

Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)*
Rosana Helena Maas (Brasil)**

Desafios e perspectivas do direito fundamental social à saúde nos 30 anos da Constituição Federal brasileira: da programaticidade à judicialização***

RESUMO

O panorama atual do direito fundamental social à saúde no Brasil é marcado por um forte fenômeno de judicialização. Pretende-se, com o presente artigo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, demonstrar como se deu a evolução da efetivação desse direito nos trinta anos da Constituição Federal de 1988, contribuindo-se, assim, para a compreensão da forma em que ocorreu o seu desenvolvimento ao longo do

* Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br

** Pós-Doutora em Direito pela Universität Salzburg (Áustria). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). rosanamaas@unisc.br

*** Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2017), e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Edital Universal – Processo 403533/2018-o e Bolsa de Produtividade em Pesquisa Pq – Processo 306417/2018-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

tempo, passando-se de uma noção de mera programaticidade para uma intensa e controvertida atuação do Poder Judiciário no sentido de sua implementação.

Palavras-chave: Constituição Federal, direito fundamental social à saúde, judicialização da saúde.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Panorama des sozialen Grundrechts auf Gesundheit ist in Brasilien zurzeit stark durch das Phänomen der Judizialisierung gekennzeichnet. Der vorliegende Artikel beabsichtigt, auf der Grundlage eines hypothetisch-deduktiven Ansatzes darzulegen, wie die Umsetzung dieses Rechts bis zum dreißigsten Jahrestag des Bestehens der Bundesverfassung von 1988 erfolgte und damit zum Verständnis der Art und Weise seiner Entwicklung im Lauf der Jahre beizutragen, die von einer Erklärung mit rein programmatischem Charakter zum umstrittenen Handeln der Justiz mit dem Ziel seiner Umsetzung fortgeschritten ist.

Schlagwörter: Bundesverfassung, soziales Grundrecht auf Gesundheit, Judizialisierung der Gesundheit.

ABSTRACT

The current panorama of the fundamental social right to health in Brazil is marked by a strong phenomenon of judicialization. The purpose of this article, based on the hypothetical-deductive method, is to demonstrate how the evolution of this right took place during the thirty years elapsed from the Federal Constitution of 1988, thus contributing to understand how it unfolded over time, moving from a notion of mere planning to an intense and controversial action by the judiciary towards its implementation.

Keywords: Federal Constitution. Fundamental social right to health. Judicialization of health.

Introdução

O direito social à saúde recebeu caráter de direito fundamental com a Constituição Federal de 1988, que recentemente completou trinta anos. No atual cenário, a discussão referente à sua efetivação e garantia não pode fugir do tema da judicialização da saúde, que se constitui em um desafio à atuação dos Poderes estatais no Brasil. Assim, pretende-se, com o presente artigo, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, demonstrar como se deu a evolução da efetivação do direito fundamental à saúde nos trinta anos da Constituição Federal de 1988, contribuindo-se para a compreensão da forma em que ocorreu o seu desenvolvimento ao longo do tempo, passando-se de uma noção de mera programaticidade a uma intensa e controvertida atuação do Poder Judiciário no sentido de sua implementação.

Para tanto, num primeiro momento serão abordados o histórico do direito à saúde no Brasil, a sua previsão na Constituição Federal e a sua operacionalização por meio do chamado Sistema Único da Saúde (SUS), de caráter e acesso universal, para, na sequência, discutir-se o fenômeno da judicialização da saúde e suas principais críticas e consequências no âmbito da separação de Poderes. Espera-se, dessa maneira, colaborar para uma melhor percepção e visualização de alguns aspectos controversos sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, contemplando, nessa linha, a temática do XXV Anuário de Direito Constitucional Latino-Americano, referente aos avanços, mudanças e desafios em matéria de direito constitucional nos últimos vinte e cinco anos.

