

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito

Alana Lúcio de Oliveira

**GOVERNANÇA NA SAÚDE PÚBLICA: A procedimentalização da autotutela
administrativa enquanto instrumento de racionalização da Política Nacional de
Assistência Farmacêutica sob o paradigma da participação democrática na
Administração Pública**

Belo Horizonte

2014

Alana Lúcio de Oliveira

GOVERNANÇA NA SAÚDE PÚBLICA: A procedimentalização da autotutela administrativa enquanto instrumento de racionalização da Política Nacional de Assistência Farmacêutica sob o paradigma da participação democrática na Administração Pública

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Administração da justiça, governança pública e efetividade dos direitos

Orientador: Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos

Belo Horizonte

2014

G642f Oliveira, Alana Lúcio de
Governança na saúde pública : a procedimentalização da autotutela administrativa enquanto instrumento de racionalização da Política Nacional de Assistência Farmacêutica sob o paradigma da participação democrática na administração pública / Alana Lúcio de Oliveira. - 2014.

Orientador: Antônio Gomes de Vasconcelos
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Administração pública 3. Administração da justiça 4. Política farmacêutica 5. Autotutela administrativa
I.Título

CDU: 35:615.2

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Alana Lúcio de Oliveira

GOVERNANÇA NA SAÚDE PÚBLICA: A procedimentalização da autotutela administrativa enquanto instrumento de racionalização da Política Nacional de Assistência Farmacêutica sob o paradigma da participação democrática na Administração Pública

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: __/__/__

Orientador: Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos

Professora Membro: Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (UFMG)

Professora Convidada: Profa. Dra. Joana Faria Salomé (FUMEC)

Professora Suplente: Profa. Dr. Adriana Campos Silva (UFMG)

Belo Horizonte

2014

Não me curvei aos meus algozes, não me contaminei por seu veneno, não me consumi por seus golpes.

Permaneci em mim mesma, fiel à essência, tomei-lhes as armas e caminhei em seu meio até o alvo.

O doce sabor de meu triunfo é o fel que lhes amarga a boca e adocece o ser.

Dedico este trabalho aos meus pais, Carlito e Efigênia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, senhor da minha vida!

Aos meus pais, Carlito e Efigênia, a quem dedico este trabalho. A todo o momento, lá estavam, fazendo-me transcender ao mais singelo olhar ou ao mais simples ato de amor. Permaneço embebida na ternura de seu carinho!

Aos meus filhos, Luiz Henrique, Antônio e Lara, motivo e razão de minha vida.

Ao Josmar, meu marido, meu companheiro, meu amor!

Aos meus irmãos, Alysson e Alessandra, a quem dedico enorme gratidão.

Ao Professor Antônio Gomes de Vasconcelos, pela orientação e pelo apoio na elaboração desta pesquisa. Serei sempre grata por sua generosidade e por sua compreensão.

À Professora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, por sua acolhida carinhosa. Suas palavras encheram meu coração de paz na tormenta, e de paciência na angústia da espera.

Às minhas queridas amigas, Luciana Gazzola, Joana Salomé e Cristiane Elian, pela amizade e pelo encorajamento.

A todos vocês, obrigada!

RESUMO

A judicialização da saúde, fenômeno inserido na temática da judicialização de políticas públicas, faz certa a necessidade de delineamento de novos arredores para o comportamento público e de gestão das ações na área de saúde, especialmente no que se refere à política pública de assistência farmacêutica, haja vista o significativo sacrifício que imprime aos direitos fundamentais dos cidadãos, o elevado custo ao erário relacionado aos altos índices de sucumbência judicial, e os riscos de responsabilização de agentes públicos. Em uma conjuntura de Estado Democrático de Direito e de consolidação da governança, em que se eleva como instrumento de realização da democracia a participação da sociedade nas determinações públicas, faz-se indispensável a implementação de mecanismos que permitam o envolvimento da sociedade nas esferas de decisão política em favor da efetividade do direito fundamental à saúde erigindo um novo conceito de cidadania. A procedimentalização de um espaço público participativo e dialogal, no qual o cidadão possa atuar como sujeito de direitos e a Administração possa revisar seu comportamento com lastro no dever de autotutela, em prol do interesse público, apresenta-se como medida de enfrentamento da realidade de excesso de demandismo judicial, elevando as balizas democráticas e moldando a comportamento dos agentes públicos. O principal objetivo deste trabalho de pesquisa é, pois, proceder a um estudo teórico do mecanismo de procedimentalização de autotutela administrativa na área das políticas públicas de assistência farmacêutica, definindo seus contornos, com o enfrentamento das questões polêmicas presentes na doutrina e na jurisprudência. A metodologia do trabalho passará também pela realização de uma análise acerca do perfil da judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais a partir de informações coletados junto à Secretaria de Estado da Saúde e da Advocacia Geral do Estado de Minas Gérias. Promover-se-á, dessa forma, com a pesquisa, uma crítica que incorpore tanto as falhas ou distorções como as potencialidades positivas do instituto, para, ao final, sugerir mudanças e adequações, sob uma perspectiva de Estado Democrático de Direito e de governança.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Assistência farmacêutica. Governança. Estado Democrático de Direito. Autotutela administrativa.

ABSTRACT

The judicialization of health, a phenomenon that is inserted into the theme of the judicialization of public policy, demands the design of new surroundings to the public behavior and the management of public actions in the area of health, especially with regard to public pharmaceutical assistance policy, given the significant sacrifice that prints in the fundamental rights, the high cost to the exchequer related to high rates of legal suits, and the risks of civil and criminal liability. In an environment of Democratic State of Law and consolidation of governance, which rises as a tool for achieving of the democracy the society participation in public determinations, makes it crucial to implement mechanisms for the involvement of society in decision-making policy in favor of the effectiveness of the fundamental right to health erecting a new concept of citizenship. The development of a dialogic procedure to the society participation in public spaces, in which citizens can act as a subject of rights and the Directors may revise its behavior with ballast self-correcting duty in the public interest, is presented as a measure of coping with the reality of excessive litigation and brings democratic beacons and shaps the behavior of public officials. The main objective of this research is therefore to carry out a theoretical study of the administrative proceduralizing self-correcting in the area of public pharmaceutical policy for care facility, defining its contours, coping with the present controversial issues in doctrine and jurisprudence. The methodology of the work will also involve the completion of a review about the profile of the legalization of health in the State of Minas Gerais from informations collected by the State Department of Health and Public Advocacy Office of the State of Minas Gerais. Will be to promote, this way, through research, a critique that incorporates both the failures and distortions as the positive potential of the institute, for, in the end, suggest changes and adaptations, from the perspective of democratic rule of law and governance.

Keywords: Judicialization of health. Public pharmaceutical assistance. Governance. Administrative self-correcting procedure.

