essenciais e sem substituto.

O marco do desenvolvimento da atual geração de fármacos se deu por meio dos avanços da biologia molecular, das ciências genômicas e da aplicação da tecnologia

do DNA recombinante, que utiliza novas técnicas de engenharia genética, gerando a descoberta dos chamados fármacos biotecnológicos (FOLHA, 2017).

A inovação no segmento de biofármacos no mundo representa importante avanço para o tratamento de doenças raras e são para as complexas opções terapêuticas medicamentosas que a indústria farmacêutica tem se voltado, deixando de investir nos chamados itens essenciais e/ou de baixo custo.

A questão de como conciliar os interesses privados concernentes à proteção intelectual e o interesse público que envolve o acesso aos novos conhecimentos e aos produtos deles decorrentes interfere diretamente na execução das políticas públicas, seja na inclusão de novos fármacos ou na disponibilidade de fármacos já contemplados nos serviços de saúde.

A judicialização do acesso a medicamentos reflete toda essa problemática, de um lado, pacientes buscam garantir o acesso a novas tecnologias e, por outro, doenças decorrentes da atenção básica estão sendo negligenciadas pelo desinteresse da indústria por medicamentos de baixa rentabilidade.

Embora não se negue que lacunas deixadas pelas políticas públicas muitas vezes fazem com que a população busque meios jurídicos para conseguir seu tratamento, o setor farmacêutico está entre os mais globalizados e lucrativos do mundo, atuando sistematicamente para induzir o consumo de medicamentos, inclusive por meio de ações judiciais, desprezando ou renunciando a outros.

Em estudo atual sobre a judicialização da saúde, Mapelli Junior (2017) descreve um movimento da indústria farmacêutica estadunidense, no sentido de formular novas estratégias, pensadas em criar novo modelo de tratamento, produzir drogas para pessoas saudáveis e promover medidas para converter usuários/pacientes em clientes/consumidores.

O maior desafio nessa área é ser capaz de estabelecer modelos/processos de avaliação dessas tecnologias que agreguem aspectos técnicos e éticos e que sejam capazes de distinguir o benefício terapêutico real desses medicamentos, afinal os custos de implementação das novas tecnologias são elevados, haja vista os fatores já mencionados.

O debate acerca do acesso a medicamentos pelo SUS tem sido intenso frente ao número de demandas judiciais interpostas com vistas a compelir Municípios, Estados e União ao seu fornecimento, e os contornos dessa discussão que ao final

trata de concretização das políticas públicas de acesso à saúde e principalmente de como garantir o direito fundamental à saúde conforme as diretrizes estabelecidas pelo sistema adotado é o tema a ser abordado a seguir.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO AO MEDICAMENTO

Tornar a saúde um direito universal traz avanços e desafios para a sua implementação e efetivação.

Asensi (In: PINHEIRO et. al. 2012) afirma que o direito à saúde e seus princípios correlatos, à época da promulgação da CF/88, consistiam em verdadeiras texturas abertas que ainda necessitavam de regulamentação e que tendo em vista abrangência semântica e o alcance do direito à saúde, seria preciso considerar as normas regulamentadoras posteriores à CF/88, tais como as leis que implementam o SUS, as suas instâncias de participação e as normas operacionais, pois tais normas buscariam, em múltiplos aspectos, construir arcabouços jurídico-institucionais para sua efetivação.

No plano prático, entretanto, não foi o que ocorreu. Embora o sistema de saúde adotado no país, o Sistema Único de Saúde (SUS), represente importante política pública que visa ao acesso universal e igualitário, o instituto não conseguiu evoluir na medida das necessidades da população de um país continental como o Brasil.

Mesmo após mais de duas décadas da promulgação da Constituição que garantiu a universalização dos direitos sociais, o orçamento da Seguridade Social que o consagraria nunca se materializou, frustrando parte da dimensão universalizante do projeto da Seguridade Social brasileira. Tais limites encontrados pelo SUS evidenciam a seguinte contradição: “a própria “Constituição Cidadã”, assim declarada no ato de sua proclamação, tem como finalidade garantir direitos coletivos na área da saúde que, na prática, não são assegurados plenamente” (MACHADO In: PINHEIRO et. al., 2012, p. 436).

. A partir desta contradição, diversos grupos da sociedade têm buscado a materialização desses direitos, articulando novas estratégias de luta no campo do direito

O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, importante conquista do constitucionalismo contemporâneo, promoveu mudanças na lógica jurídica em meados do século passado. Ao tratar da efetividade dos direitos fundamentais, Alvaro de Oliveira (s.d.) aponta que houve o declínio do normativismo legalista, bandeira assumida pelo positivismo jurídico, e que normas de princípios e juízos de equidade passaram a assumir posição predominante na aplicação do direito.

Ainda tratando de efetividade das normas constitucionais, Barroso (In: SARMENTO; SOUZA NETO, 2010) explica que tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição ideológica e na falta de determinação política de dar-lhe cumprimento.

As ponderações permitem concluir que a constitucionalização do direito à saúde e a concepção de políticas públicas como prestações estatais tendentes a debelar as desigualdades sociais constituem paradigmas dogmáticos consagrados de admissão da intervenção do poder judiciário. Embora seja indiscutível a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em questões de saúde no Estado Democrático de Direito, a percepção de que a judicialização desses direitos significaria maior transparência e aperfeiçoamento das políticas públicas é discutida em estudos teóricos e doutrinários. A presente pesquisa pretende apresentar dados concretos e avaliar os efeitos da judicialização nas políticas públicas de acesso à saúde, especialmente de acesso a medicamentos no SUS. Para tanto, antes, é preciso compreender o fenômeno da judicialização como meio de garantia do direito à saúde no Brasil.

3.1 A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No debate sobre a justiciabilidade da saúde, os participantes se utilizam quase sempre de argumentos teóricos para defender ou criticar o papel das cortes em países democráticos na afirmação dos direitos sociais ou se divagam em discussões abstratas sobre sua capacidade institucional de interferir em políticas públicas.

Mapelli Junior destaca:

Sobre como as cortes podem decidir questões afetas ao direito à saúde, se é que estariam preparadas para tanto, existem dois tipos de enfoque utilizados na adjudicação dos direitos sociais, oscilando entre uma visão mais procedimental (menos intrusiva, observando as regras das políticas públicas) para uma mais substancial (mais intrusiva) (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 28).

Verbicaro e Vaz (2018), ao discorrerem sobre o perigo da excessiva judicialização da política, defendem a conjugação de premissa que permita harmonizar os valores procedimentais com os substantivos, alertando para o cuidado que o Judiciário deve ter ao substituir seu julgamento pelo do legislador quando a

questão em causa for sobre as melhores estratégias para satisfazer interesse coletivo por meio de meta de alcance geral da coletividade, onde uma relação de reforço mútuo entre ambos permitiria, ao mesmo tempo, preservar os valores de justiça bem como impor limites à crescente tendência de valorização do ativismo desmedido exercido pelo Poder Judiciário em detrimento do princípio democrático-majoritário.

A necessidade de controle político-social e o controle jurídico das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais é defendida por Barcellos (In: SARLET, 2010):

Desperdício e ineficiência, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira. A questão ganha ainda maior relevância tendo em conta a grandiosidade dos números registrados em matéria de arrecadação tributária. Como o Estado gasta tais recursos, e que limites e condicionamentos deve observar ao fazê-lo, são perguntas que exigem a atenção não apenas do cidadão, mas também do jurista.

No mesmo sentido, Dias (2005) afirma “sempre que uma política perpetrar uma violação aos direitos fundamentais, os tribunais podem ser provocados para atuar de modo a viabilizar a preservação destes” e explica:

Não se trata de criar um sistema jurisdicional específico para a tutela dos direitos fundamentais, mas sim ter em vista que, ordinariamente, em um sistema político equilibrado e constituído sob a égide do estado de direito e adotando a democracia essa possibilidade de ação está pressuposta na própria funcionalização do poder estatal (DIAS, 2005, p, 126).

Ao longo dos últimos anos, assiste-se no Brasil ao fenômeno da progressiva “judicialização da saúde”. Se, no passado, a jurisprudência e doutrina dominantes recusavam a possibilidade de tutela judicial deste direito, invocando argumentos como o caráter meramente programático da norma constitucional que o consagra e o princípio de separação de poderes, hoje se multiplicam as decisões judiciais de todas as instâncias condenando o Poder Público ao fornecimento de medicamentos e tratamento sanitários à população (SARMENTO In: PINHEIRO et. al., 2012, p.117).