1. O direito fundamental social à saúde e a sua operacionalização: contornos históricos

A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se no Século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa, por quem eram realizadas algumas ações em combate à lepra e à peste, sendo desenvolvida uma espécie de controle sanitário, especialmente no que diz respeito aos portos e às ruas. Em 1870, o Estado praticou algumas ações mais efetivas referentes ao direito à saúde, com a adoção do chamado modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da força e da autoridade policial em busca da erradicação da febre amarela.¹

Contudo, somente na década de 1930 é que houve uma estruturação básica do sistema público de saúde, pela que se passou a realizar também ações curativas, bem como a criar o Ministério da Educação e da Saúde Básica. Nesse contexto tiveram origem os chamados IAPs (Institutos de Previdência) que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Todavia, apenas a categoria profissional ligada ao Instituto de Previdência era beneficiada com os serviços públicos. Assim, a saúde pública não era universalizada: restringia-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía com a previdência, excluindo o restante da população. Em seguida, houve a criação do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), em que todo o trabalhador urbano, com carteira assinada e contribuinte, era beneficiário desse novo sistema, tendo direito à rede pública; no entanto, o problema estava no fato de que a maioria das pessoas não integravam o mercado formal.²

¹ Luís Roberto Barroso, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, em: E-GOV, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>.

² Luís Roberto Barroso, *idem*.

No Brasil, o direito à saúde, nessa perspectiva, foi incorporado, inicialmente, como direito à assistência em saúde aos trabalhadores que possuíam um vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava apenas a parcela da população que contribuía à previdência social. Privava, dessa maneira, a maioria da população do acesso às ações de saúde, restando a elas apenas a assistência prestada por entidades filantrópicas. Não era a saúde considerada como um direito, mas tão-somente um benefício da previdência social, como a aposentadoria, o auxílio-doença, a licença-maternidade e outros.³

Como direito fundamental⁴ de caráter social e com abrangência universal (não atrelada a nenhuma classe trabalhadora ou a contribuição de qualquer natureza), o direito à saúde apareceu apenas na Constituição Federal de 1988,⁵ que, de forma genérica, no artigo 6º.⁶ *caput*, incorpora-o como um direito social, juntamente com a educação e a alimentação, dentre outros. Mais à frente, no Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo II, “Da Segurança Social”, Seção II, “Da saúde”, pode-se verificar que o artigo 196⁷ legisla o direito à saúde como: direito de todos, dever do Estado, de acesso universal e igualitário, mediante ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, ou seja; mediante políticas públicas.⁸

³ Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa, Caminhos do direito a saúde no Brasil, Brasília, Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 7.

⁴ Quanto à fundamentalidade do direito à saúde, cabe referir que o direito à saúde goza de dupla fundamentalidade: formal e material. A fundamentalidade material se dá pela relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, como pressuposto à manutenção da vida; a fundamentalidade formal decorre, por sua vez, do direito constitucional positivo. Mariana Filchtner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 5. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_colateanea_TAnia_10_04_09.pdf.

⁵ Sueli Gandolfi Dallari, “A construção do direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 3, novembro de 2008, p. 11. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>.

⁶ Verifica-se o artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

⁷ Artigo 196 da Constituição Federal de 1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

⁸ Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

No âmbito das competências, prevê a Constituição Federal distintas normas, no teor de legislar sobre o assunto e de executar as medidas. Nessa perspectiva, para legislar sobre a proteção e defesa da saúde a competência é concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme o artigo 24, inciso XII, sendo que, complementando, o artigo 30, inciso II, traz que compete aos Municípios suplementar essa legislação. A competência de execução das medidas, das obrigações, como formular as políticas públicas, é comum à União, aos Estados e ao Município, que, conforme o artigo 23, inciso II,⁹ devem cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Dessa forma, verifica-se que se trata de obrigação solidária entre os entes, o que já foi, inclusive, acertado pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá abaixo. Observa-se que o sistema de saúde pós-88 foi instaurado na lógica do modelo federativo, com base, assim, na divisão de responsabilidades, tanto de financiamento como de competências.¹⁰

Prosseguindo, em 1990 – como reivindicação feita pela sociedade civil organizada, principalmente com destaque ao Movimento de Reforma Sanitária – teve-se aprovada a Lei n. 8.080/90,¹¹ conhecida como Lei Orgânica de Saúde, que estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS,¹² reforçando a universalidade do serviço prestado. A constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve estar de acordo com os princípios

⁹ Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

¹⁰ Sandra Regina Martini e Martín Marks Szinvelski, “O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a 2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação”, em: Sandra Regina Martini (coord.), Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 24.