LISTA DE SIGLAS

AGE/MG	Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais
ANS	Agência Nacional de Saúde
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CBAF	Componente Básico da Assistência Farmacêutica
CEAF	Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
CIB	Comissão Intergestores Bipartite
CIR	Comissão Intergestores Regional
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CONAMA	Conselho Nacional de Meio Ambiente
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais
CONASS	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias
COSEMS	Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde
DGITS	Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde
ESF	Estratégia de Saúde da Família
FTN	Formulário Terapêutico Nacional
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
JAS	Junta Administrativa de Saúde
MAC	Média e Alta Complexidade
PDR	Plano Diretor de Regionalização
PNAF	Política Nacional de Assistência Farmacêutica
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SCTIE	Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos
SES/MG	Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais
SIGAF	Sistema Integrado de Gerenciamento de Assistência Farmacêutica
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UBS	Unidade Básica de Saúde

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 1 – Ações judiciais de saúde no Estado de Minas Gerais (2003-2014)	91
Tabela 1 – Relatório quantitativo de processos judiciais de saúde de Minas Gerais – Tratamento médico-hospitalar (2014).....	178
Tabela 2 - Relatório quantitativo de processos judiciais de saúde de Minas Gerais – Fornecimento de medicamentos (2014).....	180
Tabela 3 – Os cem medicamentos mais demandados pelo SUS em Minas Gerais (2014)	182

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.....	11
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL.....	17
2.1 Direito fundamental à saúde no Brasil	17
2.1.1 <i>Conteúdo do direito à saúde.....</i>	<i>17</i>
2.1.2 <i>Previsão constitucional do direito à saúde e sua fundamentalidade</i>	<i>20</i>
2.2 Os sistemas de saúde e o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.....	28
2.2.1 <i>Os sistemas de saúde</i>	<i>28</i>
2.2.2 <i>O Sistema de Saúde brasileiro e o Sistema Único de Saúde (SUS).....</i>	<i>29</i>
2.2.3 <i>O modelo de regulação da saúde em Minas Gerais.....</i>	<i>37</i>
2.2.4 <i>A Política Nacional de Assistência Farmacêutica no SUS.....</i>	<i>39</i>
2.3 Exigibilidade do direito à saúde – substrato principiológico aplicado ao direito fundamental à saúde e a reserva do possível	46
3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O DÉFICT DEMOCRÁTICO.....	60
3.1 Acesso à justiça, déficit democrático e as objeções ao fenômeno da judicialização de políticas públicas	60
3.2 A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)	74
3.3 Perfil das demandas judiciais de saúde no Estado de Minas Gerais a partir dos dados colhidos pela SES e pela AGE entre os anos de 2006 e 2013.....	90
4 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A CIDADANIA ADMINISTRATIVA E A GOVERNANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	103
4.1 O paradigma de Estado Democrático de Direito – pressuposto político-jurídico para a definição de um conceito de cidadania administrativa	103
4.2 O ideário de governança enquanto substrato para a democratização da atividade administrativa	114
4.3 Participação na Administração Pública - Um conceito de cidadania administrativa no paradigma democrático enquanto pressuposto de legitimação da gestão pública	118

5 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	132
5.1 Definição de autotutela administrativa.....	132
5.2 Escopos da participação na Administração Pública e a proceduralização da autotutela administrativa no combate à judicialização da política de assistência farmacêutica	134
5.3 Uma proposta de autotutela administrativa na saúde para o Estado de Minas Gerais	141
5.4 Relato sobre experiências bem-sucedidas de autotutela administrativa no Brasil.....	145
5.4.1 <i>Conselho de Administração de Pessoal Mineiro.....</i>	<i>145</i>
5.4.2 <i>Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre</i>	<i>148</i>
5.4.3 <i>A autotutela no setor da saúde pública no Estado de São Paulo.....</i>	<i>150</i>
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	155
REFERÊNCIAS	160
ANEXO A – PROCESSOS JUDICIAIS DE SAÚDE E MINAS GERAIS – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR (2014)	178
ANEXO B – PROCESSOS JUDICIAIS DE SAÚDE E MINAS GERAIS – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS (2014).....	180
ANEXO C – OS CEM MEDICAMENTOS MAIS DEMANDADOS PELO SUS EM MINAS GERAIS (2014).....	182
ANEXO D – NOTA TÉCNICA SES/AT N° 2296/2013.....	185
ANEXO E – PROMOÇÃO.....	187
ANEXO F – PALESTRA DE LUÍS ROBERTO BARROSO NO STF EM MAIO DE 2009	192

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Esta pesquisa se propõe a estudar a procedimentalização¹ da autotutela² administrativa enquanto instrumento de racionalização da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)³ e de enfrentamento do fenômeno da judicialização da saúde, a partir de uma noção de cidadania administrativa forjada sob os princípios norteadores do paradigma democrático participativo e do ideário de governança.

A realidade social e administrativa do século XX ostenta como característica a explosão do contencioso judicial (CHEVALLIER, 2009). Esse ímpeto demandista é reconhecido em todo o mundo, mas na realidade brasileira é mais intensamente verificado após a promulgação da Constituição da República de 1988, com a redemocratização do País e a constitucionalização de direitos fundamentais, relegados na vigência de modelos de Estado ditatoriais anteriores. Sob as vestes da democracia, os Poderes são fortalecidos e os espaços de inserção social são definidos, dando ensejo a movimentos como os de conscientização de direitos, e da ampliação e garantia do acesso à justiça, reafirmando um conceito, antes esvaziado, de cidadania (BARROSO, 2008b).

Nesse contexto, o Judiciário atua como compensador dos déficits de efetividade e funcionalidade dos demais Poderes, cujas estruturas e paradigmas não se mostram adequados ao modelo democrático constitucionalizado, que tem como sustentáculo os direitos fundamentais (THEODORO JÚNIOR, 2010).

Maior déficit é sentido no seio das políticas públicas instituídas para os fins de garantir e efetivar o direito fundamental à saúde. No caso brasileiro, a Constituição da República de 1988, em seu art. 196, assegura o direito à saúde e confere ao Poder Executivo o poder/dever de estabelecer políticas públicas, a fim de garantir o acesso universal e igualitário às ações e

¹ A procedimentalização funda-se na garantia de estruturação da participação na formação das decisões e na composição do interesse público, configurando direito fundamental (NETTO, 2012) e significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos, estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos (JUSTEN FILHO, 2009). Comunga-se da premissa da fundamentalidade da participação procedimental na atividade administrativa segundo a qual o processo cria os instrumentos necessários à instituição do discurso (SILVA, 2012).

² Entende-se a autotutela ou o autocontrole administrativo quando o dever da Administração de exercer supervisão sobre seus atos não é coincidente com valores constitucionais e com a garantia constitucional da “boa administração” (FRANÇA, 2011).

