

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

CAROLINE DE JESUS OLIVEIRA

**PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR O
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE EM AÇÕES INDIVIDUAIS**

**GUARAPARI - ES
2018**

CAROLINE DE JESUS OLIVEIRA
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

**PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR O
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE EM AÇÕES INDIVIDUAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Esp. Ricardo José da
Silva Silveira**

**GUARAPARI - ES
2018**

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM AÇÕES INDIVIDUAIS, elaborado pela aluna CAROLINE DE JESUS OLIVEIRA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.**Guarapari/ES, 23 de julho de 2018.**

Prof. Ricardo José da Silva Silveira
Faculdades Doctum Guarapari
Orientador

Prof. Umbertino Antônio de Carvalho Neto
Faculdades Doctum Guarapari

Prof. Rubens Filho
Faculdades Doctum Guarapari

Para os meus pais - Carlos Alexandre
Gomes de Oliveira e Sandra Cardoso de
Jesus Oliveira -, razão de todos os meus
esforços.

“Filho, tenha sempre sabedoria e compreensão e nunca deixe que elas se afastem de você. Elas lhe darão vida, uma vida agradável e feliz, você caminhará seguro e não tropeçará. Quando se deitar, não terá medo, e o seu sono será tranquilo a noite inteira. Você não ficará preocupado com os desastres que caem de repente como uma tempestade sobre os maus. Pois o SENHOR Deus lhe dará segurança e nunca deixará você cair numa armadilha” (BÍBLIA, Provérbios, 3, 21 a 26).

PARÂMETROS PARA RACIONALIZAR E UNIFORMIZAR O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM AÇÕES INDIVIDUAIS

Caroline de Jesus Oliveira¹

Prof. Esp. Ricardo José da Silva Silveira²

RESUMO

O direito à saúde, disposto no caput do art. 5º e nos art. 196 a 200 da Constituição Federal, deve ser prestado ao cidadão por meio de políticas públicas que visem à redução de enfermidades e seus agravos. A pesquisa tem como propósito indicar e explanar parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial em ações individuais, a fim de que estas não afetem a coletividade, destinando-se àqueles que atuam no controle jurisdicional de políticas públicas, com o intuito de auxiliar na emissão de decisões judiciais. O Poder Judiciário, sempre que plausível, realizará o controle das políticas públicas, pois nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do judiciário. No entanto, ao analisá-los, especialmente nos casos estritamente individuais, devem ser observados três critérios para que seja proferida a decisão: (a) a observância o mínimo existencial; (b) a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade e (c) o respeito às limitações de ordem orçamentária. O tema tem merecido destacada atenção no cenário jurídico brasileiro, tendo em vista que o fenômeno da judicialização do direito à saúde tem grande valia, pois se trata de tema fomentador e desafiador na ciência jurídica contemporânea, sendo pouco debatido. A pesquisa exploratória foi a utilizada na confecção desta pesquisa, realizada através de pesquisa bibliográfica, no município de Guarapari/ES, entre os anos de 2017 e 2018 e tendo como base fontes bibliográficas e documentais de âmbito nacional.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Controle jurisdicional. Intervenção do Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde é assegurado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, constituindo desdobramento do direito fundamental à vida, pautado no princípio da dignidade humana e que se encontra inserido na Carta

¹ Graduando em direito. carol_cjo@hotmail.com.

² Especialista em Direito do Estado. ricardosilveira.prof@gmail.com.

Maior como um dos direitos sociais a serem assegurados pelo Poder Público mediante a implementação de políticas sociais e econômicas que visam à consecução dos objetivos fundamentais postos na Constituição. Dessa forma, o Estado utiliza-se de políticas públicas, que consiste em um conjunto de atos estatais tendentes ao seu fim, em consonância com metas que tenham como objetivo atingir os fins primordiais do Estado, para efetivar os direitos fundamentais, tais como o direito a saúde, previstos na Constituição Federal.

A inércia do Poder Público, sua ineficácia, o absentismo ou déficit na elaboração de políticas públicas, a corrupção, os desvios de destinação quando da definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos em detrimento de outros, geram o fenômeno conhecido como judicialização da saúde pública, que busca a implementação do direito à saúde por intermédio da intervenção judicial e vem aumentando gradativamente no Brasil.

Mas de toda essa problemática surgem dois questionamentos: é possível que o Poder Judiciário controle, mediante intervenção processual, o Executivo e o Legislativo no que concerne às suas ações ou omissões quanto à implementação das políticas públicas da saúde? E sendo possível essa intervenção, quais são os limites que devem ser utilizados para tanto?

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo principal verificar a possibilidade do Judiciário controlar o Executivo e o Legislativo no que concerne às suas ações ou omissões quanto à implementação das políticas públicas, tendo em vista a existência de uma crescente demanda jurisdicional para efetivação do direito fundamental à saúde, ante a omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação dessa assistência, gerando o fenômeno conhecido como judicialização do direito à saúde.

Quanto aos objetivos específicos, discorrerei sobre a consagração do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, de que forma se dá a concretização desse direito, a importância da implementação de políticas públicas para assegurar o acesso à saúde e o surgimento do fenômeno de judicialização do direito à saúde. Além disso, dissertarei sobre a interferência do poder judiciário quando o assunto é saúde pública, os limites dessa interferência segundo renomados doutrinadores, as consequências desse controle pelo Poder Judiciário e quais os parâmetros que poderiam ser utilizados no controle jurisdicional das políticas públicas em ações

estritamente individuais, de forma que a procedência destas não afete a coletividade.

Com relação à metodologia aplicada, a pesquisa exploratória foi utilizada para confecção desse artigo, tendo como delineamento a pesquisa bibliográfica. Portanto, trata-se de pesquisa exploratória, realizada no município de Guarapari, no Estado do Espírito Santo, entre os anos de 2017 e 2018 e tendo como base fontes bibliográficas e documentais de âmbito nacional.

A crise no sistema de saúde no Brasil está presente em nosso dia a dia e é perceptível a crescente demanda jurisdicional para efetivação desse direito. A omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação da saúde gera o fenômeno conhecido como judicialização do direito à saúde, que consiste na provocação da atuação do Poder Judiciário a fim de que este determine que o Estado forneça atendimento com médico especialista, medicamentos, insumos terapêuticos ou intervenções cirúrgicas aos assistidos, ou seja, que este implemente de forma correta e eficaz as políticas públicas destinadas à saúde.

No entanto, a intervenção recorrente do Poder Judiciário na seara das políticas públicas gera diversas consequências na prestação desse serviço, razão pela qual a adoção de alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial em ações individuais se torna fundamental, a fim de diminuir o controle jurisdicional que gera caos nos recursos públicos.

Em minha trajetória acadêmica tive o privilégio de estagiar no 1º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Guarapari/ES e no Ministério Público do Estado do Espírito Santo e percebi o quão defasado é a atuação do Estado na prestação da saúde pública e conseqüentemente na implementação das políticas destinadas a efetivação esse direito.

Diariamente são ajuizadas diversas ações com fim de garantir o pleno exercício do direito individual à saúde de inúmeros cidadãos, gerando decisões que não são padronizadas no âmbito nacional, resultados diversos em demandas semelhantes, provimentos absurdos incapazes de serem cumpridos pelo Estado e impactos orçamentários que afetam toda a coletividade que depende do Sistema Único de Saúde.