¹¹ Brasil, “Lei 8.080, 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, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

¹² Destaca-se que o Sistema Único de Saúde pode ser caracterizado como uma garantia institucional fundamental, sujeitando-se, por conseguinte, à proteção estabelecida às normas jusfundamentais, inclusive referentes à inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, e está resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral. Isto faz afirmar que, se surgirem eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo, formal e substancialmente, até mesmo quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser consideradas inconstitucionais, visto que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, tanto na condição de instituição pública quanto pelo fato de ser salvaguardado pela tutela protetiva. Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_colateanea_TAnia_10_04_09.pdf.

e diretrizes pelos quais o SUS foi constituído, estando eles presentes principalmente no artigo 198¹³ a 200 da Constituição Federal, com destaque à unidade, à descentralização, à regionalização, à hierarquização, à integralidade e à participação da comunidade,¹⁴ princípios esses que são acrescentados pelos princípios da subsidiariedade e da municipalização, buscando atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas públicas em geral, conforme o artigo 17¹⁵ da referida lei.¹⁶

Com o SUS, o acesso à assistência médico-hospitalar, que antes era limitado aos trabalhadores com vínculo formal, segurados pela Previdência Social, como mencionado anteriormente, passa a ser de caráter universal, sem nenhuma exigência prévia, inclusive frente à renda da pessoa que venha a utilizar o serviço. Atualmente, mais ainda, percebe-se essa municipalização do SUS com os chamados “Cartões do SUS”, os quais identificam a pessoa como pertencente a determinado Município, que é onde ela receberá o atendimento.

Além disso, o SUS não desenvolve somente a assistência à saúde: é de sua atribuição a vigilância sanitária, a vacinação, o controle de alimentos, entre outras ações. Nessa dimensão, toda a população brasileira é contemplada pelo Sistema e se utiliza de seus serviços, mesmo as pessoas que, na assistência, preferem recorrer a instituições e profissionais particulares.¹⁷

¹³ Artigo 198, caput, e seus incisos I, II e III, da Constituição Federal: “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”. Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

¹⁴ Mariana Filchtner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf.

¹⁵ Nesse sentido, a lei 8.080/90, em seu artigo 17, caput e inciso I, diz: “Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: I – promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde”. BRASIL, “Lei 8.080, 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”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

¹⁶ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*.

¹⁷ Maria Rizeide Negreiros Araújo e Márcia Araújo Sabino de Freitas, “As redes de atenção à saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios”, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dossiê Especial: Políticas públicas e o direito à saúde no Brasil, Brasília, núm. 3, dezembro de 2018, p. 18. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/245>.

No entanto, o SUS ainda é muito jovem e carece de desenvolvimento. A Lei n. 8.080/90, que trata das ações e serviços de saúde no país, como abarcado, demorou mais de 20 anos para ser regulamentada pelo Decreto n. 7.508/11. Ademais, a Lei Complementar n. 141, de 2012, veio, com atraso de mais de duas décadas, normatizar a Emenda Constitucional n. 29/00, determinando valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos em ações e serviços públicos de saúde e fixando critérios de rateio dos recursos da União destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.¹⁸

Ainda, não é novidade que o maior e histórico problema do SUS se relaciona ao seu subfinanciamento, estando cada vez mais precário diante da atual conjuntura político-econômica. O aumento da precariedade do financiamento ocorre logo no momento da própria construção da rede do sistema, em que, frente à estruturação recente, demandava maiores investimentos nos seus primeiros anos.¹⁹

Grande fator de impacto no orçamento à saúde é representado pela Emenda Constitucional n. 86/2015, que fez com que houvesse um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde – de R\$ 11,7 bilhões em relação a 2014 e de R\$ 2,5 bilhões em relação a 2015 –, o que vai contra o dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis, conforme o artigo 2º, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto n. 591/1992. Vai ainda contra a obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, inscrita no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto n. 3.321/1999.²⁰

Acrescenta-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por intermédio da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, proclamou, no seu artigo XI, a proteção e a promoção do direito à saúde por meio de medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos.²¹

Direito à preservação da saúde e ao bem-estar. Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

¹⁸ Maria Rizioneide Negreiros Araújo e Márcia Araújo Sabino de Freitas, *op. cit.* p. 17.

¹⁹ Maria Rizioneide Negreiros Araújo e Márcia Araújo Sabino de Freitas, *idem*.

²⁰ Sueli Gandolfi Dallari, “Algumas batalhas estão sendo perdidas. Perdemos a guerra?”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, núm. 2, julho a outubro de 2017, p. 11. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/142008/137251>.