³ A fim de viabilizar o acesso universal e igualitário preconizado na Constituição da República e na Lei Federal nº 8.080/90 (art. 2º, § 1º), o Poder Público implementa políticas de padronização de medicamentos, elaboradas a partir de estudos realizados por especialistas a serviço do Ministério da Saúde, como forma de disciplinar e propiciar a eficiente prestação do serviço público de saúde. No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição de 1988 nem na Lei.

serviços públicos na área, e elege o direito à saúde como direito social fundamental com plena eficácia e aplicabilidade.

Insera-se, portanto, nesse cenário de “politização da Justiça” ou de “judicialização das políticas públicas”, a “judicialização da saúde”, uma realidade funesta em um contexto de efetivação de direitos fundamentais e de consolidação do direito fundamental à “boa administração”,⁴ uma vez que funciona em favor de um modelo de sociedade contenciosa, transferindo ao Poder Judiciário a responsabilidade pela deficiência da gestão pública prestacional (THEODORO JÚNIOR, 2010).

As questões ora em discussão assumem contornos especiais quando se tem em mente as ações públicas relativas à assistência farmacêutica, parte integrante do conjunto de ações públicas sanitárias, fundamental para a integridade do sistema e que representa mais da metade dos pleitos judiciais nesta seara.⁵

Em pesquisa realizada pela Secretaria de Estado da Saúde, entre os anos de 2006 e 2013, foi verificado um aumento de 900% no número de ações judiciais relacionadas à assistência à saúde. Em 2006, foram recebidas 986 ações, sendo que em 2013 o número chegou a 9.121 demandas judiciais.

Do total de ações de saúde recebidas na Advocacia Geral do Estado, no ano de 2013, 5.985 delas se referiram apenas ao fornecimento de medicamentos, aproximadamente 67% da demanda judicial no Estado.

Os gastos públicos, no ano de 2013, atingiram a vultosa quantia de R\$204.932.778,69 (duzentos e quatro milhões, novecentos e trinta e dois mil, setecentos e setenta e oito reais e sessenta e nove centavos) apenas para atendimento das ações judiciais de saúde. Esse valor superou os gastos do ano anterior em R\$61.932.993,21 (sessenta e um milhões, novecentos e trinta e dois mil, novecentos e noventa e três reais e vinte um centavos). Mais ainda, é possível verificar que, entre os anos de 2006 e 2013, o valor despendido pelo Estado em ações judiciais cresceu mais de 1000%. Esses valores não abrangem as despesas processuais, restringindo-se somente à importância empregada para aquisição e disponibilização dos insumos e produtos médicos pleiteados.

Esse contexto faz emergir a temática da busca por instrumentos que diminuam o ímpeto demandista de se recorrer ao Poder Judiciário, reduzindo as demandas àquelas que, de

⁴ O direito fundamental à boa administração relaciona-se com a estipulação de critérios para escolhas públicas que garantam a participação democrática da população (VALLE, 2011), a partir de um arcabouço principiológico constitucionalmente previsto, entre outros, no art. 37 da CR/88.

⁵ Dados coletados pela pesquisadora junto à Procuradoria de Obrigações da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais no ano de 2013.

fato, mereçam a sua intervenção, seja pela relevância dos interesses presentes, seja pela insuficiência dos mecanismos preliminares para solucionar a situação contenciosa.⁶ Mais, que tais instrumentos se coadunem com premissas de gestão pública consensual e dialógica e no comando constitucional de eficiência administrativa

Sob o viés de um paradigma⁷ democrático e de assunção de um ideário de governança, a formulação de políticas públicas deve ser um processo essencialmente político, tanto quanto técnico, uma vez que deve ser orientado pela admissão de valores e interesses ofertados por diversos grupos sociais, e suscetível aos saberes e às realidades plurais.⁸

Mais do que um elemento ínsito ao debate acerca da essencial legitimidade das decisões estatais – cujo déficit é factualmente sentido –, a participação social nas esferas de formulação de políticas públicas mostra-se como um artefato definidor do próprio paradigma democrático e ostenta especial relevância, porquanto a gestão pública é fio condutor da realização de direitos fundamentais.

Elegeu-se como marco teórico para esta pesquisa a vertente doutrinária surgida da comunhão das premissas da governança, democracia e da administração consensual, como formulada por Jacques Chevallier (2009).

Para Chevallier (2009), a governança é uma evolução dos paradigmas e significa a preferência pelas *soluções consensuais* com lastro no acordo de vontade de diferentes atores, em detrimento de *fórmulas de tipo autoritário*, o que somente existe no contexto do Estado Pós-moderno, democrático e constitucionalizado –aquele em que as decisões e escolhas serão resultado de um esforço negociativo e de compromissos assumidos pelas partes envolvidas no esforço colaborativo, com vistas à elaboração coletiva de um fim a ser realizado.

O ideário de governança aplicado à Administração Pública a torna permeável à participação dos cidadãos em um espaço público de procedimentos democráticos, constitutivo de legitimidade e de juridicidade da atividade administrativa. Nesse espaço, as decisões surgem como conclusão de uma série de atos ordenados sob o crivo do contraditório e da ampla participação dos interessados, com a exposição dos motivos determinantes para as escolhas políticas e a submissão à revisão de entendimentos.

⁶ O Judiciário pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais já conquistados, resguardando-os das investidas de maiorias políticas eventuais (FIGUEIREDO, M., 2007).

⁷ A noção de paradigma que se adota é aquela definida por Kuhn, citado por Dias (2003, p. 134): “demonstra a ruptura que se processa no pensamento científico, demonstra que o conhecimento científico não é linear e que cada ruptura se dá por meio da adoção de conceitos, tendencialmente hegemônicos, de cada sociedade”.

⁸ Comunga-se do entendimento de que a análise de política pública se faz dentro de um contexto somatório entre a dinâmica política e a sociedade (SCHMIDT, 2007).

Citando Schmitter, Chevallier (2009, p. 275) finda por afirmar que:

A governança se apresenta como “um método ou um mecanismo de regulação de uma vasta série de problemas ou conflitos, pelo qual os atores alcançam com regularidade decisões mutuamente satisfatórias ou vinculantes, através da negociação e da cooperação”; ela se caracteriza por “formas horizontais de interação entre atores que têm interesses contraditórios, mas que são suficientemente independentes uns dos outros, para que nenhum deles por si só possa impor sua solução, embora sendo suficientemente interdependentes para que sejam todos eles perdedores se nenhuma solução encontrada”

Por essas razões, entendeu-se que a vertente doutrinária surgida da comunhão das premissas da governança e democracia participativa, como desenvolvidas por Chevallier (2009), seria adequada como ponto de partida para a investigação pretendida.