Após a análise e estudo aprofundado do tema em questão, originou-se o presente trabalho que foi dividido em quatro capítulos. O primeiro trata sobre o

direito à saúde no Brasil, trazendo um breve histórico do crescimento desse direito, sua previsão constitucional e infraconstitucional e a repartição de competências entre os entes federativos. O segundo capítulo conceitua políticas públicas e enumera algumas das existentes no Brasil. O terceiro capítulo dispõe sobre interferência do poder judiciário em relação à saúde, explanando sobre controle jurisdicional, seu fundamento constitucional, sua importância e os limites deste controle na implementação das Políticas Públicas da Saúde. Por fim, serão discutidos os impactos do controle jurisdicional das Políticas Públicas como resultado das Ações Individuais e alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial em ações individuais que visem à efetivação do direito à saúde.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1.1 Breve Histórico

Desde o princípio da colonização do Brasil por Portugal até meados do século XIX – incluindo o período pós-independência e os governos de Dom Pedro I e Dom Pedro II - a saúde pública no Brasil era extremamente restrita e tinha como objetivo primordial desempenhar o controle sanitário dos navios que ancoravam nos portos brasileiros, em decorrência da lepra e da peste. A assistência à saúde era ofertada apenas àqueles que detinham recursos financeiros suficientes para arcar com os serviços prestados por poucos médicos que vinham da Europa. Naquela época restava, à grande parte da população, recorrer-se à sabedoria popular, as crendices ou conhecimentos advindos dos indígenas ou dos africanos que aqui vinham laborar, haja vista que o Estado não tinha qualquer preocupação com a saúde da população (LIMA, 2015).

Na Primeira República ou República Velha (1889-1930), as políticas de saúde tinham um papel significativo na formação e na expansão da capacidade do Estado intervir sobre o território nacional. Com a instituição da legislação sanitária, as autoridades passaram a dispor de instrumentos previstos em lei e institucionais, bem como de recursos humanos para fiscalizar as condições dos imóveis citadinos e a

fabricação e o comércio de alimentos. O governo federal deveria realizar a fiscalização dos portos, das atividades médicas, farmacêuticas e laboratoriais, como por exemplo, o controle de vacinas e soros, bem como a notificação compulsória de doenças como febre amarela, peste, varíola, febre tifoide, tuberculose, lepra, dentre outras (PESSOTO; RIBEIRO; GUIMARÃES, 2014). A forte intervenção higienista durante a Velha República se deu principalmente nas capitais e no porto de Santos, só sendo isso possível porque a oligarquia destinava grande parte de suas verbas para a área da saúde pública (FILHO, 2011).

Investido na Presidência em 1930, Getúlio Vargas, realizou diversas reformas na área sanitária na época conhecida como “Era Vargas”, podendo-se destacar a criação do Ministério da Educação e da Saúde, que determinou ampla reforma nos serviços sanitários no país. Dentre elas, podemos citar a centralização dos serviços e o tratamento de enfermidades específicas, bem como o aumento na prestação desse serviço (FILHO, 2011).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, passou a assegurar assistência médica e sanitária aos trabalhadores e às gestantes. Além disso, o Estado deveria adotar critérios a fim de reduzir a mortalidade e a incidência de doenças infantis, bem como medidas que diminuíssem a propagação de enfermidades transmissíveis e o cuidado com a saúde mental. Ademais, idealizou um Estado Social, aludindo sobre o princípio da dignidade humana. A Constituição de 1937 assegurava que competia à União a defesa e a proteção à saúde, especialmente das crianças, além de dispor sobre a possibilidade de os Estados-membros legislarem sobre saúde (CRUZ, 2014).

No processo de redemocratização no Brasil, após o término do Governo Vargas e do Estado novo em 1945, a assistência à saúde não passou por mudanças significativas. Em decorrência do processo de modernização tardia da base econômica, após a Segunda Guerra Mundial, uma parte da população ainda permanecia no campo, sem acesso aos serviços que eram disponibilizados à população urbana (LIMA, 2015).

A Carta 1946 inovou apenas ao dispor sobre a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. Por fim, as Cartas dos governos militares estabeleciam planos nacionais de saúde e a aplicação de recursos municipais em programas da saúde (CRUZ, 2014).

A Carta de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a dispor sobre o direito à saúde como um direito fundamental (MENDES, 2014). “A partir de 1988 [...] a saúde deixou de ser mera regra de repartição de competência administrativa, sendo erigida a direito fundamental” (CRUZ, 2014, p. 103). Iniciou-se “um modelo de assistência à saúde voltado para toda a população brasileira, norteado pelo ideário universalista” (LIMA, 2015, p. 70), o qual passou a permitir que todos tivessem acesso universal e igualitário aos serviços de assistência à saúde.

O sistema de atenção à saúde, previsto, sobretudo, no art. 196 da Constituição Federal de 1988, passou a ser baseado no princípio do universalismo, assegurando que a saúde era um direito de todos e um dever do Estado (LIMA, 2015), que deveria ser prestado de forma universal e igualitária.

2.1.2 Regramento Constitucional e Infraconstitucional do Direito Fundamental à Saúde a partir de 1988

Conforme ressaltado acima, a Constituição de 1988 foi a “primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde” (MENDES, 2014, p. 642).

O direito fundamental à saúde constitui desdobramento do direito fundamental à vida, assegurado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, assentado no princípio da dignidade humana e que se encontra inserido na Carta Maior como um dos direitos sociais a ser assegurado pelo Poder Público mediante a implementação de políticas sociais e econômicas (RIBAS, 2013).

Ao qualificar o direito à saúde como fundamental, não lhe pode atribuir importância meramente lérica, desprovida de qualquer relevância jurídica. Ao contrário, constitucionalizar o direito à saúde ocasiona um aumento formal e material de sua força normativa, com imensuráveis consequências práticas, principalmente no que se refere à sua efetividade, que pode ser caracterizada como a materialização da norma no mundo dos fatos (BARROSO, 1996).

O direito social à saúde possui imensurável força normativa e não pode constituir mera promessa esboçada na Constituição Federal. A concretização do direito à saúde é atribuição do Estado, devendo ser fomentada de modo responsável, de forma a promover o acesso irrestrito de todos à massa, sendo este considerado um direito pertencente a todos, que deve ser prestado de forma integral, gratuita, universal e igualitária (BARROSO, 1996).

Portanto, trata-se de direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante a implementação de políticas sociais e econômicas que visem à diminuição dos riscos de enfermidades, de forma universal e igualitária a todos os cidadãos, por intermédio de ações e serviços que objetivem a sua promoção, proteção e recuperação (LENZA, 2013; BRASIL, 1988).

Assim, a essencialidade do direito à saúde faz com que a norma que a garante não se transforme em inconsequente promessa constitucional ou infraconstitucional, posto que impõe ao Estado o encargo de prestá-la, haja vista que se trata de direito inerente ao direito à vida. Logo, o Estado deve buscar maneiras de harmonizar o caráter prestacional com a implementação de recursos em políticas públicas que esse direito demanda (BARROSO, 1996).