²¹ Organização dos Estados Americanos, “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b. Declaracao_Americana.htm.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 o único instrumento a trazer a proteção dos direitos sociais foi o artigo 26, que faz referência ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo esse o artigo que fundamenta a proteção do direito à saúde:

CAPÍTULO III. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.²²

Ademais, o primeiro caso no universo interamericano a apresentar a discussão sobre o direito à saúde foi de Ximenes Lopes vs. Brasil de 2006,²³ em que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana por maus tratos em instituição hospitalar, ocasionando a morte de um paciente em tratamento por saúde mental. O caso desaguou em diversas políticas públicas que trouxeram avanços significativos para o tratamento de pacientes na área da saúde mental, o aprimoramento das instituições de acolhimento e o aperfeiçoamento dos profissionais da saúde no trato da relação com os pacientes.²⁴ Nesse caso, houve a proteção do direito à saúde de forma indireta, através do direito à vida e à integridade pessoal, em particular das pessoas que sofrem de problemas psiquiátricos.

Destaca-se que até 2018, tendo-se como marco o caso Poblete Vilches e outros vs. Chile,²⁵ a Corte Interamericana protegeia o direito à saúde através de uma interpretação mais ampla da Convenção Americana à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, ou seja: em face de um direito civil ou político, que indiretamente repercutia na tutela do direito à saúde. Com o referido caso chileno, pelo artigo 26 da

²² Convenção Americana de Direitos Humanos, “Pacto de São José da Costa Rica”, 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil”, Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.

²⁴ Laurence Burgogue-Larsen, “La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em: Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Derechos humanos, democracia e integração jurídica: avanzando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, pp. 592-593.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile”, Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.

Convenção Americana o direito à saúde recebe proteção como direito autônomo no âmbito da Corte Interamericana, o que demonstra um avanço na sua jurisprudência.

Tal caso, sublinha-se, se trata de uma demanda relacionada ao falecimento de Vinicio Antonio Poblete Vilches, idoso, após duas entradas em um hospital público no Chile. Na sentença, a Corte Interamericana declarou a responsabilidade internacional do Estado por não garantir ao idoso o direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários básicos e urgentes, em atenção à sua situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa e pelos sofrimentos decorrentes da falta de atendimento do paciente.²⁶

Uma vez compreendidos alguns aspectos essenciais do desenho normativo do direito à saúde e de sua operacionalização pelo SUS, prossegue-se ao tema da judicialização da saúde, problemática atual e desafio aos três Poderes Estatais.

2. Os caminhos do direito fundamental social à saúde no Brasil: da programaticidade à judicialização

A interferência do Poder Judiciário na saúde teve início na década de 90, pois, se de um lado a Constituição Federal garantia o direito à saúde como um direito fundamental com a criação do SUS, do outro existia (existe) pouco investimento na área da saúde, associado ao escasso controle desse investimento e dos repasses e aplicações dos recursos. Desse modo, as dificuldades de efetivação do direito à saúde por meio da plena disponibilização dos serviços necessários ao bom funcionamento do SUS e da garantia de oferta das diversas prestações na área de saúde, refletiram-se no incremento de ações judiciais, cujo principal objeto se centrou, de início, na pretensão ao fornecimento de medicamentos.²⁷

Observa-se que o novo modelo de assistência à saúde, introduzido pelo Constituinte de 88, permitiu a invocação da universalidade e integralidade como argumentos hábeis a possibilitar o pleito de prestações materiais negadas, omitidas ou ineficazes, pela via administrativa.²⁸

Nessa perspectiva inicial, atualmente os dados da judicialização da saúde aumentam a cada ano. Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2011

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Relatório Anual de 2018”, p. 51. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr>.

²⁷ Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 29. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf.