Como já tratado anteriormente, a margem de atuação do Poder Judiciário foi alargada com a nova estrutura constitucional, o que segundo Barroso (2009b) decorre da descoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos que promove o aumento significativo da demanda por justiça na sociedade. Ao termo judicialização explica representar a transferência de poder para

juízes e tribunais onde questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais, o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Ao termo judicialização da saúde, Nobre (In: NOBRE et. al., 2011) esclarece estar inserida no âmbito tratado como judicialização das políticas públicas e alerta para a visão negativa propalada de que o Poder Judiciário nessa questão, estaria interferindo indevidamente na gestão do SUS e causando prejuízos financeiros capazes de inviabilizar sua continuidade, afirmando tratar-se de uma distorção que precisa ser combatida.

No sentido de promover prestações sociais não concretizadas, a Constituição abre espaço para o controle judicial da Administração Pública, naquilo que Souza Neto (In: SARMENTO et. al. 2010) descreve como justiciabilidade dos direitos sociais, mas para Barroso a desqualificação da atuação do Judiciário reside no excesso da judicialização e na ausência do diálogo entre os poderes no equilíbrio do jogo político na realização dos direitos fundamentais.

Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar “histórias de sucesso” na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, Silva (2008) destaca que tais histórias são superestimadas.

As questões que envolvem a judicialização do acesso à saúde suscitam o debate, mas o que fica evidenciado na análise do tema é que embora a atuação do judiciário represente um importante instrumento de controle das políticas públicas na efetivação desse direito, o Estado Brasileiro ainda está longe de efetivar a plenitude do acesso à saúde. As primeiras incursões no Judiciário, visando garantir aos portadores de HIV o acesso aos medicamentos e demais insumos necessários para o tratamento da doença, ocorreram na década de 1990 e desde então a cada ano aumentam de forma exponencial o ajuizamento das demandas por meio das quais a população pretende assegurar junto ao Poder Judiciário, o acesso a tratamentos, internações, insumos, medicamentos etc.

Dresch (In: SCHULMAN et. al., 2017) esclarece que nos anos precedentes a 2010, o volume de demandas à saúde não era impactante ao erário, não sendo estatisticamente relevante, mas que houve uma escalada na judicialização da saúde apresentando dados do Conselho Nacional de Justiça que informam o crescimento no quantitativo de processos a partir de 2011.

Como é comum em discussões polarizadas, a solução muitas vezes só pode ser encontrada no meio termo entre os dois polos opostos. O grande problema, na área dos direitos sociais, é que o meio termo é frequentemente encarado por meio da seguinte divisão de tarefas: o governo deve ter prioridade na implementação de políticas públicas que realizam direitos sociais, mas é dever dos juízes controlar essa realização e, caso necessário, complementá-la e corrigi-la. A maioria das “histórias de sucesso” acima mencionadas seguem esse modelo. Ocorre que, ao contrário do que muitos creem, esse modelo não representa um meio termo. Pelo contrário, ele representa a versão baseada na crença de que o ativismo judicial é a melhor forma de proteger os direitos sociais e econômicos (SILVA, 2008).

A ideia de que os juízes, ao complementar as políticas públicas implementadas pelo governo, estarão sempre auxiliando a realização dos direitos sociais e econômicos é equivocada porque se baseia em uma premissa tão simples quanto falsa, segundo a qual complementar é sempre algo positivo. Isso poderia ser correto se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos. Mas ela implica (SILVA, 2008).

Dentre os teóricos que se alinham a tal corrente estão Stephen Holmes e Cass Sunstein, sustentando que qualquer tentativa estatal de proteção aos direitos deverá ser vista sob a ótica financeira, pois só assim questões de escassez e de distribuição de recursos seriam corretamente analisadas.

The rights of american are neither divine gifts nor fruits of nature: they are not self-enforcing and cannot be reliably protect when government is insolvente ou icapacitated: they need not be a recipe for irresponsable egoism: they do not imply that individuals can secure personal freedon without social cooperation: and they are not uncopromisable claims (HOLMES; CASS, 1999, p. 220).¹²

Questão importante tratada por Mapelli Junior (20017) está relacionado a exigibilidade judicial de direitos sociais e o problema da escassez dos recursos orçamentários, que foram previamente alocados para os programas públicos que constituem as políticas públicas.

No campo da saúde, especialmente, como as políticas adquiriram caráter universal e a assistência médico-hospitalar passou a fazer parte das

¹² Os direitos do americano não são dons divinos nem frutos da natureza: eles não são auto-impingidos e não podem ser protegidos de forma confiável quando o governo está insolvente ou incapacitado: eles não precisam ser uma receita para o egoísmo irresponsável: eles não implicam que indivíduos possam garantir liberdade sem cooperação social: e eles não são afirmações intransponíveis. (Tradução livre)

atribuições precípuas do Estado, o Brasil repentinamente passou a se defrontar com o aumento progressivo dos gastos públicos com a saúde em patamar nunca antes visto, uma preocupação para os gestores públicos, que naturalmente têm dificuldades em acompanhar as modificações do perfil epidemiológico da população e os custos por vezes estratosféricos das tecnologias em saúde. O dilema, comum a todos os países que se propõem a construir um modelo universal e gratuito de saúde, é facilmente identificável: os recursos sanitários são limitados e os custos da tecnologia médica nem sempre podem ser suportados. A ingerência do Poder Judiciário por meio de decisões que determinam prestações positivas em saúde agrava ainda mais a tensão entre escassez de recursos e elevados custos da tecnologia médica (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 2).

A teoria da efetivação dos direitos sociais dentro de uma “reserva do possível”, na verdade, esclarece Krell (2002), representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito aplicável ao direito social, cunhado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados. Sarmiento (In: SARMENTO et. al., 2010), explica que a expressão perdeu o sentido originário ao chegar no Brasil, onde passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira.

Na base do acima exposto, fica claro que uma transferência mal refletida do conceito da “reserva do possível” e do entendimento dos direitos sociais como *mandados* (e não legítimos Direitos Fundamentais) constituiria uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país.

Sobra a teoria da “reserva do possível” Carvalho (2016, p. 117) faz importante afirmação: “...ocupa o posto de principal argumento lançado pelo Poder Público em processos que visam à implementação dos direitos sociais”. A inteligência da Teoria baseia-se na falta de previsão orçamentária para suportar os gastos com determinado

direito, pois o orçamento público estaria comprometido por opções políticas direcionadas à destinação com outros gastos

Nesse sentido chama a atenção a necessidade de ponderar a argumentação sobre o obstáculo da escassez dos recursos econômicos e financeiros, já que somente recebe credibilidade quando acompanhada da comprovação da falta de recursos para efetivar estes direitos. A argumentação jurídica deve estar diretamente relacionada com a demonstração de sua base fática. Carvalho ressalta que a mera alegação como recorrentemente ocorre, não convence, pois embora as decisões políticas sobre a alocação de recursos comuns sejam de competência constitucional dos demais Poderes, não significa blindagem jurisdicional, mormente quando se verifica que a inércia do Poder Público concorre com o esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais.

Questão importante levantada por Machado e Dain (In: PINHEIRO et. al., 2012) perpassa o fato de que no Brasil, a liminar tem sido o instrumento principal utilizado pelo Poder Judiciário para garantir o acesso imediato de um cidadão a um determinado bem ou serviço, obrigando o Estado a arcar com o pagamento imediato de determinados bens.

Para Bucci (In: DUARTE, et. al., 2017) esse é o aspecto central a ser enfrentado por uma estratégia de redução da judicialização em saúde, pois o volume das ações é consequência dessa prática, na medida em que o deferimento sistemático das antecipações de tutela faz do Judiciário o caminho mais curto para a obtenção do medicamento, com baixíssimo índice de recusa, a despeito da possível ilegitimidade dos pedidos, em muitos casos.

Faltam parâmetros específicos para a concessão das liminares e são tímidas as recomendações para o seu adiamento para momento posterior ao do recebimento da defesa.

Bucci (In: DUARTE, et. al., 2017) aponta que a concessão sistemática da medida liminar e a impressão de desconsideração da política pública, indicam a desconfirmação dessa política por parte dos juízes. Ela não é atendida nem descumprida, ela é simplesmente inócua. Não se trata, portanto, de uma decisão baseada na inexistência ou deficiência da política pública, que caracterizariam a omissão do Poder Executivo. A massificação desse tipo de resposta judicial aponta

que o conteúdo da política deixa de ter alcance para o regramento de grande parte dos casos concretos postos em exame.