Além do art. 5º *caput*, que garante a inviolabilidade do direito à vida – direito este estritamente ligado ao direito à saúde, a Constituição Federal, nos artigos 196 a 200, dispõe que o direito à saúde deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos” (BRASIL, 2018). Além disso, estabelece que as práticas e serviços de promoção do acesso à saúde devem ter o acesso absoluto, igualitário e irrestrito de todos, independentemente de pagamento, devendo ser inclusive garantido aos estrangeiros que aqui estejam, mesmo que transitoriamente, não sendo necessária a prestação de qualquer tipo de contribuição (KERTZMAN, 2017).

O artigo 197 destaca que a saúde pública em nosso país será instituída de forma composta, haja vista que os serviços serão prestados por iniciativa do sistema público, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) e também pela iniciativa privada (DIAS, 2015).

Ademais, em seu Título I, Capítulo II, a Carta Maior consagra o direito à saúde como um Direito Social. Os Direitos Sociais são direitos de segunda dimensão, que se constituem em prestações positivas a serem implementadas pelo Estado, a fim de proporcionar a isonomia substancial e social, assegurando melhores e propícias condições de vida aos cidadãos, estando, ainda, evidenciado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (LENZA, 2013).

De forma expressa, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 6º que são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer,

a segurança, a previdência social, a prestação à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988).

São direitos de grande relevância no Estado Social de Direito. No entanto, a implementação do direito à saúde, bem como dos demais direitos sociais, depende da disponibilidade de recursos razoáveis, os quais nem sempre estão à disposição do Poder Público (FILHO, 2015).

No que tange à regulamentação do direito à saúde na seara infraconstitucional, em consonância com a previsão constitucional constante no art. 197, em 19 de setembro de 1990, foi sancionada a Lei nº 8.080, que passou a regulamentar sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL, 1990).

Além disso, podemos citar a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que estabelece sobre a atuação da comunidade no gerenciamento do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de capital para financiamento da saúde pública (BRASIL, 1990).

Dessa forma, podemos concluir que o direito público subjetivo à saúde caracteriza prerrogativa jurídica indisponível reconhecida a todas as pessoas pela Constituição Federal, além de qualificar-se como direito fundamental indissociável do direito à vida. E como bem constitucionalmente tutelado, cabe ao Poder Público velar por sua integralidade, de modo responsável, formulando políticas públicas (STJ, Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul. 2000) que objetivem a diminuição dos riscos de enfermidades e que permita o acesso ilimitado, igualitário e irrestrito de todos aos serviços, de forma que seja efetivada a promoção, a proteção e a restabelecimento da saúde.

2.1.3 Repartição de Competências e a Lei do SUS

Silva (2014, p. 482) considera competência como "a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões".

Barroso (2009, p. 06), ao tratar sobre as repartições de competências para implementação da saúde em nosso país, discorre:

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, complementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde.

Com relação ao direito à saúde, entende-se que se trata de competência comum, cumulativa ou paralela, que são como expressões sinônimas, na medida em que correspondem à faculdade de legislar e praticar certos atos pelos entes federativos, juntos e em pé de igualdade, consistindo em um campo de atuação comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Isso ocorre porque o exercício de um não exclui a competência do outro, que podem ser exercidos cumulativamente, ou seja, um complementando o outro (SILVA, 2014).

À vista disso, como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, a fim de que seja garantido o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único) (BARROSO, 2009, p. 06).

A Constituição Federal estabelece que o Poder Público, através de lei ordinária, regulamentará a fiscalização e o controle das ações e serviços de saúde (BRASIL, 1988). Em decorrência do exposto, foi sancionada a Lei nº 8.080/90, que passou a regulamentar sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A referida lei estabelece que a saúde é um direito fundamental de todo ser humano, devendo ser prestado pelo Estado todas as condições indispensáveis ao seu pleno exercício por intermédio de execução de políticas econômicas e sociais que objetivem à atenuação de riscos de enfermidades e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário (BRASIL, 1990).

A Lei nº 8.080/1990 estabelece em seu art. 8º (BRASIL, 1990):

As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Referida lei sistematiza que a direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, devendo ser exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: pelo Ministério da Saúde, no âmbito da União, pelas Secretarias de Saúde ou órgãos compatíveis, no âmbito estadual e distrital e pelas Secretarias de Saúde ou órgãos compatíveis, no âmbito municipal.

Assim, a instituição do Sistema Único de Saúde – que supõe subsídios equânimes, abrangentes e absolutos, por meio de uma rede regionalizada e estruturada conforme as diretrizes da descentralização – reforça o compromisso dos entes federativos na efetivação do direito à saúde (SOUZA, 2014), na medida em que dispõe que os serviços serão estruturados de forma regionalizada e de forma hierárquica, respeitando-se os níveis de complexidade de cada serviço a ser oferecido de forma crescente.

2.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

2.2.1 Conceito de Políticas Públicas

A ideia hodierna de política pública guarda intrínseca relação com o surgimento do Estado de bem-estar, delimitado pelo compromisso de viabilizar os reclamos sociais (COELHO, 2017).

Júnior (2009 apud GRINOVER, 2013) ressalta que para que o Estado alcance suas finalidades, é imprescindível a concretização de metas e/ou programas que impliquem o estabelecimento de atribuições exclusivas aos Poderes Públicos, que garantam a consecução de objetivos fundamentais postos na Constituição Federal. Para tanto, quando se fala em direito à saúde, o Estado utiliza-se de políticas públicas, que consistem em um conjunto de atos estatais tendentes ao seu fim, em consonância com metas que tenham como objetivo atingir os fins primordiais do Estado.

“Políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger” (DI PIETRO, 2014, p. 89). Trata-se de instrumento conveniente e apropriado para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, notadamente quando se refere aos direitos sociais.

Bucci (2006, p. 39 apud CARDOSO, 2016, p. 19) conceitua políticas públicas como “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar meios à disposição do Estado e as atividades privadas”, com o intuito de efetivar os objetivos socialmente primordiais e politicamente estabelecidos (BUCCI, 2006 apud CARDOSO, 2016).

Ao afirmar que o direito à saúde deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos” (BRASIL, 1988), a Constituição Federal impõe que o Estado assegure a execução das políticas públicas de modo universal, igualitário e irrestrito, instituindo-se entidades públicas, pertencente à Administração direta ou indireta, bem como criando mecanismos de cooperação entre essas entidades e entre entidades do setor privado para concretização do acesso à saúde (DI PIETRO, 2014).

Assim, cabe ao Estado garantir o acesso à saúde através da implementação de políticas públicas, que objetivem a diminuição dos riscos de enfermidades e que permitam o acesso ilimitado, igualitário e irrestrito de todos aos serviços que efetivem a promoção, a proteção e o restabelecimento da saúde, devendo estes serem prestados por entidades pertencentes à Administração Pública Direta ou Indireta.

2.2.2 Políticas Públicas de Saúde no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão políticas públicas é utilizada para se referir a “estatutos” ou “sistemas” constituídos por fundamentos, preceitos, regramentos, jurisdições administrativas e, por vezes, por metas referentes a um determinado direito constitucionalmente previsto. Essas políticas públicas são concebidas a fim de concretizar as competências administrativas ou legais previstas pela Carta Maior (CARDOSO, 2016).