²⁸ Otávio Balestra Neto, “A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 1, março a junho de 2015, p. 95. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>.

tramitavam no Judiciário 240.980 processos judiciais na área da saúde. Em 2016 foram recebidos, apenas pela primeira instância, 87.505 casos novos envolvendo o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares.²⁹

O Relatório Justiça em Números de 2017 indicou, no assunto “serviço/saúde”, que as demandas judiciais envolvendo diversos assuntos voltados à saúde corresponderam a um total de 1.346.931 ações em todas as instâncias.³⁰ Já, em sua edição de 2018 esse número atingiu a marca de 1.778.269³¹ ações, ou seja; um aumento de 32,02% no número de ações relacionadas à saúde do ano anterior.³²

Destaca-se que o fenômeno da judicialização da saúde se iniciou com os doentes de HIV/AIDS (Síndrome Deficiência Imunológica Adquirida), que foram os primeiros e os principais demandantes em busca de medicamentos a ingressarem com ações judiciais, pela necessidade e custo. Depois de resultados positivos, em que o Poder Judiciário se mostrou efetivo na questão de busca por melhorias no âmbito da saúde, as demandas só aumentaram.³³

O *leading case* sobre a matéria foi o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, que reconheceu o dever do Estado de oferecer o tratamento aos pacientes aidéticos. O acórdão³⁴ afirmou o caráter fundamental do

²⁹ Conselho Nacional de Justiça, “Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde”, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>.

³⁰ Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números”, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

³¹ O estudo contempla todas as demandas sobre a judicialização da saúde (de natureza cível, não criminal), considera os processos em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização. Pela sistemática do Relatório não é incomum o cadastramento de mais de um assunto em relação ao mesmo processo. Neste caso, todos são contabilizados.

³² Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números”, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

³³ Ricardo Lobo Torres, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, em: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

³⁴ Acórdão do Recurso Extraordinário 271.286: “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de

dereito à saúde como prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade de pessoas pela Constituição Federal como consequência indissociável do direito à vida, o que veio a fortalecer, por sua vez, a posição no sentido da admissão da aplicabilidade imediata e direta das normas constitucionais que positivaram o direito à saúde, conforme o artigo 6º e 196 da Constituição Federal – em cunho “garantista”, fortemente comprometido com a concretização do dever de proteção à saúde atribuída ao Estado, e não mais em seu caráter programático, o que reforça a temática desse artigo, no sentido de “o direito à saúde, da programaticidade à judicialização”.

Com o tempo, a noção do direito à saúde como prestação do Estado tomou uma abrangência ainda maior, em que não só os doentes com HIV/AIDS eram beneficiados com medicamentos e tratamentos: os demais cidadãos na busca de próteses, tratamentos no exterior e de alto custo, prestação de fraldas e cirurgias, entre tantos outros pedidos, demandaram frente ao Poder Judiciário no intuito de ter seu direito fundamental garantido.

Outrossim, pode-se traçar três diferentes fases da judicialização da saúde no Brasil: a primeira delas se inicia em meados da década de 1990, quando se instituiu a prevalência das teses da Fazenda Pública, visando à impossibilidade de atendimento estatal das demandas relacionadas à saúde,³⁵ tendo-se em vista o seu caráter programático. No início dos ajuizamentos de tais demandas a jurisprudência se

suas atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Recurso Extraordinário 271.286”, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

³⁵ Otávio Balestra Neto, “A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à saúde: evolução rumo à racionalidade”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm.1, março a junho de 2015, p. 94. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Como exemplo, o Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996, que analisou o fornecimento de medicamentos pelo SUS, a impetrante, menor, que sofria de doença rara — síndrome de hipoventilação alveolar central — que na época tinha um custo médio de 50 mil dólares, e teve seu pedido negado. O relator do caso, Ministro Demócrito Reinaldo, atribuiu a negação ao fato de as normas garantidoras do direito à saúde na

orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde.

A segunda fase se denota a partir de uma série de sentenças proferidas no início dos anos 2000, em que o Superior Tribunal de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, passaram a ressaltar, aprioristicamente, o dever de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o caráter fundamental do direito à saúde, havendo como pressuposto o mínimo existencial para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias. Nessa fase o confronto era entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sem maiores considerações sobre as especificidades do pedido.³⁶ Essa segunda fase é aquela na qual se encontram as decisões favoráveis aos pedidos de tratamento de pacientes aidéticos, conforme mencionado anteriormente no presente trabalho.