Mapelli Junior (2017) destaca que o debate sobre judicialização da saúde no Brasil vem sendo contaminado, desde então, pela radicalização de dois posicionamentos antagônicos marcados acentuadamente por divagações teóricas, com pouca ou nenhuma consideração sobre o comportamento dessas ações judiciais empiricamente.

Um número considerável de juristas, possivelmente a maioria, tem se utilizado de conceitos de Filosofia e de teoria geral do Direito para defender a judicialização da saúde como uma forma legítima de concretização do direito social garantido na Constituição Federal, pressupondo que as omissões e as deficiências da Administração Pública justificam a via judicial, que acabaria ao final auxiliando no aperfeiçoamento das políticas públicas sanitárias. Praticamente nenhum dado estatístico é apresentado para fundamentar seus argumentos. Para outros, porém, juristas com alguma experiência no campo da saúde ou sanitaristas especializados, a judicialização da saúde no Brasil estaria se mostrando uma intervenção ilegítima e perniciosa do Poder Judiciário em setor para o qual ele não está preparado, pois geralmente são reconhecidos apenas direitos individuais e os juízes desconsideram por completo as políticas públicas. A falta de maior embasamento estatístico para fundamentar suas conclusões, porém, tem possibilitado certa desconfiança na comunidade jurídica (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 3).

Porém, não se deve decretar o fracasso Poder Judiciário de intervir para controlar as decisões de interesse social, o desafio foi lançado pela Constituição e os obstáculos devem ser superados. Para que, no futuro, possamos chegar a uma realização mais expressiva dos direitos sociais é indispensável a intervenção a ser efetuada pelos membros do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais como o Ministério Público e a Defensoria Pública e da sociedade civil.

Sobre o tema Carvalho esclarece:

A densidade e a complexidade da matéria envolvida no controle jurisdicional de políticas públicas exigem uma imensa relação dialética. Se o provimento jurisdicional é ato exclusivo do órgão julgador, que terá a palavra final e definitiva sobre uma decisão de natureza política, sua legitimidade política para o controle das políticas públicas advém, dentre outras qualificações, da modelagem do *iter* procedimental de forma a inserir os atos processuais em um sistema eminentemente discursivo (CARVALHO, 2016, p. 173).

Se as questões de interesse público que são submetidas ao critério jurisdicional não mais se restringem à argumentação meramente jurídica, mas ao contrário, representam a necessidade de serem dirimidas pela integração de

conhecimentos multidisciplinares, tem-se a necessidade de franquear maior abertura à participação de outros atores sociais.

Faz-se necessário o investimento na formação e atualização não só dos magistrados, mas dos demais operadores do direito, mormente os legitimados para o ajuizamento da ação civil pública, como afirma Carvalho (2016), a fim de que possam ter acesso ao conhecimento multidisciplinar com o escopo de que se tornem conscientes de seu novo papel no meio social, de modo a abandonar uma atuação meramente técnica e assumir o papel de transformadores sociais.

O Supremo Tribunal Federal (STF), provocado a manifestar-se sobre políticas de ação afirmativa, entre elas a judicialização da saúde, adotou audiências públicas como estratégia para obter subsídios para suas decisões.

A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF no ano de 2009, o Conselho Nacional de Justiça constituiu um grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação pelo Plenário do CNJ da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que traça diretrizes para os magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde e recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito para assegurar a maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, assim que estabeleçam equipe técnica integrada por médicos e farmacêuticos, para auxiliar juízes nas tomadas de decisões, o Núcleo de Apoio Técnico – NAT (TERRAZAZ, 2014).

A busca pelo melhor entendimento das especificidades do subsistema sanitário também pode ser observada na Resolução 107/2010¹³ do CNJ, que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde e na Recomendação 43/2013¹⁴ do CNJ, que estabelece aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde.

¹³ http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191.

¹⁴ http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_43_21082013_21082013190239.

Dentre os procedimentos que decorreram da atuação está a aprovação de enunciados resultado dos debates promovidos nas I e II Jornadas de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça, nos anos de 2014 e 2015. Existem no total 19 enunciados aprovados no primeiro evento e 16 no segundo. Os enunciados demonstram a necessidade de melhorar a articulação entre os poderes, em especial os poderes Judiciário e Executivo, buscando um diálogo que visa fortalecer o as diretrizes do SUS.

Na I Jornada, destacam-se os enunciados:

ENUNCIADO N.º 1 Nas demandas em tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos e/ou com problemas de álcool, crack e outras drogas, quando deferida a obrigação de fazer contra o poder público para garantia de cuidado integral em saúde mental (de acordo com o laudo médico e/ou projeto terapêutico elaborado por profissionais de saúde mental do SUS), não é recomendável a determinação a priori de internação psiquiátrica., tendo em vista inclusive o risco de institucionalização de pacientes por longos períodos.

ENUNCIADO Nº 2 Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

ENUNCIADO Nº 8 Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO Nº 12 A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

ENUNCIADO Nº 13 Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

ENUNCIADO Nº 14 Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO Nº 15 As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

ENUNCIADO Nº 17 Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios¹⁵.

Na II Jornada, os enunciados em destaque são:

ENUNCIADO Nº 46 – Saúde Pública - As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado.

ENUNCIADO Nº 48 – Saúde Pública - As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.

ENUNCIADO Nº 49 – Saúde Pública - Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

ENUNCIADO Nº 50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

ENUNCIADO Nº 51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

ENUNCIADO Nº 52 - Saúde Pública - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

ENUNCIADO Nº 57 – Saúde Pública - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

ENUNCIADO Nº 58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

ENUNCIADO Nº 59 - Saúde Pública - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

ENUNCIADO Nº 60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme

¹⁵ Cf. [http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_ ...](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_...)

as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento¹⁶.

Importante destaque sobre os enunciados e dada por Bucci (2017), as jornadas atenderam um objetivo fixado de permitir ao Poder Judiciário fazer uma autoanálise, com a preocupação de estabelecer paradigmas mais efetivos para que suas decisões atuem como um elemento para ajudar a fortalecer a estrutura das políticas públicas existentes.

No Estado do Pará foi instituído o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS) por meio de Acordo de Cooperação Técnica nº 004/2014 em que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, a Procuradoria Geral do Estado do Pará, a Procuradoria Geral da República no Estado do Pará, a Defensoria Pública da União no Estado do Pará, a Defensoria Pública do Estado do Pará, a Advocacia Geral da União no Estado do Pará, o Ministério Público do Estado do Pará, a Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos do Município de Belém, a Secretaria de Estado de Saúde Pública do Pará e a Secretaria Municipal de Saúde do Município de Belém atuarão em parceria na análise de casos concretos a fim de identificar as causas do problema e encaminhar soluções, atuando no atendimento administrativo do pleito afim de evitar a judicialização nas hipóteses previstas nas competências do SUS e não tenha sido prestada.

Quanto ao núcleo de apoio ao judiciário que prestará assistência no âmbito do Estado do Pará, o NAT-JUS/Pa, foi instituído pela Resolução nº 03 de 21 de fevereiro de 2018 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, estando em fase de implantação.

Como se vê, no âmbito do Estado do Pará, têm-se buscado uma atuação planejada no sentido de alcançar maior eficiência e rapidez na prestação jurisdicional referente às chamadas demandas para saúde.

Estados que conseguiram instituir os comitês de debate e instalar o NAT alcançaram nova forma de enfrentar a judicialização da saúde.

Jorge (In: DUARTE et. al, 2017) destaca o Estado do Rio de Janeiro que instituiu o NAT em 2009, firmando um Termo de Cooperação com a Secretaria de Estado de Saúde e criou a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) em 2013. Segundo o autor, após um ano de atuação da CRLS, a desarticulação governamental

¹⁶ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473...>

ficou evidente, pois 40% das solicitações de medicamentos e insumos foram atendidos por expediente administrativo, evitando o ajuizamento de ações judiciais. No Estado de São Paulo dentre as medidas adotadas, destaca-se a parceria entre Defensoria Pública do Estado, Procuradoria Geral do Estado (PGE-SP) e a Secretaria de Saúde (SES-SP) com a disponibilização de técnicos à Defensoria Pública a fim de realizar a triagem das demandas de medicamentos, as demandas que pleiteavam medicamentos reduziu de 58% em 2008, para 31,8%, em 2009. Além da criação de uma plataforma digital denominada S-Codes para organização dos dados dos processos judiciais relacionados ao direito à saúde, a fim de gerenciar as informações, uma vez que revela os padrões das ações judiciais e indica eventuais falhas na política pública.