Di Pietro (2014) define políticas públicas como propósitos e mecanismos de atuação que o Poder Público estabelece para o alcance dos interesses públicos que lhe cabe salvaguardar e são vistas como o meio apropriado para efetivar os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal.

Segundo Bobbio (2000, apud, PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014), políticas públicas seria um conjunto de disposições, critérios e mecanismos que caracterizam

a orientação política do Estado e fixam as atividades a serem exercidas pelo governo referente a tarefas de interesse público.

Ocorre que a mera edição desses diplomas não assegura que o Estado executará as ações diretas e imprescindíveis para a concretização das políticas públicas. Essas leis servem para regulamentar e estabelecer diretrizes e objetivos (CARDOSO, 2016), e dependem da atuação do Poder Público para que sejam efetivadas.

Assim, não basta apenas a criação da política pública. A implementação de uma política é considerado o momento crucial de seu ciclo, tendo em vista que é quando as propostas se materializam. Portanto, propósitos pouco definidos, métodos não demonstrados, ausência de estudos de efetividade, inexistência de recursos financeiros disponíveis, dentre outros fatores, afetam nos resultados que se pretende alcançar (PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014) e conseqüentemente afetam aqueles que necessitam dos serviços públicos de saúde.

Dentre as políticas públicas de saúde existente no Brasil, podemos citar a Lei nº 8.080/90 (Sistema Único de Saúde), a Política Nacional de Promoção da Saúde, Programa Nacional de Imunizações (PNI), Programa Nacional de Triagem Neonatal (PNTN), Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos, Política Nacional de Saúde Bucal (Brasil Sorridente), dentre outras medidas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

O Sistema Único de Saúde é considerado o mais importante deles, na medida em que beneficia milhões e milhões de brasileiros cotidianamente por meio de atos de vigilância, administração de risco e danos, além da disponibilização de vacinas, realização de transplantes e disponibilização de medicamentos aos seus usuários (PAIM; ALMEIDA-FILHO, 2014).

À vista disso, pode-se concluir que políticas públicas podem ser conceituadas como um fenômeno associado ao interesse público, de natureza político-jurídica, implementado, projetado e concretizado pelo Estado com o objetivo de concretizar os direitos constitucionais fundamentais, que se exterioriza por meio de conjunto de programas e atividades desenvolvidas pelo Poder Público que tem por objetivo assegurar o direito fundamental à saúde inerente a todo ser humano.

2.3 INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À SAÚDE

2.3.1 Fundamento Constitucional

O controle jurisdicional, assim como o princípio da legalidade, constitui um dos fundamentos que integram o Estado de Direito. De nada valeria a sujeição da Administração Pública à legislação se seus atos não pudessem ser verificados por um órgão provido de imparcialidade e que lhe permita analisar e invalidar os atos considerados ilícitos. Para tanto, a direito brasileiro elegeu o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário possui o poder de analisar os atos da Administração Pública e interferir quando houver lesão ou ameaça de lesão de direitos coletivos e individuais (DI PIETRO, 2014).

A Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, proíbe que a lei exclua de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988). Trata-se do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário analisar os atos da Administração Pública, sejam eles gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, respeitando sempre o aspecto da legalidade e da moralidade, não podendo se falar em invasão do mérito quando são analisados os fatos que antecedem a elaboração do ato (DI PIETRO, 2014).

2.3.2 A Atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e assim sustenta boa parte da doutrina especializada. O Estado Democrático de Direito está fundado na ideia de participação popular e na ideia de relacionar o direito à ideia de justiça, objetivando a chamada justiça material (GRINOVER, 2013) e sua previsão legal pode ser encontrada no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, onde é reforçada a ideia do princípio democrático (LENZA, 2016).

Ante a distribuição de competência entre os três Poderes do Estado, prevista na Constituição, pode-se concluir que as políticas públicas serão estabelecidas pelo Poder Legislativo e serão executadas pelo Poder Executivo, não sendo assim atribuída nenhuma competência ao Poder Judiciário para definição ou implementação de políticas públicas. A este é outorgado o controle de

constitucionalidade das leis e a análise da legalidade dos atos administrativos concernente às políticas públicas, incluindo as omissões antijurídicas (DI PIETRO, 2014).

No entanto, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passa a ostentar novas atribuições e teve seu perfil alterado. A ideia de separação de poderes foi reformulada, de forma a dar mais poderes ao Judiciário e permitindo o desempenho deste em novas tarefas. O Poder Judiciário passa a ter a função de dar concretude aos princípios constitucionais, após a provocação dos cidadãos e a representar esfera de controle político e prospectivo das políticas públicas (GRINOVER, 2013).

Assim, hodiernamente, o Poder Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente nas políticas públicas. Isto sobrevém, pois, as políticas públicas são instrumentos convenientes para materializar os direitos fundamentais previstos na Constituição (DI PIETRO). Falar em políticas públicas remete-nos à ideia de direitos sociais e de solidariedade, que são conteúdos que podem ser passíveis de averiguação pelo Judiciário quando violados (GRINOVER, 2013). Dessa forma, o dever de implementação dos direitos fundamentais é de todos os poderes do Estado, incluindo o Poder Judiciário, a fim de realizar e concretizar os escopos do Estado Democrático de Direito.

2.3.3 Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

Rigorosamente, o Poder Judiciário não poderia intervir em políticas públicas, naquilo que envolver discricionariedade legislativa ou administrativa, haja vista que a satisfação de metas constitucionais reclama planejamento e exige a deliberação orçamentária de recursos públicos, e estes são efêmeros. A definição de como serão fracionados os recursos públicos não constitui atribuição constitucional facultada ao Poder Judiciário. A este cabe apenas a correção de ilegalidades e inconstitucionalidades, através dos meios judiciais previstos no ordenamento jurídico. Contudo, verifica-se que o Judiciário vem interferindo na formulação de políticas públicas, dando origem ao fenômeno chamado de judicialização das políticas públicas (DI PIETRO, 2014).

A judicialização das políticas públicas busca a implementação do direito à saúde por intermédio da intervenção judicial e vem aumentando gradativamente no

Brasil (LIMA, 2014). Segundo Di Pietro (2014, p. 833), dois são os fatores que vem contribuindo para o aumento da judicialização das políticas públicas:

De um lado, a inércia do Poder Público, a sua ineficiência, a ausência ou deficiência no planejamento, a corrupção, os desvios de finalidade na definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos, em detrimento de outros, especialmente relevantes para a garantia dos direitos fundamentais; de outro lado, a atuação do Ministério Público, que não mais se conforma com o seu papel de controlador da legalidade da atuação administrativa, mas quer participar das decisões de governo, utilizando, para esse fim, os termos de ajustamento de conduta e as ações civis públicas para substituir as decisões dos poderes competentes na definição das prioridades e dos meios de atuação.

Ao afirmar que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”, a Constituição Federal legitimou a justiciabilidade ou judicialização do direito à saúde, ou seja, possibilitou que a saúde fosse pretendida e implementada pelo judiciário, sempre que as ações prestacionais do Poder Executivo estivessem ausentes. A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado sem dúvida nenhuma ameaçam o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito (SILVA, s.d.).