A terceira fase, por sua vez, se inicia com o decorrer dos anos 2000, em que os Tribunais Superiores eventualmente passam a negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, dando mais atenção às questões próprias das ações — medicamentos fora das listas nacionais, sem registro na ANVISA e de alto custo. Com isso, chega-se à conclusão de que esta terceira fase gerou ao menos três eventos importantes para a judicialização da saúde, quais sejam: (I) a realização da Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal, em 2009; (II) o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, em 2010; e (III) a edição da Lei n. 12.401/2011, já antes assinalada.³⁷

Quanto ao primeiro desses eventos, em 2009, a Audiência Pública da Saúde foi convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que ouviu cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde e gestores e usuários do SUS, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.³⁸

Apesar da particularidade de não estar associada diretamente a nenhuma ação do controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), em que a legislação prevê, expressamente, a possibilidade da realização de audiências públicas (isso na Lei 9.868/99 e na Lei 9.882/99), a Audiência Pública da Saúde foi convocada por ser considerada estratégica e fundamental para o julgamento de uma série de ações em tramitação no Supremo Tribunal Federal,

Constituição Federal possuírem caráter programático, necessitando, para sua dispensação, a criação de regulamentação pelo legislador ordinário.

³⁶ Otávio Balestra Neto, *idem*.

³⁷ Otávio Balestra Neto, *idem*, p. 95. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>.

³⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Audiência pública da judicialização do direito à saúde”, Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

todas cuestionando o dever do Estado na criação de vagas em Unidades de Terapia Intensiva e em hospitais, no fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos, especialmente nos casos em que um único tratamento implicar montantes elevados, além de em situações em que o tratamento necessário não estiver previsto nos Protocolos do SUS.

A Audiência Pública da Saúde embasou a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, da Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, e da Suspensão de Liminar 47, e ganhou destaque, pois acarretou uma mudança de postura do próprio Supremo Tribunal Federal quanto às ações envolvendo o direito à saúde, no sentido de compreendê-lo como direito subjetivo público, cabendo ao Estado o dever de protegê-lo. As respectivas ações foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17 de março de 2010, impondo-se ao Poder Público “custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a Justiça agir quando o poder público deixar de formular políticas públicas ou deixar de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição”.³⁹

O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, buscou, ainda, em sua decisão, fixar alguns critérios e parâmetros a serem observados pelos Tribunais no julgamento de causas que envolvam a prestação do direito à saúde. O primeiro deles diz respeito à existência ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nesse entendimento, existindo a política formulada pelo SUS, o Poder Judiciário, por sua vez, não estaria criando políticas públicas, mas determinando o seu cumprimento. Caso contrário, ou seja, que a prestação de saúde pleiteada não esteja entre as políticas públicas do SUS, deve-se distinguir se a não prestação decorre de: 1. Uma omissão legislativa ou administrativa; 2. Uma decisão administrativa de fornecê-la; ou 3. Uma vedação legal à sua dispensação, ou seja: é vedado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, situação em que a não-concessão do medicamento se impõe. No que fica entendido que, por sua vez, medicamento vedado pela ANVISA não deveria ser deferido; porém, o Ministro, linhas abaixo, deixa claro que não se trata de regra absoluta, podendo-se permitir a importação de medicamentos não autorizados pela ANVISA.⁴⁰

O segundo critério, por seu turno, é condizente à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Desse critério decorrem

³⁹ Cumpre afirmar que antes da audiência pública e da decisão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido sobre matéria atinente ao direito à saúde, como exemplo no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, como acima mencionado, e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 255.627/RS, em que houve a alegação de hipossuficiência. Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Recurso Extraordinário 271.286”, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 set. de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.jus>.

⁴⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, Suspensão de Liminar 47”, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

duas hipóteses distintas: a primeira delas condiz ao fato de que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; e a segunda, que o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesse sentido, ficou resolvido que das duas opções prevaleça à primeira; todavia, novamente, o Ministro Relator aponta para a exceção de que o Poder Judiciário ou a própria Administração poderão decidir por medida diferente da custeada pelo SUS, a qual deverá ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz ao seu caso.⁴¹

Já o terceiro e último critério corresponde à alegação de inexistência de tratamento, situação em que se faz preciso distinguir dentre os tratamentos experimentais (sem comprovação específica de sua eficácia) e aqueles tidos como não-testados pelo sistema público, mas que já são disponibilizados pelo setor privado. A questão reside, no primeiro caso, em que a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, quer por ações individuais, quer por ações coletivas, devendo, no entanto, haver instrução processual, com ampla produção de provas.⁴²

Em análise, observa-se que para cada regra foi prevista uma exceção; nessa síntese afirma-se que nas ações envolvendo prestação à saúde, requerida de forma individual ou coletiva, havendo ou não política pública, estando ou não na lista, sendo ou não medicamento aprovado pela ANVISA, faz-se necessária uma significativa produção probatória, de informações técnicas, para se perquirir se tal tratamento é o mais adequado, o que lhes outorga uma complexidade e uma dimensão fática que ultrapassam a alçada do direito.