Importante destacar que em julho de 2017 através da resolução CIT nº 20, o Estado de São Paulo disponibilizou o sistema S-Codes ao Ministério da Saúde, com vistas a cooperar na gestão dos impactos da judicialização da saúde, a partir da definição de diretrizes e estratégias comuns de atuação para a organização de fluxos, dados, informações e procedimentos. O Ministério da Saúde disponibilizará aos estados e municípios a plataforma *web S-Codes*, sistema que permite traçar o panorama real da judicialização em todo o país.

Para analisar as variáveis que interferem na concretização do direito fundamental à saúde em busca de medidas que minimizem os efeitos de um lado da ineficiência do Poder de Público e de outra banda a interferência do judiciário na decisão de alocação de recursos decorrentes de demandas em saúde, é necessário, inicialmente, reconhecer que a discussão polarizada em torno do tema não oferece elementos que contribuam para solução dos problemas relacionados à garantia do direito à saúde e através das experiências bem sucedidas traçar diretrizes que incentivem o debate e a criação de mecanismos que qualifiquem os atores que participam dessas discussões.

3.2 DADOS DA JUDICIALIZAÇÃO AO ACESSO AO MEDICAMENTO NO ESTADO DO PARÁ

A fim de contribuir com o debate e promover medidas que efetivamente modifiquem a realidade do acesso à saúde, em especial ao medicamento, serão apresentados a seguir dados sobre demandas judiciais no Estado do Pará.

Os dados foram obtidos no Subnúcleo de Direitos Sociais da Procuradoria do Estado do Pará (PGE/Pa)¹⁷ e referem-se às ações judiciais nas quais o Estado foi instado a fornecer medicamentos, tendo sido citado/notificado no ano de 2016.

O Estado do Pará não possui sistema específico para o registro das informações referentes a demandas judiciais, os dados foram registrados em planilha informatizada e ao final do período de um ano, 01/01/2016 a 31/12/2016 compilados para análise.

As informações selecionadas para fins da presente pesquisa foram, a) a data da citação/notificação, b) tipo de ação c) interesse tutelado d) objeto demandado e) existência de política pública no SUS.

TABELA 1. OBJETO MAIS DEMANDADOS NAS AÇÕES JUDICIAIS INTERPOSTAS NO ANO DE 2016, EM DESFAVOR DO ESTADO DO PARÁ

OBJETO	QUANTIDADE
CIRURGIA	238
MEDICAMENTO	151
TRANSFERÊNCIA HOSPITALAR	123
INTERNAÇÃO	61
TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO	46
EXAME	41
INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA	22

Fonte: Subnúcleo de Direitos Sociais – Procuradoria Geral do Estado do Pará

TABELA 2. TIPO DE AÇÃO JUDICIAL COM DEMANDA DE MEDICAMENTO, EM DESFAVOR DO ESTADO DO PARÁ, NO ANO DE 2016

TIPO DE AÇÃO	QUANTIDADE
AÇÃO ORDINÁRIA	85
AÇÃO CIVIL PÚBLICA	61
MANDADO DE SEGURANÇA	5

Fonte: Subnúcleo de Direitos Sociais – Procuradoria Geral do Estado do Pará

TABELA 3. NÚMERO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS COM DEMANDA DE MEDICAMENTO, PELO INTERESSE TUTELADO, NO ANO DE 2016

INTERESSE TUTELADO	QUANTIDADE
INDIVIDUAL	59
COLETIVO	2

Fonte: Subnúcleo de Direitos Sociais – Procuradoria Geral do Estado do Pará

TABELA 4. CLASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS DE MEDICAMENTOS INTERPOSTAS EM DESFAVOR DO ESTADO DO PARÁ, POR TIPO DE POLÍTICA PÚBLICA, NO ANO DE 2016,

TIPO	QUANTIDADE
NÃO CONTEMPLADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS	67

¹⁷ Autorização para a divulgação dos dados conforme Anexo I.

COMPONENTE ESPECIALIZADO/NÃO ATENDE REQUISITO DO PROTOCOLO CLÍNICO	32
COMPONENTE BÁSICO	21
SUBSTÂNCIA – FOSFOETANOLAMINA	15
DESABASTECIMENTO	14
SEM ESPECIFICAÇÃO	2

Fonte: Subnúcleo de Direitos Sociais – Procuradoria Geral do Estado do Pará

Dos dados apresentados, conclui-se que:

1) O medicamento foi o segundo objeto mais demandado nas ações interpostas em desfavor do Estado no ano de 2016, com 151 ações (Tabela 1);

2) A ação Civil Pública é espécie de ação utilizada para demandar medicamentos ocupando o segundo lugar com 61 ações no ano de 2016 (Tabela 2);

3) Das 61 Ações Cíveis Públicas interpostas para requerer o fornecimento de medicamentos, apenas duas trataram de tutela de interesse coletivo, nas demais o pleito protegia interesse individual (Tabela 3);

4) A maior parte dos medicamentos solicitados por demanda judicial em desfavor do Estado do Pará no ano de 2016 corresponderam a tecnologias não contemplados em políticas públicas, no total de 67 ações (Tabela 4);

5) 32 ações corresponderam a demanda de medicamentos contemplados em Protocolos Clínicos, porém o paciente não atendia aos critérios de inclusão definidos pelo Ministério da Saúde (Tabela 4).

6) Em 21 ações foram pleiteados medicamentos que estão contemplados no Componente Básico da Assistência Farmacêutica (Tabela 4);

7) 15 ações corresponderam ao pleito por fosfoetanolamina, uma substância sem registro sanitário em Agências Reguladoras credenciadas (Tabela 4);

9) 14 ações corresponderam ao pleito de medicamentos constantes na RENAME, porém não estavam disponíveis para dispensação por desabastecimento.

8) Em 2 ações não foi possível obter informações sobre o objeto demandado, pois tratava-se de pedido genérico (Tabela 4).

Nos tópicos seguintes serão abordadas algumas questões específicas relacionadas a judicialização da saúde, considerando os dados coletados.

3.2.1 A Ação Civil Pública como instrumento de garantia do direito fundamental a saúde.

O marco histórico da construção da tutela coletiva no Brasil é a aprovação da Lei Federal 7.347/1985 a denominada Lei Ação Civil Pública (LACP).

A LACP traz para o sistema o início da tutela processual coletiva em nosso país, porquanto a par da anterior Lei da Ação Popular. Sem dúvida foi a partir da chegada da Ação Civil Pública que se passou a trabalhar efetivamente o processo sobre o enfoque coletivo (ALONSO, In: MILARÉ, 2015).

Jucovsky (In: MILARÉ, 2015) afirma que desde a edição e a entrada em vigor da LACP, o mecanismo processual civil de âmbito coletivo nele previsto tem sido largamente manejado perante o poder judiciário, principalmente para implementação dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, a exemplo do direito à saúde com vistas à sua efetividade.

Da Tabela 2 depreende-se que a Ação Civil Pública representa 40% das ações judiciais interpostas contra o Estado, para o fornecimento de medicamentos, o que confirma a importância do instituto.

Na Tabela 3 é possível concluir que das 61 Ações Civas Públicas, 2 (duas) tutelavam interesses coletivos, ou seja, 3%.

Sob o aspecto processual, vale mencionar que o ordenamento jurídico contempla norma expressa que admite todas as espécies de ações para a efetivação dos direitos e interesses contemplados no Código de Defesa do Consumidor, e demais direitos coletivos, consolidando o princípio da efetiva e adequada tutela jurisdicional, inclusive no âmbito dos direitos sociais (CARVALHO, 2016).

Vale ressaltar que, a despeito da ênfase na importância da realização coletiva do direito à saúde no contexto de um Estado Social, é preciso deixar claro que a dimensão individual não deixa de ser, de modo algum também relevante. Tanto assim que é impossível reconhecer direitos subjetivos a prestações individuais de saúde já a partir da Constituição Federal de 1988, independente da regulamentação pelo legislador infraconstitucional. Mas a concretização do direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, não se resume ao somatório de prestações de natureza individual, depende da criação de instituições estatais capazes de implementar

programas de ação governamental voltados à realização de uma finalidade de interesse público.

A compreensão sobre os interesses a serem protegidos em ações civis públicas assumem um papel crucial quando a política pública passa a ser objeto de análise do Poder Judiciário, em especial as políticas públicas em saúde, dadas as características do sistema de saúde adotado no Brasil que prevê a universalidade dos serviços.