Em decorrência dessa ausência de prestação de serviços pelo Estado, o direito à saúde vem sendo indiscriminadamente assegurado pelo Judiciário através de julgamentos procedentes de obrigações de fazer ajuizadas em face da Administração Pública, mediante ações individuais que privilegiam alguns em detrimento dos interesses coletivos. Isso porque as ações individuais, que são ajuizadas em maior quantidade, privilegiam apenas um indivíduo e causam fortes impactos orçamentários nos recursos destinados à saúde (DI PIETRO, 2014).

Nesse sentido, muitos tem sido os julgados que têm corroborado com a possibilidade de controle judicial sobre a implementação de políticas públicas, o que reflete um progresso no controle sobre o exercício da discricionariedade (MAZZA, 2016).

Não obstante, não admitir que o Poder Judiciário intervenha seria uma afronta ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Portanto, legítima é a atuação do Judiciário com o objetivo de afastar lesão ou ameaça de lesão a esse direito fundamental. Este deve atuar sempre que houver omissão pelo Estado na efetivação das políticas públicas dirigidas a promoção da saúde. Todavia, essa

intervenção tem crescido demasiadamente nos últimos anos e essas ingerências trazem diversas consequências à coletividade.

2.3.4 A Imprescindibilidade e os Limites do Controle Judicial na Implementação das Políticas Públicas da Saúde

A Constituição como mero documento político, desprovido de meios coercitivos, antes concretizados exclusivamente pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, deu lugar a uma nova concepção normativa: os direitos constitucionalmente previstos assumem o *status* de verdadeiros direitos subjetivos, que podem ser analisados pelos Tribunais, de forma direta e imediata (BARROSO, 2009).

O dever de implementação dos direitos fundamentais, sejam eles operacionalizados por intermédio de políticas públicas ou por outros meios, é dever de todos os três poderes que compõem o Estado, a fim de que realizem e concretizem os propósitos do Estado Democrático de Direito. Em um Estado de viés totalmente social, as políticas públicas são instrumentos para o alcance dos objetivos fundamentais do próprio Estado e, não permitir que o Poder Judiciário intervenha com o intuito de fazer valer os direitos garantidos pelo legislador constituinte sob a alegação de invasão de esfera de poder é desconhecer a realidade vivenciada pelo cidadão brasileiro e depreciar a eficácia das normas postas na Carta Maior (ZUFELATO, 2013).

A intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas às políticas públicas é imprescindível, no entanto, a excessiva judicialização do direito à saúde gera significativas consequências no âmbito jurídico, social e político. Os recursos antes atribuídos ao financiamento de programas e serviços de saúde são transferidos para o atendimento/cumprimento de demandas individuais e estremadas. O transvio de recursos públicos causam imensuráveis prejuízos ao Sistema Único de Saúde, razão pela qual a atuação dos magistrados tem ganhado imperiosa importância nessas demandas, na medida em que as decisões judiciais devem estar pautadas em parâmetros a serem seguidos de forma racional e em estrito acatamento à legislação e políticas públicas em vigor em nosso país, não devendo ser emanadas de forma individual àqueles que buscam o Poder Judiciário para satisfação de interesses pessoais (LOPES; ASENSI; JUNIOR, 2017).

Dessa forma, buscar parâmetros que possam ser utilizados de forma universal, observando-se as peculiaridades de cada caso concreto, seria a solução mais viável para diminuição da judicialização do direito à saúde.

Partindo desse pressuposto, vários são os entendimentos emanados por entendedores do assunto quanto aos limites a serem seguidos pelo Poder Judiciário ao analisar a implementação das políticas públicas, sendo que, a maioria deles está pautada, quase que inteiramente, nos mesmos fundamentos.

Grinover (2013) defende a existência de três limites: (a) garantia do mínimo existencial; (b) a razoabilidade e (c) o princípio da reserva do possível. A garantia do mínimo existencial estaria atrelada à dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Por sua vez, com relação à razoabilidade, esta se refere ao justo equilíbrio entre os recursos adotados e os escopos a serem atingidos. Por fim, ressalta que reserva do possível estaria relacionada a mais usual justificativa adotada pelo Estado que afirma serem escassos os recursos financeiros para implementação equânime das políticas públicas (FERREIRA, 2013).

Na mesma linha de raciocínio da renomada Doutrinadora, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/9, dispôs três limites para intervenção judicial, sendo eles: o mínimo existencial a ser garantido ao cidadão, a razoabilidade da pretensão individual ou social inferido em face do Poder Público e a existência de recursos financeiros pelo Estado a fim de tornarem efetivas as pretensões reclamadas pelos cidadãos (ZUFELATO, 2013).

Barroso (2009), em artigo intitulado “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, discorre sobre parâmetro para racionalizar e uniformizar a atuação do judiciário na distribuição de medicamentos, no que concerne às ações individuais. Ressalta o renomado Ministro do Supremo Tribunal Federal que as decisões judiciais devem firmar-se a efetivar a concessão dos medicamentos que se encontrem nas listas elaboradas pelos entes federativos, de forma a não prejudicar o orçamento público destinado à saúde e as outras áreas.

Costa (2013), em breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, concluiu que em suas decisões o Tribunal Superior tem adotado como critérios para limitar o controle jurisdicional a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade e as limitações de ordem orçamentária.

À vista disso, podemos concluir que basicamente todos os entendimentos apresentados anteriormente quanto às limitações do controle judicial na implementação das políticas públicas de saúde embasam-se no princípio da proporcionalidade/razoabilidade e na observância dos recursos orçamentários estatais disponíveis para tanto, de forma que as decisões proferidas em demandas individuais não prejudiquem a coletividade.

2.4 O CONTROLE JURISDICIONAL QUANTO ÀS AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS

2.4.1 Impactos do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas como resultado das Ações Individuais.

Apesar de as políticas públicas serem judicializáveis, não se pode incentivar o uso desordenado do processo como meio regulador das políticas públicas da saúde no Brasil. Essa forma de intervenção não constitui o meio ideal para regulamentação das políticas públicas, que *a priori*, deveriam estar sob o domínio do Poder Executivo e do Poder Legislativo. A interferência do Poder Judiciário nessas situações deve ser sempre a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso a ser utilizado, exceto nos casos em que há omissão do poder público ou deturpação dos poderes políticos (ZUFELATO, 2013).

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no sentido de que o Poder Judiciário, em situações atípicas, pode determinar que a Administração Pública empregue ações com o intuito de assegurar direitos reconhecidos pela Constituição Federal como indispensáveis. Dessa forma, é viável que o Judiciário determine que o Estado promova a implementação de políticas públicas de saúde constitucionalmente previstas³. A Constituição Federal garante essa intervenção quando os órgãos públicos não cumprirem com seus encargos, não podendo a prestação do direito à saúde sofrer limitações (RIBAS, 2013).