Sob tal perspectiva, buscou-se analisar a procedimentalização do autocontrole como mecanismo de enfrentamento das judicialização das políticas públicas de saúde, viabilizando uma alternativa para a solução de conflitos e a diluição do demandismo, mas, ainda e antes, tornando concretas as prescrições constitucionais e legais vigentes para a efetividade dos direitos fundamentais, marca de uma sociedade democrática.

Para a investigação dessa proposição, dedica-se o capítulo 2 deste trabalho à definição do direito à saúde no Brasil, seus contornos, sua constitucionalização e sua fundamentalidade. Segue-se um breve cotejo das políticas públicas de saúde no Estado brasileiro, em especial a Política Pública Nacional de Assistência Farmacêutica, a partir das normas constitucionais e legais que as definem. Finalmente, debate-se a eficácia do direito fundamental à saúde como estabelecida pela Constituição e seus reflexos no controle judicial das políticas de assistência farmacêutica.

No capítulo 3, a pesquisa se dirige ao fenômeno da judicialização da saúde, inserindo-a no contexto das políticas públicas, apontando as objeções impostas à manutenção do ímpeto demandista na saúde. Também se desenha um perfil dessa judicialização em Minas Gerais, a partir dos dados colhidos na Secretaria de Estado da Saúde do Estado (SES/MG) e na Advocacia Geral do Estado (AGE/MG), entre os anos de 2006 e 2013, com ênfase na judicialização de medicamentos.

No capítulo 4, intenta-se definir os pressupostos jurídico-filosóficos que conformam um modelo de cidadania administrativa, ativa e participativa, a partir dos contornos do paradigma de Estado Democrático de Direito e do ideário de governança.

O capítulo 5 é dedicado ao tema central da pesquisa e aborda a autotutela administrativa a partir dos instrumentos de controle interno da Administração Pública, enquanto instrumento de eficiência administrativa e de enfrentamento da judicialização da

saúde. A partir dessa busca por eficiência, oferta-se uma proposta preliminar de autotutela administrativa na saúde para o Estado de Minas Gerais, apresentando-se três modelos bem-sucedidos na ordem jurídica brasileira.

Por fim, o capítulo 6 destina-se a apresentar as conclusões deduzidas da pesquisa realizada e tecer outras considerações.

Quanto à metodologia utilizada, tem-se que o presente estudo é uma pesquisa documental, que é aquela realizada a partir de dados contemporâneos ou retrospectivos, considerados cientificamente autênticos e que tem como fontes tabelas estatísticas, pareceres, atas, relatórios, projetos de lei, informativos, depoimentos orais e escritos, certidões, entre outros (SANTOS, 2000).

Foram adotadas as vertentes metodológicas “jurídico-dogmática” e “jurídico-sociológica”. A primeira foi necessária para compreender as implicações decorrentes dos dispositivos legais que regulamentam as políticas públicas de saúde e de assistência farmacêutica no Brasil, ao passo que a segunda, que se propõe “a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo” (GUSTIN & DIAS, 2010, p. 22), foi necessária para a pesquisa empírica.

Como tipos genéricos de investigação, foram utilizados:

- a) o “jurídico-exploratório”, para fins de levantamento da bibliografia, legislação e jurisprudência;
- b) o “jurídico-compreensivo ou jurídico interpretativo”, pois se utilizou do “procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis” (GUSTIN & DIAS, 2010, p. 28); e
- c) o “jurídico-propositivo”, no sentido de proposição de um modelo de autotutela administrativa para o aperfeiçoamento da atuação administrativa na gestão da saúde em Minas Gerais.

Seguindo a classificação de tipos gerais de pesquisa proposta por Demo, a pesquisa é **teórica** – pois destinada a “formular ou rever teorias, conceitos, referências teórico-doutrinárias” – e, de forma complementar, **empírica** – porquanto busca “interpretar a objetividade da realidade sócio-cultural, mas que não se restringe aos dados mensuráveis” (1995 *apud* GUSTIN & DIAS, 2010, p. 39-40).

Utilizaram-se **dados** de natureza primária (jurisprudência e normas para disponibilização de medicamentos pelo SUS em âmbito nacional e estadual) e secundária (publicações doutrinárias e diagnóstico acerca da judicialização da saúde coletados na Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais e na Secretaria de Estado da Saúde).

A pesquisa empírica foi feita a partir da análise dos dados coletados pela Coordenação de Direito Sanitário da AGE/MG e da SES/MG. A unidade de análise é composta pelos mandados judiciais recebidos pela AGE/MG e pela SES/MG, referentes a processos movidos por cidadão contra este ente estatal, tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça Federal, que tenham como objeto o fornecimento de tratamento de saúde (incluindo medicamentos, internações, cirurgias, insumos e outros). Posteriormente, foi realizada a distinção entre ações para fornecimento de medicamentos e ações para tratamentos de saúde diversos.

Foram colhidos dados entre os anos de 2006 e 2014. Porém, fez-se uma análise concentrada dos dados de 2013, diante do grande volume de mandados judiciais de citação recebidos pela AGE/MG nesse período.

A técnica utilizada foi a pesquisa teórica, e os procedimentos adotados a:

- a) observação;
- b) coleta e análise de documentos, de legislação e jurisprudência;
- c) entrevista informal, aberta e espontânea com a Chefe da Assessoria para a Judicialização da Saúde da SES/MG;
- d) conversas e discussões espontâneas;
- e) análise de conteúdo, tendo em vista que, segundo Gustin e Dias (2010, p. 105), “todas as vezes que se desenvolve uma pesquisa teórica, o procedimento de análise de conteúdo torna-se imprescindível”. Foram utilizados os seguintes tipos específicos da análise de conteúdo: análise das mensagens da mídia, exame de documentos e estudo de legislações, de jurisprudência e estudos históricos (GUSTIN & DIAS, 2010).

Registre-se, também, que foram consultadas Notas Técnicas elaboradas pela SES/MG para subsidiar a AGE/MG nas defesas processuais das ações de saúde, a fim de extrair informações técnicas sobre a matéria.

Alguns fatores, entretanto, limitaram o processo de pesquisa: a falta de uma tecnologia capaz de realizar a análise integrada e o confronto dos dados colhidos pelos órgãos estudados, e também a ausência de critérios sistematizados entre os órgãos para o registros dos dados, formando dois bancos de dados distintos e incomunicáveis entre AGE/MG e SES/MG.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

2.1 Direito fundamental à saúde no Brasil

2.1.1 Conteúdo do direito à saúde

Quando se propõe como tema de estudo a judicialização da saúde e os meios consensuais para a sua realização efetiva, vem à tona, em primeiro plano, uma dimensão especial da sociedade: a preservação da vida mediante a garantia do direito à saúde.