Diversos são os fatores que apontam para a continuidade da expansão da demanda de produtos em saúde no país, mudanças demográficas e epidemiológicas, tais como o aumento da expectativa de vida e a redução dos indicadores de mortalidade que refletem em envelhecimento populacional e no aumento das doenças crônico-degenerativas, como as doenças do sistema circulatório, neurológicas, diabetes e câncer, para as quais, frequentemente, não há medicamentos de cura, mas de controle, que devem ser usados de forma contínua pelo paciente.

Não se desconhece o argumento de que a judicialização dos direitos sociais por meio de demandas individuais, mormente quando reiteradas, acaba gerando reflexos socializadores na política social desempenhada pelo Poder público, como é o caso da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

A Lei 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição universal e gratuita de medicamentos aos portadores do vírus ora descrito, por meio da rede pública, foi promulgada quando havia jurisprudência consolidada para o acesso aos medicamentos necessários à contenção da doença de forma gratuita, enquanto aspecto integrante do direito constitucional à saúde.

Contudo, com base na análise dos julgados atuais, é possível concluir que, em sua maioria, são ações que se referem à pretensão de alocação individual de direito social, constatação que pode ser extraída com mais clareza da multiplicidade de demandas individuais ajuizadas contra o Poder Público e tem como resultado dessa massificação fragmentada a alocação de recursos de forma concentrada que podem comprometer programas já existentes. Dado que pode ser corroborado pelas informações constantes da Tabela 3.

Da Tabela 4 depreende-se que 21 ações judiciais pretendiam pleitear medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica que, como já visto, trata-se de uma política pública estabelecida com responsabilidades de execução e financiamento definidas, do pedido das referidas ações deveria constar o

cumprimento da política para todos os usuários do SUS, não apenas o fornecimento de um medicamento específico ao autor individualizado. Nessas demandas o interesse individual é tutelado, mas os efeitos do processo não alcançam a política pública deficiente.

Não significa dizer que todas as ações que visam tutelar direitos relacionados à saúde devam se dar a partir da tutela coletiva, mas que a partir do caso concreto e em se tratando de políticas instituídas que a sua falha comprometa o acesso a diversos usuários do sistema, que o pedido vise o interesse coletivo, não apenas o individual.

Ao descrever críticas ao controle jurisdicional de políticas públicas, Carvalho (2016) refere-se à dificuldade do Judiciário em lidar com questões de alta complexidade, que exigem conhecimentos técnicos de várias ciências, limites esses muitas vezes estreitos ao diálogo processual e alerta que no exercício do controle de políticas públicas deve ser levado em consideração a necessidade do redimensionamento da dialética processual onde questões de interesse público que são submetidas ao critério jurisdicional não mais se restrinjam à argumentação meramente jurídica, mas, ao contrário, representam a necessidade de serem dirimidas pela integração de conhecimentos multidisciplinares, tem-se a necessidade de franquear maior abertura à participação no processo de outros atores sociais e que se faz necessário o investimento na formação e atualização de magistrados e dos demais operadores do direito, mormente os legitimados para o ajuizamento da ação civil pública, a fim de que possam ter acesso a um conhecimento multidisciplinar, de modo a abandonar uma atuação meramente técnica, incentivando-os a assumir o papel de verdadeiros transformadores sociais.

A densidade e a complexidade da matéria envolvida no controle jurisdicional de políticas públicas exigem uma intensa relação dialética entre os envolvidos, quais sejam: os gestores, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, advogados, membros do judiciário, associação de pacientes etc., cotejando-se os diferentes enfoques.

Scaff et. al. (2011) reforça que a Constituição determina um direito à saúde (art. 196) através de “políticas sociais e econômicas” e que a interpretação de que se trata de um direito individual aprisiona o interesse social e concede realce ao interesse individual.

A gestão de recursos requer a formulação de políticas para alocação compatível com os princípios de universalidade, integralidade, igualdade e equidade do SUS.

Mapelli Junior (2017) destaca os critérios por meio dos quais o Poder Executivo prioriza os gastos para formular a política de saúde, cabendo ao controle social averiguar a observação aos princípios do SUS. O Poder Judiciário, porém, parece associar mais a integralidade à noção de consumo, ao determinar o fornecimento de produtos sem considerar a existência de política pública para tratar as doenças, como se a negativa de fornecimento de algum produto farmacêutico significasse a negativa do direito do cidadão à saúde. O registro de um produto por si só não implica em sua incorporação ao SUS, que precisa usar de critérios técnicos e econômicos para organizar a política, e não existe nenhum sistema de saúde no mundo que ofereça todos os medicamentos existentes em seu mercado.

Assim, torna-se fundamental para os profissionais da área jurídica a compreensão dos arranjos institucionais que definem as políticas públicas, pois possibilita alargar o horizonte do debate e identificar melhor os caminhos e as ferramentas para o aprimoramento e sua efetiva implantação. Conhecer as políticas públicas instituídas e as diretrizes que definem o sistema é o primeiro passo.

Alterar o modo de compreensão de uma política governamental é complexo e não se enquadra no modelo de adjudicação individual. A técnica de fragmentação de conflitos não somente sobrecarrega o Poder Judiciário como também inviabiliza a compreensão do cenário global para a partilha dos recursos comuns.

Como afirma Barcellos (In: SARLET, 2010), trata-se de um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais e dentre as razões que contribuem para a complexidade do tema está a dificuldade de estabelecer gradações em torno do bem da vida, pois não há como descrever com simplicidade o que seja um nível mínimo de saúde ou ainda um mínimo de vida, assim como as prestações de saúde estão em constante desenvolvimento a custos cada vez maiores e conceber um sistema público de saúde que seja capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, todas as prestações de saúde disponíveis, parece inviável.

A escolha é trágica por vários motivos como preleciona Paula (In: ASENSI, 2012), quem busca a tutela jurisdicional, argumenta que aquele serviço ou

medicamento é o que atenderá suas necessidades e que dele dependerá a própria manutenção da vida, de outro lado a conformação do direito à saúde depende dos recursos públicos disponíveis e afirma que por mais que se arrecade, certo é que as aspirações humanas são inalcançáveis. “Todos queremos o melhor tratamento possível, o melhor medicamento, o melhor profissional à nossa disposição”, portanto é preciso conceber uma escolha racional prévia sobre quais os limites da atuação estatal na prestação do serviço de saúde, afirma a autora.

3.2.2 Os efeitos da judicialização nas políticas públicas de Assistência Farmacêutica

3.2.2.1 O Componente Básico da Assistência Farmacêutica

Considerando a legislação apresentada sobre o Componente Básico, sua execução e financiamento, no Estado do Pará, está assim definida:

COMPONENTE BÁSICO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NO ESTADO DO PARÁ	
FINANCIAMENTO	UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIOS
EXECUÇÃO	MUNICÍPIOS

Fonte: A Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017

Da legislação infraconstitucional depreende-se que os 144 municípios do Estado do Pará recebem repasses mensais da União e do Estado, além da sua contrapartida, conforme pactuação, para a aquisição dos medicamentos e dispensação aos seus munícipes.

Em consulta ao site do Fundo Nacional de Saúde¹⁸ é possível verificar os repasses que a União realiza mensalmente aos Municípios para o financiamento.

Como exemplo, a Tabela 5 demonstra o valor que alguns municípios do Estado receberam de repasse da União para execução do Componente Básico da Assistência no ano de 2016.

TABELA 5 - REPASSE DA UNIÃO PARA EXECUÇÃO DO COMPONENTE BÁSICO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA, NO ANO DE 2016.	
MUNICÍPIO	VALOR REPASSADO EM R\$
ALTAMIRA	692.144,44

¹⁸ Cf. <https://consultafns.saude.gov.br/#/detalhada/acao>.

ANANINDEUA	2.792.953,80
BELÉM	7.942.740,00
MARABÁ	1.318.861,70
SANTARÉM	1.571.315,59

Fonte: Fundo Nacional De Saúde (<https://consultafns.saude.gov.br/#/detalhada/acao>)

Como descrito na Tabela 4, no ano de 2016, 21 ações judiciais tinham como objeto medicamentos do Componente Básico, política pública instituída com financiamento e execução definidos e responsabilidades partilhadas.

A interposição de demandas individualizadas que não abordam a forma de execução da política pública impede que o tema seja tratado sob a ótica coletiva, de forma que a deficiência no fornecimento do rol de medicamentos do referido programa se discutida em sede de Ação Ordinária ou de Ação Civil Pública tutelando interesse individual, não alcançará os demais usuários do sistema que também são prejudicados pela ineficiência da política pública. Outra questão que envolve a discussão judicial de políticas públicas institucionalizadas reside na delimitação da responsabilidade de cada ente público.