Assim, o Judiciário tem o dever de interferir nos casos que envolvam o direito à saúde. Ocorre que, não é de competência do Judiciário a gestão, estruturação, elaboração e a condução dos serviços públicos reservados à saúde, mas sim do Poder Executivo. No entanto, desse conflito, decorrem diversas consequências à

³ Disponível em: <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/535325492/6054254620158040001-am-0605425-4620158040001/inteiro-teor-535325502?ref=juris-tabs>> **Acesso em: 02 de junho de 2018.**

coletividade (SOSA, 2015). O crescente número de ações ajuizadas a fim de garantir esse direito inaugurou o fenômeno conhecido como judicialização do direito à saúde, que gera notáveis impactos à sociedade, refletindo no planejamento estatal (RIBAS, 2013).

Esse fenômeno tem dado origem ao ajuizamento de diversas ações estritamente individuais, sobretudo quando visam à obtenção de determinado medicamento à custa do Estado ou a realização de exames ou procedimentos que não são cedidos pelo SUS (ZUFELATO, 2013). Os pedidos se baseiam em uma prescrição médica e na pressentida urgência de obtenção do fármaco ou em pedidos que solicitam a realização de exames ou procedimentos que solucionariam o problema de saúde enfrentando pelo cidadão. A eleição da via judicial para resolução da demanda se dá pela constrição para que haja a integração do fármaco/procedimento no SUS ou pela ausência ou carência na prestação estatal (TRAVASSOS; MARTINS, 2004).

No entanto, as demandas individuais geram situações indesejadas, tais como desvio na destinação de recursos públicos que iriam para a promoção da saúde e o privilégio de certos cidadãos em detrimento de outros de equiparável situação jurídica. As ações estritamente individuais não têm a capacidade de propiciar o planejamento das políticas públicas, tendo em vista que estariam analisando um caso deslocado da perspectiva global do fenômeno (ZUFELATO, 2013).

O desvio na destinação dos recursos é considerado o maior problema decorrente da excessiva judicialização do direito à saúde. Por vezes os entes federativos não logram êxito em cumprir comandos constitucionais que determinam a reserva de um mínimo para efetivação da saúde pública. Ademais, ainda que fosse realizada a reserva, diversas são as despesas extraorçamentárias que atingem o Estado. A título de exemplo, podemos citar o cumprimento de diversas decisões judiciais que impõem que a Administração Pública forneça um fármaco ou realize um procedimento médico que não estava previsto em seu planejamento (RIBAS, 2013).

Os recursos públicos são finitos e o desvio destes para cumprimento de demandas individuais, principalmente quando se tratam de medicamentos e procedimentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde, refletem na coletividade; além de contribuir para a violação do princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal (BORGES, UGÁ, 2010).

Incumbe ao Sistema Único de Saúde o encargo não só de gestão dos recursos destinados à saúde pública, mas da efetividade das políticas públicas, de forma que essas sejam eficientes no atendimento das necessidades vitais essenciais dos cidadãos, mormente quando o assunto é a distribuição de medicamentos (RIBAS, 2013). No entanto, não se pode olvidar que a concretização do direito à saúde deve ser prestada de forma integral, gratuita, universal e igualitária a todos (BARROSO, 1996).

A partir do momento em que os recursos passam a ser desviados para o cumprimento de ordens judiciais, tem-se prejuízos significativos para a coletividade e violação ao princípio da isonomia (MONTEIRO; CASTRO, 2013).

Assim, conclui-se que o aumento da judicialização da saúde no Brasil desorganiza a gestão do Sistema Único de Saúde, afetando todo o sistema e gerando tratamento desigual entre os usuários do Sistema Único de Saúde (MONTEIRO; CASTRO, 2013), razão pela qual a busca por parâmetros universais que possam racionalizar as decisões judiciais é a melhor solução.

2.4.2 Alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial em ações individuais

Um aspecto essencial para discorrer sobre o tema é a indispensável imposição de alguns parâmetros a fim de racionalizar e uniformizar a atuação do Poder Judiciário nas demandas que visam à aplicabilidade das políticas públicas da saúde.

Delinear limites absolutos quando o assunto é políticas públicas não é a solução mais viável para resolução do problema, haja vista que deve haver a análise particularizada de cada caso concreto. Dessa forma, não se pode restringir a atuação dos Tribunais por meio de enunciados, sejam eles vinculantes ou não. A fixação de critérios gerais a serem adotados nesses casos transmite maior segurança à sociedade jurídica e à população, (CORTEZ, 2013).

Para conclusão dos parâmetros a serem seguidos, importante é a análise da decisão proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que é indicada pelo Supremo Tribunal Federal como um dos precedentes mais relevantes quando o assunto é políticas públicas. Essa decisão dispõe que o controle jurisdicional poderá sobrevir quando constatada a existência de três

condições essenciais: (a) o mínimo existencial que deve ser garantido ao cidadão pelo Poder Público; (b) a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade e (c) a limitação de ordem orçamentária, haja vista que deve haver a disponibilidade de recursos financeiros para tornar eficazes as medidas a ele reclamadas (LUNA, 2012).

Da análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a Corte Suprema vem tentando definir critérios para análise de demandas relacionadas às políticas públicas. Basicamente, a maioria das decisões são analisadas levando-se em consideração a razoabilidade/proporcionalidade da pretensão requerida e as limitações de ordem orçamentária (COSTA, 2013).

O direito ao mínimo existencial que deve ser garantido ao cidadão pelo Poder Público pode ser conceituado como as condições mínimas de uma existência humana digna (GRINOVER, 2013). Trata-se de direito intimamente atrelado à dignidade da pessoa humana e às possibilidades materiais de subsistência que não podem retroceder aquém do mínimo, do qual ninguém pode ser privado (TORRES, 1990, apud, GRINOVER, 2013). O mínimo existencial seria o núcleo de todos os direitos fundamentais (TORRES, 2009).

Torres (2009) destaca que o mínimo existencial está ligado aos direitos sociais, que seriam aqueles indispensáveis à sobrevivência do ser humano.

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade também deve ser respeitado quando da análise da pretensão deduzida pelo autor. A proporcionalidade deve ser interpretada e aplicada nos casos em que um ato estatal, fadado a propiciar a concretização de um direito fundamental ou de proveito coletivo, provoca a limitação de outro ou outros direitos fundamentais. A aplicabilidade dessa regra permite que nenhuma decisão restrinja direitos fundamentais de forma desproporcional, tal como acontece quando o cumprimento de uma pretensão individual pode vir a afetar a coletividade (LUNA, 2012).

Não se pode medir a razoabilidade da pretensão de modo fragmentado e observando-se unicamente o interesse individual do autor. É necessário que a demanda seja apreciada levando-se em consideração as circunstâncias socioeconômicas e políticas que se encontra posta a pretensão. O Judiciário deve ser sensível a fim de avaliar se as verbas públicas disponíveis seriam hábeis a atender todos os cidadãos que se encontrem na mesma situação (LUNA, 2012).

Deste modo, a atividade jurisdicional deve pautar suas decisões de forma a ponderar os meios e/ou recursos financeiros disponíveis e os fins a serem almejados, a fim de julgar se a pretensão deve prosperar ou não (COSTA, 2013).