Prosseguindo: em síntese, além dos critérios mencionados, os principais temas enfrentados na decisão foram: o direito à saúde como direito fundamental social; o direito à saúde como prestação positiva que recai sobre o Estado; a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde; a necessidade de compatibilização do mínimo existencial e da reserva do possível; a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais; a inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais; a dimensão do problema da judicialização da saúde, que envolve não só os operadores jurídicos, mas gestores públicos, profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo; a temática da violação da separação dos Poderes; a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas; e o efeito multiplicador da decisão.⁴³

Fato de grande discussão, também, se refere à questão de o Supremo Tribunal Federal não restringir a judicialização da saúde à dimensão coletiva, afirmando

⁴¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *idem*.

⁴² Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ibid*.

⁴³ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ibid*.

que, em sendo o direito da saúde um direito subjetivo público, a sua dimensão individual⁴⁴ também deve ser assegurada. Essa é uma grande crítica no que concerne à judicialização da saúde, ou seja: a grande incidência de demandas individuais. Barroso⁴⁵ afirma que essa atuação põe em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, tanto porque desorganiza a atividade administrativa quanto porque impede a alocação racional dos escassos recursos públicos, impedindo que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Seria o caso de o excesso de judicialização comprometer a realização prática da Constituição Federal, pois, em muitos casos, estar-se-ia concedendo privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas públicas universais. O resultado seria a realização de uma microjustiça, e não de uma macrojustiça. Preocupado em resolver os casos concretos, o juiz não pode se esquecer da existência de recursos escassos, limitados, para demandas ilimitadas.⁴⁶

O Ministro Gilmar Mendes, na decisão acima comentada, enfrenta, por sua vez, a questão da microjustiça, afirmando que o Supremo Tribunal Federal estaria vocacionado para a apreciação de casos concretos – a microjustiça – apontando que os defensores da atuação do Poder Judiciário afirmam que, frente à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, matérias como o direito à saúde não poderiam deixar de ser objeto de apreciação judicial.

⁴⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ibid*. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, Relator da AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

⁴⁵ Luís Roberto Barroso, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, em: E-GOV, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>.

⁴⁶ Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 20-21. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Porém, essa não é a posição de toda a doutrina sobre o assunto, Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet afirmam que não se pode deixar de lembrar que o direito à saúde é, antes de tudo e também, um direito de cada pessoa, ao estar intimamente conexo à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano. Dessa forma, a tutela individual não poderá ser desconsiderada.

Nota-se que, apesar de todos os argumentos apresentados, a judicialização da saúde se resume, todavia, principalmente ao problema do orçamento público, pois as ações, conseqüentemente, irão dispende grande quantia de dinheiro, desorganizando o orçamento pré-estabelecido.

A discussão acerca da judicialização da saúde frequentemente remete ao Poder Judiciário e à sua atuação, sem observar que muitas vezes o ente responsável não possui os fármacos contidos na lista de medicamentos, ou que essa mesma lista não é devidamente atualizada.⁴⁷ Há um considerável aumento de demandas judiciais referentes à saúde; todavia, por outro lado, o poder público também deixa que falte o mínimo e o ordenado por lei para a prestação da saúde à sua população. Nesse sentido, ao final, advoga-se que somente através de um diálogo entre os Poderes e com medidas trabalhadas em conjunto – medidas estas dentro e fora do Poder Judiciário – será possível minimizar os efeitos e as conseqüências da judicialização da saúde.

Reforça-se, assim, a necessidade de diálogo entre os Poderes, a fim de se alcançar uma solução em que todos os entes envolvidos e a própria sociedade estejam comprometidos. Carece-se, pois, de diálogo e de cooperação, na ideia do constitucionalista alemão Peter Häberle,⁴⁸ que apresenta o modelo de “Mesa Redonda” (“*runder Tisch*”), na concepção de reconstrução do diálogo entre os diferentes atores envolvidos na interpretação constitucional, todos estando em uma mesma distância e todos buscando, através de políticas públicas e outras medidas, formas para enfrentar a questão da judicialização da saúde, que se apresenta tão cara quanto a busca pela concretização do direito fundamental à saúde a todos.