A jurisprudência já está firmada quanto à solidariedade dos entes da Federação na prestação do direito à saúde. Os tribunais têm reiteradamente decidido que pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde podem ser pleiteados a todos os entes federativos, em conjunto ou separadamente. O Supremo Tribunal Federal julgou que há repercussão geral no RE 855.178 em que se discute, à luz dos arts 2º e 198 da Constituição Federal, a existência ou não de responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde.

A ausência de critério para aferição de qual entidade estatal deve ser responsabilizada pelos serviços de saúde, quando demandadas judicialmente, embora possa gerar uma vantagem imediata ao cidadão litigante, confere ao SUS uma gestão pouco racional, acarretando, por consequência, prejuízos muito maiores à promoção do direito fundamental à saúde.

No caso ora analisado, existe política pública e a responsabilidade está legalmente estabelecida, o que deve ser observado por quem vai interpor a demanda judicial. Dessa forma o resultado pode ser efetivo não apenas para o interesse do indivíduo que está tendo o acesso impedido por uma deficiência da política pública como cada ente responde na medida da sua responsabilidade.

Sarmiento e Telles (In: ASENSI; PINHEIRO, 2012) ressaltam o cuidado que se deve ter ao interpretar a descentralização e a solidariedade entre os entes, pois a inobservância da organização do sistema de saúde pode culminar com cumprimentos duplicados ou triplicados do comando constitucional.

Dresch (In: SANTOS; TERRAZAS, 2012) ressalta que o operador do direito não pode furtar-se do dever de analisar as normas administrativas distributivas de responsabilidade e conclui que é de se ponderar que judicializado o acesso à saúde, cabe ao julgador perquirir quanto à existência ou não de políticas públicas com a determinação de atribuições ou repartições de competências entre os gestores. Não se admite desprezar as normas reguladoras do sistema e saúde com a adoção cômoda de prevalência da solidariedade.

3.2.2.2 O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica:

Considerando a legislação já apresentada sobre o Componente Especializado, sua execução e financiamento, no Estado do Pará, está assim definida:

COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA		
LISTA	FINANCIAMENTO	EXECUÇÃO
1A	UNIÃO	ESTADO (DISPENSAÇÃO)
1B	REPASSE UNIÃO/ESTADO	ESTADO (AQUISIÇÃO E DISPENSAÇÃO)
2	ESTADO	ESTADO

Fonte: A Portaria de Consolidação nº 2 /GM/MS, de 28 de setembro de 2017

Com base nos dados da Tabela 4, nota-se que 32 ações correspondem a medicamentos contemplados em Protocolos Clínicos, porém o paciente não atende aos critérios de inclusão definidos pelo Ministério da Saúde.

Nos casos em tela, para alteração de diretrizes e mudanças nos critérios de inclusão, compete à CONITEC, órgão ligado ao Ministério da Saúde, a atualização do PCDT, portanto as demandas que envolvem medicamentos do Componente Especializado devem ter a União no polo passivo da demanda. Dessa forma a política pode ser revista não apenas para o interessado na ação, mas para todos que possam estar inseridos na mesma condição. A depender da lista a qual o medicamento faz

parte, o ente específico, responsável pelo financiamento e execução, deve compor o polo passivo da lide.

Mapelli Junior (2017) explica que nesses casos a Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público e por outras instituições legitimadas por lei, podem discutir judicialmente as políticas públicas, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, mas com vistas à coletividade.

A depender da lista a qual o medicamento faz parte, o ente específico, responsável pelo financiamento e execução, deve compor o polo passivo da lide, pois em se tratando de falha em algumas etapas do processo logístico de abastecimento, os mesmos devem manifestar-se.

As diretrizes estabelecidas para doenças raras e complexas estão contempladas no Componente Especializado, onde estão incorporados os medicamentos de alto custo fornecidos pela Assistência Farmacêutica do SUS. No entanto, não incluem todos os medicamentos disponíveis no mercado, assim como determinadas enfermidades não estão contempladas em Protocolos Clínicos definidos pelo ministério da Saúde.

As diretrizes estabelecidas para doenças raras e complexas estão contempladas no Componente Especializado, onde estão incorporados os medicamentos de alto custo fornecidos pela Assistência Farmacêutica do SUS. No entanto, as listas referentes ao programa não incluem todos os medicamentos disponíveis no mercado, assim como determinadas enfermidades não estão contempladas em Protocolos Clínicos definidos pelo ministério da Saúde. Trata-se do grande dilema em saúde pública da atualidade, como viabilizar por meio de políticas públicas, novas tecnologias, produto do enorme avanço na pesquisa e desenvolvimento de fármacos, para tratamento de doenças raras e complexas.

3.2.2.3 Medicamentos não contemplados em políticas públicas

A maior parte dos medicamentos solicitados por demanda judicial em desfavor do Estado do Pará no ano de 2016, totalizaram 67 ações e correspondiam a tecnologias não contemplados em políticas públicas.

Ainda sobre os dados da Tabela 4, 15 (quinze ações) ações correspondem ao pleito por fosfoetanolamina, uma substância sem registro sanitário em Agências Reguladoras credenciadas no Brasil, Estados Unidos e Europa.

Fato recente envolvendo determinação judicial para o fornecimento da Fosfoetanolamina Sintética (FOS), uma substância sem comprovação de eficácia e efetividade perante os Órgão que regulam o controle sanitário do país, reforça a preocupação quanto a grande dificuldade que têm os operadores do direito de atuar no controle judicial das políticas públicas em saúde.

O tema é polêmico e está na pauta dos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal aprecia em sede de repercussão geral o Recurso Extraordinário 566.471/RN ("Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e o Recurso Extraordinário 657.718/MG ("Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA").

O Pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu o julgamento conjunto dos Recursos, mas três votos já foram proferidos.

O Ministro Marco Aurélio inicialmente nega provimento aos dois recursos e posteriormente adita seu voto¹⁹ reformulando a tese: Sua manifestação é no sentido de negar provimento aos dois recursos, por entender que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a imprescindibilidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e sua família para aquisição, e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora.

Aditou seu voto reformulando a tese inicialmente proposta para análise pelo Plenário:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

¹⁹ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em 21 dez. 2016.

Quanto ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, desproveu o RE 566471 – sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Já em relação ao RE 657718 – fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) –, o ministro proveu parcialmente o recurso a fim de determinar o fornecimento do medicamento solicitado, tendo em vista que, no curso da ação, o remédio foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita.

Considerou em seu voto que, como regra geral, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa por decisão judicial, propondo a seguinte tese de repercussão geral:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Quanto ao voto²⁰ do Ministro Edson Fachin, este foi pelo provimento parcial do RE 566471 e o provimento total do RE 657718, considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. De acordo com ele,

... as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde.

Assim, o ministro propôs cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde. São eles: 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede

²⁰ Cf. BRASIL Supremo Tribunal Federal.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>. Acesso em 21 dez. 2016.

pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Quanto ao RE 657718, medicamentos sem registro na Anvisa, o Ministro Edson Fachin votou pelo total provimento do recurso para determinar, no caso concreto, o fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que durante o trâmite do processo tal remédio foi registrado e incluído no âmbito da política de assistência à saúde. Em caso de controle da decisão regulatória, o ministro avaliou que o Poder Judiciário deve assumir uma “postura mais deferente” às escolhas técnicas ou democráticas, tomadas pelos órgãos competentes, “sem, contudo, deixar que a administração e as entidades regulatórias abstenham-se de prestar contas de sua atuação”. “Em termos práticos, isso impõe ao Estado o dever de dar transparência às decisões tomadas pelas agências reguladoras e a transparência deve atingir a todos os que forem afetados pela decisão”, completou.

Da leitura inicial dos votos, depreende-se que a questão é complexa e demanda muito debate, mas um ponto é comum nas decisões até agora proferidas, o de que deve haver critérios para o fornecimento de medicamentos que não fazem parte de políticas públicas já estabelecidas.

Nesse sentido, segue o Superior Tribunal de Justiça que afetou o Recurso Especial 1.657.156/RJ, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos. A questão submetida a julgamento trata da "obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos

Excepcionais²¹). O tema está cadastrado no sistema dos repetitivos sob o número 106²².

A tese foi firmada conforme Acórdão²³ publicado em 04 de maio de 2018 e prevê:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

As recentes decisões proferidas por Tribunais Superiores como nos casos descritos indicam mudanças de posicionamento no sentido da adoção de parâmetros técnicos para a tomada de decisão do magistrado. A judicialização acaba por incluir atores jurídicos no debate das políticas públicas e exige uma nova forma de ver o direito, com a introdução de conceitos de outras áreas até então distantes da jurídica.