O direito à saúde é um direito fundamental social, passível de proteção e tutela pelo Estado, e sua definição, como a de qualquer direito fundamental, demanda o estudo da evolução histórica, jurídica e política da sociedade, sendo necessário conhecer o progresso que experimentou a concepção de saúde na humanidade.

O primeiro esforço é, portanto, o de definir o que se entende por saúde.

Não existe uma conceituação jurídica expressa do que seja o direito à saúde. Nem sequer uma definição unívoca do que se pretenda por saúde.

Os tempos mais remotos informam sobre uma noção de saúde ligada à preocupação com a preservação da espécie, com a necessidade de exterminar todos os males que tivessem o potencial de ameaçar a espécie humana (VIAL & STURZA *in* REIS & LEAL, 2008)

Mariana Figueiredo (2007), ao tratar da evolução do termo ‘saúde’, informa que a primeira acepção estava estreitamente ligada a uma explicação “mágica da realidade”, determinada pela ausência de doenças, em que a pessoa doente era considerada vítima de demônios e espíritos malignos.

Com o advento das observações empíricas que transcendiam a figura individual do paciente, a noção de saúde se ampliou, abarcando também o meio em que ele se insere, introduzindo-se em sua conformação fatores ambientais com o condão de influir no estado de saúde do indivíduo. Passou-se a dar ênfase à multicausalidade das doenças, e o axioma “*mens sana in corpore sano*”⁹ – ou seja, mente sã em corpo sã – surge como um ideal humano de uma criatura equilibrada no corpo e na mente.¹⁰ Na chegada da Idade Média, observa-se um retrocesso na área sanitária, um retorno às superstições, com uma diminuição das atividades

⁹ Citação clássica atribuída ao poeta romano Juvenal (CARVALHO, 2012b, p. 12)

¹⁰ Platão ainda aportaria a noção de equilíbrio interno entre alma e corpo, depois ampliada para afirmar o equilíbrio do homem como organização social e como natureza, compreendendo-se aí a concepção de saúde (FIGUEIREDO, M., 2007, p. 78).

científicas. A doença volta a ser relacionada a um suposto castigo divino, limitando-se seu tratamento ao exílio do doente: o seu afastamento do convívio social.

O Renascimento, em que se vislumbra a “restauração do conhecimento greco-romano”, é o período do qual se pode extrair um novo conceito de saúde. Nessa época é que se firmaram as primeiras políticas concretas do Direito Internacional Sanitário (FIGUEIREDO, M., 2007).

Com a consolidação do Estado Liberal, a assistência à saúde passa ser considerada uma atividade tipicamente estatal. A Revolução Industrial traz à tona a noção do operário enquanto força de trabalho nas indústrias e da necessidade de manutenção de sua integridade física para que permanecesse útil aos fins do mercado. Com o aumento das reivindicações por melhores condições sanitárias e por melhor assistência médica, o Estado assumiu a função garantista da saúde pública ou coletiva voltada à atividade produtiva, que passou a exigir uma espécie de segurança, traduzida em melhores condições sanitárias (FIGUEIREDO, M., 2007). A noção de saúde pública surge à medida que os fenômenos sanitários passam a demandar a ingerência do Estado ou um tratamento coletivo (AITH, 2006, p. 64).

A base para todas as noções erigidas ao longo da história humana, entretanto, é sempre a de saúde enquanto ausência de doença. Essa abordagem somente se modifica a partir do conceito definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (LEAL *in* REIS & LEAL, 2006). É a partir daí, no século XX, que a saúde passa a ser efetivamente considerada uma política de governo e recebe um tratamento institucional organizado (LEAL *in* REIS & LEAL, 2006). Nesse período, instituiu-se o sistema de previdência social e, posteriormente, o sistema de seguridade social, que abraçou como subsistemas a previdência, a assistência e a saúde públicas, tal como previsto atualmente na Constituição de 1988 (FIGUEIREDO, M., 2007).

O preâmbulo da Constituição da OMS (1946) apresenta um uma conceituação larga de saúde, que abrange a junção das noções de ausência de doença e de bem-estar integral do ser humano, diga-se, o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo. Esse é um importante marco que desviou o foco antes posto sobre saúde para um espectro mais amplo, não só de eliminação de doenças – ausência de enfermidades – mas de prevenção de males e de promoção do bem-estar.

A partir daí, se concebe a saúde como a afirmação da integridade física e psíquica da pessoa humana, o ser humano compreendido como um ser biopsicossocial. E a noção de saúde passa a ser conformada pela complexidade, a consciência de que o ser humano é um ser complexo, reavivando a multicausalidade das doenças, a influência do meio, a importância da

comunicação para a compreensão da doença e o estabelecimento de tratamentos individualizados, já que o olhar se volta ao ser humano enquanto pessoa integral.

Essa mesma ideia está presente no inc. I do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prescreve:

Artigo 25

I) Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Na atualidade, a noção de saúde é a determinada pela OMS que compreende o completo bem-estar físico e psíquico do ser humano, tido como ser complexo e integral, incluída sua relação com o meio ambiente físico e social.

Nessa senda, o direito à saúde encontra-se atrelado ao direito a uma vida saudável, o que implica a realização da qualidade de vida para além de mera integridade física (LEAL *in* REIS & LEAL, 2006).

Portanto, a partir do conceito de saúde erigido pela OMS, é possível reconhecer a diversidade de ações e prestações que compõem o conteúdo do direito à saúde, enquanto direito fundamental social.

A doutrina converge para a caracterização do direito fundamental à saúde tendo por dinâmica os aspectos preventivo, promocional e curativo. Citando Sarlet, Mariana Figueiredo (2007) “equipara vida digna à vida saudável” e aproxima os conceitos de qualidade de vida e de dignidade da pessoa humana, tendo em vista que não se pode conceber uma vida digna insalubre.

Gialdino (2001 *apud* FIGUEIREDO, M., 2007) enumera elementos que materializam o direito fundamental à saúde: 1) disponibilidade (oferta de bens, serviços, estabelecimentos, centros de atenção e programas de saúde); 2) acessibilidade ampla, física (localização), econômica (universalidade de atendimento), incluindo o acesso à informação (direito à informação e ao sigilo dos dados pessoais); 3) aceitabilidade (respeito à ética médica e às condições culturais e particularidades do indivíduo); 4) qualidade (o direito de toda pessoa a gozar dos benefícios do progresso científico abrangendo uma equipe médica com capacidade, medicamentos eficazes, equipamentos hospitalares em bom funcionamento, etc. A noção sobre a qual se pauta o direito à saúde, relacionando sua dimensão fundamental à necessária qualidade de vida, implica significativos reflexos nas políticas públicas de saúde, uma vez que sua multicausalidade permite inferir sobre os aspectos que conformam a vida humana em

sociedade, incluindo a noção de cidadania, como qualidade de trabalho, de moradia, de alimentação e de ambiente.