Considerações finais

O direito à saúde passou a integrar os direitos fundamentais, de cunho social, a partir da Constituição Federal de 1988, que também instituiu o Sistema Único de Saúde, de caráter universal, igualmente compreendido como uma garantia fundamental. Um dos desafios em matéria de direito à saúde reside, por sua vez, na garantia e eficácia desse sistema, previsto como um dever do Estado e como direito de todos, em face de um orçamento cada vez mais restritivo.

A judicialização da saúde, que se inicia de forma tímida, com a busca de tratamento por aidéticos, alcança uma preocupação e dimensão que reforça a concepção de uma garantia fundamental de cunho não programático. Todavia, frente às

⁴⁷ Sandra Regina Martini, “Sistema da saúde e transformação social”, em Sandra Regina Martini (coord.), Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p.25. No ano de 2010, no Estado do Rio Grande do Sul, cerca dos 47% dos remédios utilizados estavam fora da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

⁴⁸ Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2, Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 85.

demandas coletivas e individuais de distintas naturezas – que vão de medicamentos e tratamentos previstos nas listas do SUS a pedidos de tratamento de alto custo no exterior e de medicamentos experimentais não aprovados pela ANVISA – e que só aumentam, afirma-se que a judicialização da saúde possui complexidade e consequências que nem o Poder Judiciário, o Legislativo ou o Executivo, nem a sociedade e o SUS, conseguirão resolver ou conter sozinhos. É preciso que se implemente entre os diferentes atores envolvidos uma perspectiva de diálogo e de cooperação voltada a uma racionalização e otimização do SUS – aí incluídas as demandas judiciais.

Reforça-se, assim, a necessidade de diálogo entre os Poderes, a fim de se alcançar uma solução em que todos os entes envolvidos e a própria sociedade sejam atores e com a qual estejam comprometidos: todos buscando formas para enfrentar a judicialização da saúde, que, no Brasil, tem se apresentado tão cara quanto a busca pela concretização do direito fundamental à saúde a todos.

Referências

- ARAÚJO, Maria Rizioneide Negreiros e Márcia Araújo Sabino DE FREITAS, “As redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios”, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito a Saúde no Brasil, Brasília, núm. 3, dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/245>
- BALESTRA NETO, Otávio, “A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à saúde: evolução rumo à racionalidade”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm.1, março a junho de 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>
- BARROSO, Luís Roberto, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, em: E-GOV, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>.
- BRASIL, “Lei 8.080, 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, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.
- _____, “Portaria 2.203”, de 05 de novembro de 1996, Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – NOB-SUS 01/96. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html.
- _____, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

- _____, Supremo Tribunal Federal, “Audiência pública da judicialização do direito à saúde, Ministro Gilmar Mendes”, Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- _____, “Recurso Extraordinário 271.286”, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- _____, “Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, e Suspensão de Liminar 47”, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- _____, Superior Tribunal de Justiça, “Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS”, Relator Min. Demócrito Reinaldo, Brasília, 23 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em: Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, “Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde”, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>.
- _____, “Fórum de saúde”, 2011 e 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.
- _____, “Justiça em números”, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>.
- _____, “Justiça em números”, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.
- _____, “Justiça em números”, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, “Pacto de São José da Costa Rica”, 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.
- _____, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.
- _____, “Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile”, Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.
- _____, “Relatório Anual de 2018”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.
- DALLARI, Sueli Gandolfi, “A construção do direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 3, novembro de 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>.
- _____, “Algumas batalhas estão sendo perdidas. Perdemos a guerra?”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 2, julho a outubro de 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/142008/137251>.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e Ingo Wolfgang SARLET, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível

- em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/ane-xo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf.
- HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kutturwissenschaft*, 2, Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.
- MARTINI, Sandra Regina Martini e Mártin Marks SZINVELSKI, “O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a 2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação”, em: Sandra Regina MARTINI (coorda.), *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.
- _____, “Sistema da saúde e transformação social”, em: Sandra Regina MARTINI (coorda.), *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa, *Caminhos do direito a saúde no Brasil*, Brasília, Editora do Ministério da Saúde, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, em: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (orgs.), *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.