A exigência de comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste ao paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS está em consonância com o que o CNJ propugna há tempos, que sejam privilegiadas as tecnologias disponíveis no SUS e na impossibilidade delas que critérios científicos de medicina baseada em evidências justifiquem a sua utilização.

A necessidade de adoção de parâmetros na efetivação judicial do direito à saúde foi tema de pesquisa desenvolvida por Santos e Verbicaro (2015) após detectarem o aumento do custo de aquisição de um medicamento para atender um grupo de pacientes cadastrados no componente especializado para recebimento do

²¹ O programa de medicamentos Excepcionais atualmente é o denominado Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

²² Como previsto nos artigos 121-A do RISTJ e **927** do Código de Processo Civil, a definição da tese pela Primeira Seção vai servir de orientação às instâncias ordinárias da Justiça, inclusive aos juizados especiais, para a solução de casos fundados na mesma controvérsia.

²³ http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

hormônio do crescimento, após a expedição de uma decisão liminar que determinava o fornecimento de uma apresentação específica do fármaco.

Na Tabela 4, ainda é possível observar que 14 ações foram interpostas para o atendimento de medicamentos que estavam desabastecidos nas Unidades de Dispensação. São medicamentos que fazem parte da política da Assistência Farmacêutica, mas não possuem estoque. São situações que em geral decorrem de por falhas no processo de aquisição ou pela falta do princípio ativo em determinado período. Nessas situações, embora a demanda possa ser de um usuário do sistema a sua discussão deve se dar sob o aspecto coletivo, pois outros pacientes estão prejudicados com o desabastecimento. É importante atentar para a responsabilidade de cada ente, a fim de dar agilidade à resolução do litígio.

As inúmeras demandas judiciais que tramitam nas Varas e Tribunais do Brasil são muitas vezes em defesa do direito de um indivíduo e a par da discussão sobre o direito subjetivo que o indivíduo possui de ter tutelado o acesso à saúde, corolário do direito à vida e a da dignidade da pessoa humana, amplamente reconhecido, a discussão não pode fugir do aspecto coletivo do direito, afinal as políticas públicas em saúde são planejadas com vistas à coletividade e os fatores que interferem na execução dessas políticas, como já descrito, precisam ser incluídos nesse debate, porque na prática, podem influenciar naquilo que estará disponível a cada cidadão quando necessitar dispor de ações e serviços em saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após quase trinta anos das primeiras incursões no Judiciário, de pacientes portadores de HIV/AIDS, visando garantir o acesso a medicamentos para o tratamento da doença, momento que marca, para a maioria da doutrina, o início do que se denomina “a judicialização da saúde”, o tema não se esgotou, ao contrário alcança proporções numéricas preocupantes como demonstrado na pesquisa.

Ao propor desenvolver o direito à saúde sob o enfoque das políticas públicas, o trabalho pretendeu trazer elementos da realidade para a análise do problema, afinal é por meio das políticas públicas que as diretrizes e princípios constitucionais serão concretizados e se há problemas a serem resolvidos, no sentido de tornar efetivo o direito à saúde, é a partir da lógica das políticas públicas que a questão deve ser enfrentada. Disso decorre a importância de promover a compreensão da execução das políticas públicas pelos agentes que atuam nas demandas que visam assegurar, por via judicial, o acesso a bens e serviços de saúde, especialmente de medicamentos, objeto do estudo.

O trabalho realizou um recorte histórico para revisitar a origem e a evolução do conceito dos direitos sociais, compreender o seu significado e o modo como foi incorporado, como se desenvolveu e como influenciou as diretrizes que atualmente guiam os direitos sociais e identificou que incorporar as demandas sociais por bem-estar no espectro político-jurídico e, conseqüentemente, a compensar as desigualdades geradas pelo mercado na alocação de recursos e distribuição de riquezas foi essencial para a construção dos elementos que conduzem à cidadania tal como é entendida hoje. Mas os arranjos sociais da modernidade são complexos e o Estado tem sido demandado a oferecer melhores serviços públicos e possibilitar que os direitos sociais sejam usufruídos em sua plenitude.

Buscar compreender os fundamentos dos direitos sociais como direitos fundamentais e os elementos que garantem sua proteção permitiu identificar que houve um avanço na compreensão da eficácia de direitos de caráter prestacional, o discurso de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado foi superado, mas a concretização dos direitos fundamentais, porém, ainda é um desafio e o que se tem

percebido ao longo da história é que as previsões constitucionais não são suficientes para dar concreção e efetividade razoável ao que está garantido juridicamente. No caso específico do direito à saúde se destaca a dificuldade de estabelecer os limites exigíveis à sua prestação.

O excesso de demandas judiciais sobre saúde evidencia a falha no cumprimento da garantia constitucional de acesso universalizado.

A garantia dos direitos sociais deve estar contemplada nas políticas públicas, instrumento de ação dos governos que as escolhem, fundado na Constituição e nas leis, de acordo com o que entendem como o melhor a ser feito para aquela sociedade.

A formulação de políticas públicas de saúde, como ato de governo que modula sua ação mediante planos, programas, projetos e objetivos está sujeita a diversos fatores de influência e da participação dos diferentes atores e do nível de maturidade da sociedade dependerá o formato concreto dessas políticas.

A complexidade organizativa do sistema de saúde contribui para as dificuldades decisórias que coloca o juiz ante a ocorrência de risco de vida e a política pública ausente ou mal executada ou não compreendida na sua organização

Nesse campo, para evitar conflitos ou decisões que desestrem a organização técnico-administrativa do sistema, implicando maiores dificuldades para os entes federativos, há que haver permanente comunicação entre os implicados, interação essencial para a compreensão da organização sistêmica do SUS.

A judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos entes da federação e podem produzir efeitos relacionados à associação entre competência comum e responsabilidade solidária. Em matéria de medicamento, por exemplo, a repartição de atribuições é clara e objetiva, assim ao impor fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde ao Poder público, é fundamental que os órgãos do Poder Judiciário observem as normativas do SUS quanto às competências das instâncias gestoras.

Nesse campo, para evitar conflitos ou decisões que desestrem a organização técnico-administrativa há a necessidade do redimensionamento da dialética processual com a integração de conhecimentos multidisciplinares, inclusive aos legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública.

A densidade e a complexidade da matéria envolvida no controle jurisdicional de políticas públicas exigem uma intensa relação dialética entre os envolvidos, quais

sejam: os gestores, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, membros do judiciário, associação de pacientes, gestores, profissionais de saúde etc. cotejando-se os diferentes enfoques e as realidades contraditórias e polêmicas trazidas ao debate que naturalmente envolvem as escolhas políticas.

Em caráter conclusivo, entende-se que a Ação Civil Pública é instrumento essencial para a garantia do direito fundamental à saúde, mas algumas distorções precisam ser corrigidas para que o instituto tenha efetividade no controle e instituição de políticas públicas em saúde e que se possa evitar que a excessiva judicialização da saúde promova a desigualdade e a fragilidade das políticas públicas de saúde, em evidente prejuízo à garantia dos direitos sociais à coletividade.

A inovação no segmento de tecnologia para produção de novos medicamentos no mundo e no Brasil representam importante avanço para o para tratamento de doenças raras e complexas e o maior desafio nessa área é ser capaz de estabelecer modelos/processos de avaliação dessas tecnologias que agreguem aspectos técnicos e éticos e que sejam capazes de distinguir o benefício terapêutico real desses medicamentos, afinal os custos de implementação das novas tecnologias são elevados, haja vista as questões econômicas e de mercado.

É compreensível o desencanto geral com os poderes políticos face a persistência das mazelas que afligem a prestação do serviço público de saúde no país, mas não há como obter a redenção de todos os males pela via judicial. No cenário atual, racionalizar a proteção judicial do direito à saúde não significa limitar este direito, mas viabilizar a sua otimização em relação aos seus titulares.

O resultado dos dados coletados das ações judiciais propostas em face do Estado do Pará, no ano de 2016, demonstra que há uma desconsideração do ordenamento jurídico brasileiro, em ordens judiciais fragmentadas e individualizadas que não alcançam as políticas públicas deficientes e sequer contribuem para a proposição de novas políticas relacionadas a garantir o acesso ao direito à saúde.