Essa ideia direciona o tema de direito à saúde à busca por justiça e igualdade material, pela compensação das desigualdades naturais e sua conformação na esfera individual e coletiva. (FIGUEIREDO, M., 2007).

A concretização do direito fundamental à saúde é possível essencialmente por meio da implementação de políticas públicas de saúde que abranjam medidas da ordem de promoção, prevenção e recuperação da saúde, sempre associadas, que devem estar, a políticas públicas econômicas, que visam garantir o melhoramento do acesso aos instrumentos, bens e insumos que impactam a saúde, como a renda básica, a desoneração de insumos e de medicamentos, entre outras medidas.

2.1.2 Previsão constitucional do direito à saúde e sua fundamentalidade

O direito à saúde, reconhecido como um direito humano por diversos instrumentos internacionais, encontra-se categorizado em nossa Constituição no que se convencionou chamar de direitos sociais ou direitos fundamentais sociais.

Parte significativa da doutrina entende que os direitos fundamentais seriam reflexo dos direitos humanos em cada Estado. Portanto, sua variedade se explicaria pelo modelo de Estado adotado, a ideologia e os princípios consagrados em cada norma constitucional. Nesse sentido, a fundamentalidade é a expressão da indispensabilidade daqueles direitos para a organização social, política e econômica de uma dada sociedade, é a base a ser observada nas relações intersociais e nas relações entre o público e o privado (BONAVIDES, 2003).¹¹

¹¹ Os direitos humanos são, indiferentemente da concepção teórica que se escolha adotar, fundamentais, porque partem do pressuposto de que o ser humano tem que ser valor supremo em qualquer ordem jurídica. E enquanto valor supremo, tem que ser valor absoluto, um fim em si mesmo, o centro dos direitos e garantias fundamentais em um dado Estado, independentemente do rol de direitos que cada ordenamento encerre. São direitos fundamentais à condição humana e à condição de sociabilidade humana. Repisa-se, no entanto, a ausência de uma teoria única quanto ao tema. *Direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos inatos, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem* são alguns exemplos de expressões comumente utilizadas para designar os direitos humanos fundamentais de forma indistinta, ainda que seja possível para alguns distingui-las, como já se disse, a partir da concepção doutrinária e teórica que se adote. Na própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, encontram-se as expressões “direitos humanos” (art. 4º, inc. II), “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV). Note-se, portanto, que não há consenso acerca da terminologia. Contudo, no mais das vezes, utiliza-se a expressão “direitos humanos” de forma abrangente e ampla abarcando os direitos reconhecidos universalmente, bem como os direitos reconhecidos por um ordenamento jurídico específico, que seriam os direitos fundamentais, para aqueles que os diferenciam. Também se comunga de teoria crítica dos direitos humanos que os reconhece, na concepção contemporânea,

Os direitos fundamentais espelham a própria dignidade da pessoa humana, ostentando posição central no rol de valores básicos e fundantes de uma sociedade democrática.

Nas palavras de Mariana Figueiredo (2007, p. 64):

Os direitos fundamentais têm por desiderato, justificação e fundamento, favorecer o protagonismo da pessoa na organização da vida em sociedade, do homem como centro do mundo e do homem centrado no mundo, para que possa desenvolver plenamente a potencialidade da própria condição e dignidade humanas [...].

A Constituição Italiana de 1º de janeiro de 1948 é apontada pela doutrina como a primeira Lei Fundamental a explicitar o direito à saúde enquanto direito fundamental e interesse da coletividade, atrelado à proteção da pessoa humana (CARVALHO, 2012b).

E a Constituição brasileira de 1988 comunga desse entendimento, declarando expressamente a saúde como um direito fundamental social em seu art. 6º:

Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

A adoção desses moldes constitucionais, que reconhecem o direito à saúde como direito fundamental social, dirige o entendimento para além de uma visão individualista dos direitos fundamentais e o envolve por uma ótica coletiva e integradora. Isso porque esse rol de direitos – direitos sociais – tem como premissa o reconhecimento de uma nova realidade social, em que o foco deixa de ser somente o homem singular, e individualmente considerado, e passa a ser, também, o homem enquanto ser social.

Os direitos fundamentais sociais se articulam de forma específica em relação a características como universalidade e a igualdade, diferenciando-se dos demais direitos fundamentais de primeira geração.¹² A igualdade nos direitos sociais não se vislumbra como um dado apriorístico e generalizado, mas impõe o reconhecimento de que há uma desigualdade fática de condições entre as pessoas, que as impossibilita de satisfazerem as próprias necessidades autonomamente. Daí também se falar que a universalidade dos direitos

como fundados nos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência e como conquistas históricas dos homens, ostentando caráter de emancipatório (SANTOS & REBOUÇAS, 2012).

¹² A evolução dos direitos fundamentais é classicamente estudada dividindo-os em gerações, ou dimensões, que surgem ou despontam ao longo da história da humanidade. A par da divergência doutrinária existente quanto a essa classificação estanque e matemática dos direitos, tem-se que os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Nessa classificação, o direito à saúde é considerado direito fundamental de segunda geração, direitos sociais, culturais e econômicos, voltados para a coletividade, tendo como base o Estado Social (BONAVIDES, 2002, p. 517)

sociais não é um pressuposto, mas um fim a ser alcançado, é o fim a que se dirige o direito (FIGUEIREDO, M., 2007).

O direito à saúde, bem como os demais direitos fundamentais, exige, a um só tempo, abstenção e prestação, tendo como destinatários tanto o Estado, quanto a sociedade, sendo absolutamente oponíveis/exigíveis a ambos (público e privado) em sua dimensão negativa ou positiva.¹³

É de se notar que a dupla dimensão do direito à saúde (positiva e negativa) estende reflexos no âmbito de sua eficácia e de sua efetividade. A dimensão prestacional positiva do direito à saúde – que impõe especialmente ao Estado a promoção de políticas públicas a fim de efetivá-lo e garanti-lo, outorgando aos cidadãos o poder de exigir essas prestações materiais – é aquela com maior interface com o papel da ação civil pública, visto que diz respeito a um dos mecanismos importantes para seu exercício. (DIAS & PASSOS, 2009, p. 46)

Pode-se, portanto, afirmar que o direito à saúde operacionaliza-se através de prestações positivas do Poder Público, através do implemento de políticas públicas na área de saúde pelo Estado. Entretanto, não se restringe a um direito prestacional, mas encerra em seu conteúdo a função de direito de defesa, tutelando a esfera de liberdade dos indivíduos, por meio de outorga de um direito subjetivo ao titular,¹⁴ para que possa atuar contra ingerências indevidas, quer praticadas pelo Estado, quer por outros particulares. Ele também impõe a obrigação de abstenção e respeito a bens e interesses da pessoa humana (FIGUEIREDO, M., 2007)

É possível afirmar que o direito à saúde revela dupla fundamentalidade: material e formal. A fundamentalidade material de um direito, no ordenamento constitucional brasileiro, passa pela definição de elementos extraídos do quadro valorativo da Constituição que pode ser depreendido, dentre outros, dos princípios fundamentais (art. 1º), objetivos fundamentais (art. 3º), princípios das relações internacionais (art. 4º) e valores contidos no preâmbulo constitucional. Pode também ser depreendido das normas do próprio catálogo de direitos fundamentais (arts. 5º ao 9º), dos princípios e normas gerais do Sistema Tributário Nacional (arts. 149 e 150), princípios gerais da atividade econômica (art. 170), assim como preceitos do Título VIII, da Ordem Social.