Nesse sentido, Barroso (2009) ressalta que as ações individuais que postularem a disponibilização de medicamentos, devem se ater aos fármacos constantes nas listas elaboradas pelo Poder Público, pois não seria razoável o desvio de recursos para o financiamento de medicamentos que não constam nessas listas e que, muitas vezes, não tem sua eficácia comprovada. Presume-se, que na elaboração das listas de medicamentos, o Poder Público avaliou as necessidades dos pacientes e os recursos financeiros disponíveis para tanto.

No que se refere às questões orçamentárias, quando há a intervenção do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa, precipuamente nos casos de omissão estatal, há um dispêndio de verba pública para efetivação do direito constitucionalmente previsto e, em muitos casos, essa verba estará indisponível e não existirá o que alguns doutrinadores chamam de reserva do possível. Sucede que o Poder Público está sempre sujeito às regras orçamentárias, tendo em vista que a implicação de gastos para o cumprimento de decisões judiciais exige a existência de uma dotação orçamentária, ainda que esta seja genérica (COSTA, 2013).

Para tanto, a fim de que o Estado possa efetivar as políticas públicas da saúde, deve obedecer aos programas orçamentários aludidos na Constituição Federal, em seus artigos 165 e 167, ou seja, deve respeitar os planos orçamentários, que são previamente previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), na Lei Orçamentária Anual (LOA) e no Plano Plurianual (PPA). A obediência aos planos orçamentários dá mais segurança ao Estado no desempenho de suas políticas públicas, haja vista que os recursos que serão utilizados já estão previamente destinados (RIBAS, 2013).

Esse planejamento orçamentário tem por objetivo proporcionar a efetivação do princípio do equilíbrio orçamentário, que propõe a equidade entre o importe de despesas aprovadas e o volume de receitas planejadas considerando futuros desequilíbrios orçamentários (BULOS, 2011).

Assim sendo, com o fim de obstar a exorbitante interferência do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, cabe ao Poder Executivo, a

gestão de maneira lúcida e eficaz na promoção destas, a fim de evitar e, conseqüentemente, reduzir consideravelmente o número de ações ajuizadas pleiteando a efetivação do direito à saúde. Reduzindo o número de ações, competiria ao Poder Judiciário apenas a apreciação dos eventos em que a Administração procedesse com abuso de poder ou violação a comandos legais, ou seja, em casos excepcionais. Garantiria ainda, a efetivação ampla e sem qualquer ingerência, assegurando assim a aplicabilidade das políticas públicas, e o acesso de todos à saúde pública de qualidade (RIBAS, 2013).

Com relação às pretensões que seriam analisadas pelo Poder Judiciário, essas não levariam em conta critérios absolutos, na medida em que cada caso deve ser analisado de forma singularizada (CORTEZ, 2013). No entanto, as decisões devem estar pautadas sempre em três condições essenciais: (a) o mínimo existencial que deve ser garantido ao cidadão pelo Poder Público; (b) a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade da pretensão requerida pelo autor e (c) respeito à limitação de ordem orçamentária, haja vista que deve haver a disponibilidade de recursos financeiros para tornar eficazes as medidas a ele reclamadas (LUNA, 2012).

Conclui-se, dessa forma, que as demandas individuais não são as mais adequadas para o desenvolvimento do controle jurisdicional das políticas públicas, na medida em que essas demandas não realizam o controle, mas tão somente acolhem o direito de ação assegurado pela Constituição (LUNA, 2012). As ações estritamente individuais, no qual o objeto não pode ser estendido às outras pessoas nas mesmas condições, devem respeitar os pressupostos e limites, pois seu eventual acolhimento pelo Poder Judiciário pode gerar diminuição da verba destinada à política pública geral destinada à saúde, gerando conseqüências à coletividade.

3 METODOLOGIA

Descrever a importância da implementação de políticas públicas para assegurar o acesso à saúde foi um dos objetivos iniciais deste trabalho acadêmico, que teve como objetivo principal verificar a possibilidade do Judiciário controlar o

Executivo e o Legislativo no que concerne às suas ações ou omissão quanto à implementação das políticas públicas, tendo em vista a existência de uma crescente demanda jurisdicional para efetivação do direito fundamental à saúde, gerando o fenômeno conhecido como judicialização do direito à saúde e apontar alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial em ações individuais que demandem a efetivação do direito fundamental à saúde.

A pesquisa exploratória foi a utilizada, haja vista que se faz necessário o esclarecimento da importância da implementação de políticas públicas voltadas à saúde e sobre como se concretiza o controle jurisdicional. Trata-se de pesquisa desenvolvida com o objetivo de proporcionar uma visão geral, do tipo aproximativo, acerca de determinado fato. Esse tipo de pesquisa tem como finalidade propiciar melhor vínculo com o problema, tendo em vista que prioriza o aprimoramento de ideias e descoberta de intuições, analisando vários aspectos quanto ao problema analisado. Em sua grande maioria, as pesquisas exploratórias baseiam-se em levantamento bibliográfico (GIL, 2010).

Trata-se de pesquisa que aprofunda o conhecimento da realidade, que identifica a razão, o porquê das coisas. Preocupa-se com a identificação dos fatores que contribuem ou determinam a ocorrência de determinado fenômeno.

No que tange ao delineamento da pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica. O delineamento da pesquisa envolve a delimitação quanto à análise e interpretação dos dados coletados, ou seja, o ambiente no qual serão coletados os dados. Esse tipo de pesquisa é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Cuida-se de pesquisa desenvolvida exclusivamente a partir de fontes bibliográficas, com a contribuição de diversos doutrinadores renomados sobre o assunto (GIL, 2010). Para tanto, foram utilizadas doutrinas, artigos científicos e jurisprudências que abordam o assunto.

Após a coleta dos dados por meio de doutrinas, artigos científicos e jurisprudências, foi realizada a análise e interpretação destes. A análise, nas lições de Gil (2010), consiste na organização e sumarização dos dados de maneira que possibilite o fornecimento de resposta (s) à problemática apresentada. A interpretação, no entanto, tem por objetivo a busca por um sentido amplo das respostas.

Portanto, trata-se de pesquisa exploratória, tendo como delineamento a pesquisa bibliográfica, baseada em doutrinas, artigos científicos e jurisprudências, realizada no município de Guarapari, no Estado do Espírito Santo, entre os anos de 2017 e 2018 e tendo como base fontes bibliográficas e documentais de âmbito nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a dispor sobre o direito à saúde como um direito fundamental. O *caput* do art. 5º, bem como os arts. 196 a 200 asseveram que o cabe ao Estado garantir a acesso à saúde através da implementação de políticas públicas, que visem à redução dos riscos de enfermidades e que permita o acesso ilimitado, igualitário e irrestrito de todos aos serviços que efetivem a promoção, a proteção e o restabelecimento da saúde pública.

A intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas às políticas públicas é imprescindível quando constatada omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação desse serviço. No entanto, a excessiva judicialização do direito à saúde gera significativas consequências. Os recursos que seriam destinados ao financiamento de programas e serviços de saúde são transferidos para o atendimento/cumprimento de demandas individuais e estremadas. Quando há a intervenção do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa há um significativo dispêndio da verba pública.