Evidentemente o papel do Poder Judiciário, bem como dos outros agentes jurídicos que integram o sistema que permite o acesso à justiça (advogados particulares, defensores públicos, procuradores do Estado, procuradores do Município, advogados da União, membros do Ministério Público) é essencial para o Estado Democrático de Direito, para que os direitos sociais sejam respeitados e a ineficiência da Administração Pública afastada, mas a amplificação da atividade

jurisdicional que desconsidera por completo as opções legislativas e administrativas que formatam as políticas públicas que compõe o SUS, põe em risco o projeto constitucional de 1988, diante dos excessos da descontrolada judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Naomar de. **O que é saúde?** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.

ATRIA, Fernando. **Existen derechos sociales?** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), pp. 15-59. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>

ALONSO JR, Hamilton. A consolidação jurisprudencial – Trinta anos da Ação Civil Pública – Alguns aspectos relevantes. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica.** Repro 155.

ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). In: **Direito sanitário.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos fundamentais e outros temas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos jurídicos e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2010.

_____. **Judicialização, ativismo, judicial e legitimidade democrática.** Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro. 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O constitucionalismo social. A Constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In: **Lições de direito constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros.** Campinas: Millennium Editora, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2013.

BRAGA, Patrícia Seixas da Costa; GADELHA, Carlos Augusto Grabois. Saúde e inovação: dinâmica econômica e Estado de bem-estar no Brasil. **Cad. Saúde Pública,** Rio de Janeiro, v. 32.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

_____. Ministério da Saúde. **Lei nº 8080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (Lei Orgânica do Sus), 1990.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Guia de referência para o Ministério Público Federal**: assistência farmacêutica / Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. – Brasília: MPF, 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 7508**, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília: 2011.

_____. Ministério da Saúde. **Lei n. 12.401/2011**. Altera a Lei nº 8080/90, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília. 2011.

_____. COSEMS. **Resolução nº 182**, de 11 de outubro de 2013. Pactua as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), no Estado do Pará. 2013.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2011.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2011. MONTI, Eduardo. Regionalização é o caminho. São Paulo: Pyxis Editorial, 2015.

_____. **Resolução nº 338**, de 06 de maio de 2004. Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Brasil. Conselho Nacional de Saúde.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A consolidação do arcabouço infralegal do SUS: o enfrentamento necessário. **Revista do Conselho Nacional de Secretários de Saúde** – Consensus, ano VII, nº 25, out- nov., 2017. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_25.pdf. Acesso em: 04/05/2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 7. ed. (14 reimpressão), 1941.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisprudencial democrática**. São Paulo: Contracorrente, 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfo. Direito constitucional à saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2005.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas-SP: Saberes Editora, 2014.

_____. Judicialização da Saúde: Medidas de aprimoramento técnico das demandas judiciais. In: GEBRAN NETO, João Pedro. AVANZA, Clenir, SCHULMAN, Gabriel (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Vitória: ABRAGES, 2017. vol. 2.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 08 jul. 2017. Disponível em: <<http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/2017/07/08/871/>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Medicamentos em oncologia. In: GEBRAN NETO, João Pedro. AVANZA, Clenir, SCHULMAN, Gabriel (Org.). **Direito da saúde em perspectiva: Judicialização, gestão e acesso**. Vitória: Editora ABRAGES, 2017. Vol. 2.

GRINOVER, Ada Pelegrine. A coletivização de ações individuais após o veto. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

HOLMES, Stephen.; CASS Sustein. **The costs of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W Norton & Company, 1999.

GEBRAN NETO, João Pedro. Direito constitucional à saúde. In: GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015. p. 128.

JORGE, Ighor Rafael. Novas Formas de enfrentamento da judicialização da saúde: a audiência pública n. 4 e as medidas adotadas nos estados do Rio de Janeiro e de

São Paulo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde**: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUCOVSKY, Vera Lúcia. Ação Civil Pública para tutela do direito à saúde. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2012.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LABRA, Ionara; SILVA, Maria Eliana. As instâncias colegiadas do SUS e o processo decisório. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. Direito e saúde: contribuições para o estudo da judicialização. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAPELLI JUNIOR, Reinaldo. **Judicialização da saúde**: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARSHALL, Theodor. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Eliane. Relação entre propriedade intelectual e biodiversidade. In: BELAS, Carla Arouca; MOREIRA, Eliane; BARROS, Benedita (Org.). **Anais do Seminário Saber Local/Interesse Global. Propriedade intelectual, Biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia**. Belém, 2003.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2011.

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

PALÁCIOS, Fernando Rocha. **A cooperação federativa nas políticas públicas de educação básica**: análise das políticas de financiamento, propostas do Governo Federal e dos educadores. (Dissertação de (Mestrado) - Centro Universitário do Estado do Pará. Belém: CESUPA, 2016.

PAULA, Daniel Giotto de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão “trágica”. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos sociales y sus garantías**: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais”? de Fernando Atria. In: **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Hélcio. Constituição, participação e políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Andreza; VERBICARO, Loiane. **Políticas públicas e medicamentos de alto custo**: entre a inovação e a acessibilidade. Brasília: CONPEDI, 2017.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org). **Políticas públicas**. Coletânea. vol. 1, ENAP, 2006.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In: SOUZA, André Evangelista de et al. **Direito da saúde no Brasil**.. Campinas-SP: Saberes Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.).

Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SCLYAR, M. História do conceito da saúde. **Phisys: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. 2007.

SEN, Amartya, KLIKSBURG, B. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais. Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais:** fundamentos jurídicos e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TERRAZAS, Fernanda. Novos elementos no cenário da judicialização da saúde: análise das decisões dos tribunais superiores. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas-SP: Saberes Editora, 2014.

TITMUS, R. Social Policy: An Introduction. Nova York: Pantheon Books, 1974.

TUGENDHAT, Ernest. **Lições sobre ética**. Tradução grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul; revisão e organização da tradução Ernildo Stein. Petrópolis-RJ: Vozes, 1996.

VERBICARO, Loiane Prado; VAZ, Celso. O perigo da excessiva judicialização da política: o debate entre substancialistas e procedimentalistas. **Revista Política Hoje**, v. 23, n. 2, p. 223-246, jun. 2015. ISSN 0104-7094. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3749>>.

VERBICARO, Loiane Prado; SANTOS, Andreza Casanova Vongrapp. A necessidade de parâmetros para a efetivação do direito à saúde: a judicialização do acesso ao hormônio do crescimento no Estado do Pará. **Revista de direito sanitário**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 185-211, mar. 2017. disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127784>>. acesso em: 15 June 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i3p185-211>.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIEIRA et al. Patentes farmacêuticas e a anuência prévia da ANVISA: a inexecuibilidade do parecer da AGU. In: NOOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias. (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum. 2011, p. 305.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. **O direito à saúde no Brasil**: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

ANEXO I



GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

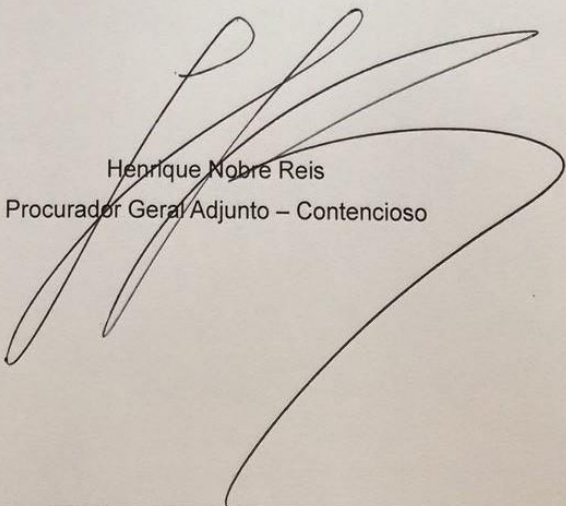
Belém, 15 de junho de 2018

À Profª Drª Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro. Professora do Programa de Pós-Graduação de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA

Assunto: Coleta de dados realizada no Subnúcleo de Direitos Sociais – Procuradoria Cível, Trabalhista e Administrativa.

A Procuradoria do Estado do Pará vem com o presente autorizar o uso e manifestar ciência da coleta dados realizada, no Subnúcleo de Direitos Sociais, por Andreza Casanova Vongrapp Santos e vinculada à pesquisa intitulada " Políticas Públicas de acesso a medicamentos e a judicialização do direito a saúde: uma análise a partir do estudo das ações judiciais interpostas em desfavor do Estado do Pará no ano de 2016", fazendo referência às ações judiciais em que o Estado do Pará consta como réu e foi citado no ano de 2016 por meio desta Procuradoria.

Atenciosamente,



Henrique Nobre Reis
Procurador Geral Adjunto – Contencioso