¹³ A abordagem que se elegeu como foco desta pesquisa é do direito à saúde prestada pela rede pública, pelo sistema único de saúde (SUS). No entanto, não se descuida de uma abordagem possível, mais ampla, em que a mesma fundamentalidade do direito à saúde deve ser observada quando de sua realização pela rede privada, através da relação de consumo travada entre o cidadão e os planos de saúde.

¹⁴ Direitos públicos subjetivos não coincidem, exatamente, com os direitos fundamentais; isso porque os direitos públicos subjetivos abrangem, para além dos direitos fundamentais, outros direitos não fundamentais. (NOVAIS *in* BREUS, 2007, p. 233).

A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 5)

Por seu turno, a fundamentalidade formal desses direitos concerne à sua posituação constitucional, por meio da qual se outorgam a supremacia e força normativa da Constituição ao objeto abrangido pela norma. No sistema vigente, essa proteção se dá especialmente pelo disposto no § 1º do art. 5º da CF/88, que impõe a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (FIGUEIREDO, M., 2007).¹⁵

O mesmo art. 5º, agora em seu § 2º, trata da chamada cláusula aberta referente aos direitos fundamentais, ou cláusula de interpretação extensiva de direitos fundamentais, reconhecendo sua natureza dinâmica, não excluindo outros que porventura se reconheçam, contidos no corpo da própria Constituição, bem como aqueles contidos em normas de outra natureza, ainda que implicitamente, como nos tratados internacionais.

É possível afirmar que o direito fundamental à saúde, ainda que não esteja expressamente albergado pelo texto constitucional como fundamental, assim o seria, uma vez que o art. 5º permite a *extensão do regime de jusfundamentalidade* a partir de uma cláusula aberta, que amplia o rol de direitos dignos de reconhecimento fundamental para outras normas ainda que externas ao texto constitucional (SARLET & FIGUEIREDO, 2008).

É na perspectiva de um direito à saúde integral, e vinculado à noção de dignidade de pessoa humana e de qualidade de vida, portanto, que o direito fundamental à saúde é assegurado pela CF/88. Nessa ótica, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 8) afirmam que seria mais adequado falar-se em um “direito à promoção e proteção da saúde”, e não simplesmente em um “direito à saúde”.

A noção complexa de saúde e o investimento coletivo amplo de ação conjunta que ela demanda remetem à necessidade de ações e comportamentos intersetoriais, multidisciplinares e de interlocução entre os diversos atores da sociedade para garantir sua realização.

Nas palavras de Carvalho (2012b, p. 14):

O movimento foi o de abandonar uma perspectiva estritamente individualista e curativa (aspecto negativo do direito à saúde) para adotar uma visão coletiva, positiva e integrativa dos membros da sociedade. A intenção é garantir condições dignas, bem-estar geral e acesso universalizado aos serviços e ações de saúde.

¹⁵ A questão atinente à exigibilidade imediata do direito à saúde, por sua complexidade, a par de ter seu dispositivo normativo constitucional mencionado nesta oportunidade, será mais bem estudada em um subitem produzido para esse fim.

Mediante uma sadia qualidade de vida aos integrantes de uma mesma comunidade, tem-se a saúde como elemento da existência digna do indivíduo. Ela passa a ser considerada como um bem de todos, um direito social a ser compreendido numa perspectiva de solidariedade que garante salubridade pública e qualidade de vida às pessoas que, assim, têm a si assegurada efetiva cidadania e manutenção da vida. A saúde assume, pois, um caráter positivo (promoção de bem estar), além do tradicional caráter negativo (ausência de enfermidade).

O papel do Estado no setor de saúde é delineado nos arts. 196 a 200 da CF/88, sendo que o art. 198 define o Sistema Único de Saúde (SUS) e refere-se aos princípios que o orientam: descentralização, atendimento integral com prioridade para ações preventivas e participação da comunidade. O financiamento do sistema dá-se com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõem os arts. 195 e 198, § 1º, da CF/88. O art. 196 da CF/88 determina que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado:

Art. 196. 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, 1988)

Com lastro no texto do artigo transcrito acima, Sarlet e Figueiredo definem o conteúdo do direito à saúde, acolhendo o entendimento de que se trata de um direito fundamental social complexo, que contém em seu núcleo as noções de **proteção, promoção e recuperação** da saúde:

[...] a “recuperação” como referência à concepção de “saúde curativa”, ou seja, à garantia de acesso, pelos indivíduos, aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos). Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-se à noção de “saúde preventiva”, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de deveres específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas— o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem assim com a garantia do “mais alto nível possível de saúde [...]” (SARLET & FIGUEIREDO, 2008, p. 8)

Dá ser necessário compreender a assistência à saúde da população como um conjunto de políticas sociais, econômicas e ambientais que viabilizem o bem-estar físico, psíquico e mental do ser humano. Também é possível extrair do referido contexto normativo o direito subjetivo público¹⁶ assegurado à população de obter atendimento em caso de problemas de

¹⁶ Barroso (2009a) define os direitos públicos subjetivos como aqueles em que se cumulam as seguintes características: 1. a ele corresponde sempre um dever jurídico; 2. passível de ser violável; 3. a ordem jurídica

saúde. Cabe ao Poder Público estruturar administrativamente órgãos e entidades que prestem o serviço, efetivando o direito de natureza constitucional. A formulação e implementação de políticas públicas necessárias à preservação, proteção e recuperação da saúde consubstanciam obrigação estatal distribuída entre os entes federativos, de modo a viabilizar o atendimento das necessidades da coletividade.

A previsão do direito à saúde na Constituição de 1988 representa uma reformulação importante no tratamento da matéria, considerando-se sua evolução nos textos das Constituições brasileiras anteriores. Assim, cumpre revisitá-las brevemente.