As demandas individuais não são as mais adequadas para o desenvolvimento do controle jurisdicional das políticas públicas, na medida em que essas não são totalmente eficazes quando se trata de controle das políticas públicas. Quando uma decisão não é capaz de se estender a outras pessoas ou não beneficia uma coletividade, tem-se apenas o dispêndio de verba pública que deveria estar sendo destinado à coletividade.

Assim, concluiu-se que racionalizar e uniformizar a atuação do Poder Judiciário nas demandas que visam à aplicabilidade das políticas públicas da saúde seria o melhor viés para redução do fenômeno da judicialização do direito à saúde

mediante ações estritamente individuais, na medida em que a adoção de critérios pré-definidos tornaria os vereditos jurisdicionais mais equânimes, limitados e não afetariam demasiadamente os cofres públicos.

Para tanto, razoável seria a adoção de três critérios para solução das demandas: (a) a observância o mínimo existencial que deve ser garantido ao cidadão pelo Poder Público; (b) a aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade da pretensão requerida pelo autor e (c) respeito à limitação de ordem orçamentária, haja vista que deve haver a disponibilidade de recursos financeiros.

Pautando-se as decisões nesses três critérios, significativa seria a redução no número de ações estritamente individuais. Embora alguns casos concretos não possam ser excluídos de apreciação do Poder Judiciário, pelas suas peculiaridades, as demandas coletivas são as mais indicadas para solucionar a omissão e/ou ineficácia estatal. Com o controle de forma coletiva, o número de ações diminuiria e a saúde pública poderia ser prestada de forma adequada e integral, haja vista que não haveria tanto transvio de verbas destinadas à saúde.

PARAMETERS FOR RATIONALIZING AND UNIFORMIZING THE JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES IN INDIVIDUAL ACTIONS

Caroline de Jesus Oliveira⁴

Specialist Teacher Ricardo José da Silva Silveira⁵

ABSTRACT

The right to health, set forth in the caput of art. 5 and in art. 196 to 200 of the Federal Constitution, should be provided to citizens through public policies aimed at reducing diseases and their diseases. The purpose of the research is to indicate and explain parameters to rationalize and standardize the judicial action in individual actions, so that they do not affect the collectivity, targeting those who act in the judicial control of public policies, with the purpose of assisting in the issuance of judicial decisions. The Judiciary, whenever plausible, will control public policies, as no injury or threat to law will be excluded from the assessment of the judiciary. However, in analyzing them, especially in strictly individual cases, you should observe three criteria for the decision to be made: (a) the observance of the existential minimum; (b) the application of the principle of reasonableness / proportionality and (c) respect for budget constraints. The theme has received outstanding attention in the Brazilian legal scenario, considering the phenomenon of the judicialization of the right to health has great value, since it is a challenging and challenging topic in contemporary legal science, and is little debated. The exploratory research was used in the preparation of this research, carried out through bibliographical research, in the city of Guarapari / ES, between the years 2017 and 2018 and based on bibliographical and documentary sources of national scope.

Key words: Right to health. Public policy. Judicialization of the right to health. Jurisdictional control. Intervention of the Judiciary.

⁴ Graduating in law. carol_cjo@hotmail.com.

⁵ Specialist in State Law. ricardosilveira.prof@gmail.com.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

_____, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.

BÍBLIA. Português. **Bíblia do Adolescente: aplicação pessoal**. Tradução de Marta Doreto de Andrade. Brasil: CPAD, 2008. 1604 p.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005, 2010**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100007&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: jun 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: 1988.

_____. **Lei nº 8.080/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

_____. **Lei nº 8.142/1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed., rev. e atual. De acordo com a emenda constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARDOSO, Diego Brito. **Controle judicial de políticas públicas: fundamentos, limites e consequências**. 2016. 249p. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Potifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19765/2/Diego%20Brito%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2018.

COELHO, Rodrigo Batista. **Direitos Fundamentais Sociais e Políticas Públicas**. 1ª ed. São Paulo: Habermann, 2017.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CRUZ, Mariana Fordellone Rosa. **O dever do Estado na Efetivação do Direito à Saúde**: os papéis dos poderes executivo, legislativo e judiciário. 2014. 267p. Dissertação em Pós Graduação em saúde. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Croline/Downloads/MarianaFordelloneRosaCruz.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

DIAS, Helena. **Políticas Pública de Saúde no Brasil**, 2015. Disponível em: <<https://helenadmab.jusbrasil.com.br/artigos/190097706/politicas-publicas-de-saude-no-brasil>>. Acesso em: 09 de maio de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FILHO. Claudio Bertolli. **História da saúde pública no Brasil**. 5ª ed. São Paulo? Ática: 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 15ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Gilvânklm Marques de. **O Direito à Saúde na Constituição de 1988: entre a concretização e a inviabilidade**. 2015. 144p. Dissertação em Pós-Graduação em Ciências Políticas. Universidade Federal da Paraíba, 2016. Disponível: <http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/8333/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 10 de abril 2018.

LOPES, Luciano Motta Nunes; ASENSI, Felipe Dutra; DA SILVA JÚNIOR, Alúcio Gomes. **A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim/ES / The indirect judicialization of health: a case study on the Experience of Cachoeiro de Itapemirim/ES**. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 285-320, mar. 2017. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19801>>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidade**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-05082013-162741/pt-br.php>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2014.

MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga e. **Judicialização da saúde: causas e consequências**. In: 8ª Mostra de Produção Científica da Pós-Graduação *Lato Sensu* da PUC Goiás, 2013. Disponível em: <<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20SA%C3%9ADE%20CAUSAS%20E%20CONSEQU%C3%8ANCIAS%20ANDR%C3%89A%20SOUTO%20MARTINS%20MONTEIRO.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar. **Saúde Coletiva: Teoria e Prática**. 1ª ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2014.

PESSOTO, Umberto Catarino; RIBEIRO, Eduardo Augusto Werneck; GUIMARÃES, Raul Borges. **O papel do Estado nas políticas públicas de saúde: um panorama sobre o debate do conceito de Estado e o caso brasileiro**, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v24n1/0104-1290-sausoc-24-1-0009.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2018.

RIBAS, Carolline Leal. **O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14001&revista_caderno=4>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Leny Pereira de. **Direito à saúde e princípio do reserva do possível**. s.d. 65p. Dissertação em Pós Graduação em Direito Público. Instituto Brasiliense de Direito Público, s.d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

SOSA, Luize Correa. **O controle judicial das políticas públicas de saúde no que tange à prestação de medicamentos: embates entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo**. In: *Revista Jus Navigandi*, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41349/o-controle-judicial-das-politicas-publicas-de-saude-no-que-tange-a-prestacao-de-medicamentos-embates-entre-o-poder-judiciario-e-o-poder-executivo/2>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

SOUZA, Thaise Honorato de. **Recepção do usuário no SUS: acesso à rede de urgência e emergência, na perspectiva do trabalhador**. 2014. 154 p. Dissertação em Pós Graduação Multidisciplinar em Saúde – Mestrado Profissional Associado à Residência Integrada Multiprofissional em Saúde. Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/130992/332259.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 de abril de 2018.

STJ. **Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul**. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

TRAVASSOS, Cláudia; MARTINS, Mônica. **Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde**, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000800014&Ing=en>. Acesso em 19 de junho de 2018.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANEBE, Kazuo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.