A primeira Constituição do Brasil República, promulgada em 1891, não dispôs expressamente sobre a saúde, apenas mencionando, em seu art. 175, que “a aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da Nação” (BRASIL, 1891).

A Carta de 1934 inovou ao privilegiar a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante. Segundo Martins (2008), é a partir daí que a saúde passa a ser considerada direito subjetivo do trabalhador no âmbito do seguro social fomentado pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões.

A Constituição Federal de 1937 abrangia os riscos sociais, assistência médica ao trabalhador e à gestante, à velhice, à invalidez e aos acidentes de trabalho, mas nada mencionava sobre os benefícios sociais e sobre o custeio (BRASIL, 1937).

Verifica-se, assim, que a partir da década de 1930, alguns serviços de saúde curativa passaram a ser ofertados no Brasil, mas ainda de maneira não universalizada. O acesso era restrito aos trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência – Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs). Aqueles que não contribuía dependiam de serviços filantrópicos. Esse quadro permaneceu na época do regime militar, tendo direito ao atendimento na rede pública de saúde apenas quem trabalhava com carteira assinada (PIVETTA, 2010).

Na Constituição Federal de 1946, a assistência à saúde permaneceu apenas para os trabalhadores. A partir daí, começaram a surgir ações visando ampliar a abrangência da proteção. Cite-se, como exemplo, a criação do Ministério da Saúde, em 1950. Esse Ministério, entretanto, realizava apenas atividades de promoção da saúde e prevenção de doenças (vacinações, por exemplo) e assistência médico-hospitalar de forma restrita (apenas para algumas enfermidades).

Martins (2008) ressalta que, em 1954, foi criada a Lei nº 2.312, que dispunha sobre normas gerais de “Defesa e Proteção à Saúde” e que, àquela época, já afirmava sobre o dever do Estado, bem como da família, de defender e proteger a saúde do indivíduo.

Em 1961, foi publicado o Decreto nº 49.947 (Código Nacional de Saúde) que atribuía ao Estado inúmeras responsabilidades na área da saúde, especialmente na adoção de medidas preventivas.

Desde o início do século passado até o final dos anos 60, o sistema de saúde brasileiro se preocupava, fundamentalmente, com o combate em massa de doenças, e, para viabilizar esse objetivo, se utilizava de campanhas de saúde pública (MARTINS, 2008).

Assim, até 1974, a política de saúde no País era caracterizada pela supremacia dos serviços médico-hospitalares de caráter individual, supervisionada pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em detrimento das ações de caráter coletivo, que ficavam a cargo do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais de Saúde. Explica Martins (2008) que em 1977 foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), para atender exclusivamente às pessoas que possuíam carteira de trabalho. O atendimento aos desempregados e residentes no interior era de responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde e dos serviços públicos federais.

Portanto, o modelo de seguro social que se estabeleceu até a Constituição de 1988 era absolutamente voltado para aqueles que possuíam emprego formal dentro do sistema e sem qualquer articulação entre os entes públicos federativos. A Constituição de 1988 apresenta uma profunda alteração de cenário na assistência à saúde no Brasil. Abandona-se um sistema de seguro social excludente e desarticulado, acolhendo-se um sistema universal e gratuito.

Para tanto, foi necessário organizar e fomentar a ação estatal, o que se fez primordial e inicialmente com o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema de saúde independente e estruturado, de financiamento exclusivamente público.

A saúde passa a ser uma garantia e um direito de todos os indivíduos e não exclusivamente daquele que se enquadre na condição de trabalhador. Se nas Constituições anteriores houve a difusão de um tipo de seguro saúde basicamente fundamentado no seguro social e dirigido aos trabalhadores, a partir de 1988, o direito à saúde foi elevado à condição de direito fundamental, cuja oferta deveria ser universalmente garantida.

Não é outra a lição de Barroso (2009a, p. 106-107):

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização administrativa 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 relevância constitucional dirigida ao direito à saúde no Brasil determinou uma abundância legislativa a fim de organizar as ações públicas de proteção, promoção e recuperação da saúde. Foram editadas importantes leis – Lei nº 8.080/90, Lei nº 8.142/90, Lei nº 9.782/99, Lei nº 9.961/00, Lei nº 6.259/75, Lei nº 6.437/77, Lei nº 5.991/73, entre outras –, além de normas infralegais para sua regulamentação. Surge um novo ramo jurídico no Brasil, o Direito Sanitário, e se desenvolve um sistema voltado à promoção da saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2006).

A Constituição Federal de 1988 acolhe e define o Sistema Único de Saúde, regulamentado em 1990 pela Lei nº 8.080 (Lei Orgânica da Saúde), que ratifica o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao exercício pleno do direito à saúde e ressalva a responsabilidade da sociedade para assumir o mesmo dever, abrindo espaço para a participação privada nas iniciativas públicas em favor da promoção da saúde.¹⁷

A propósito, o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou no Agravo Regimental em RE nº 271.286-8-RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello, o seguinte:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2000, p. 101)

Valiosos os ensinamentos de Salazar e Grou, para quem:

Muitas das características do direito à saúde não deixam dúvidas acerca de se tratar de um direito subjetivo. O direito à saúde é direito humano fundamental e, portanto, se submete ao regime jurídico especial dos demais direitos desta categoria. A aplicabilidade imediata determinada pelo § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 é um exemplo. A relevância pública dos serviços e ações de saúde também foi reconhecida pela Constituição (artigo 197), indicando que, sem saúde, a utilização de quaisquer outros serviços ou mesmo a prática de quaisquer atividades não pode ser exercida por completo.

Apesar de os direitos sociais, como é o caso da saúde, estarem normalmente abrigados em normas ditas programáticas, o que, por si só, não afasta a outorga de

¹⁷ Ao lado da Lei Orgânica da Saúde (LOS) está a Lei nº 8.142/90, que trata da participação da comunidade na gestão e planejamento da saúde, das transferências intergovernamentais e o financiamento do sistema.

direitos subjetivos, a saúde recebe tratamento privilegiado de vários autores que reconhecem a sua fundamentalidade jurídica e social. A saúde se liga umbilicalmente ao direito à vida, vida digna, integrando o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. A este núcleo, mínimo existencial, é atribuída eficácia integral e aplicabilidade imediata.

[...]

Por todo o até aqui exposto, não restam dúvidas de que o direito à saúde é um direito subjetivo de todos os cidadãos brasileiros, que gera, por sua vez, o dever do Estado de propiciá-lo imediatamente, sob pena de ser instado judicialmente a fazê-lo.” (SALAZAR & GROU, 2009, p. 14 e 34)

Apesar de não restar mais dúvidas quanto ao conteúdo e a previsão constitucional do direito à saúde, há cizânia, porém, quanto a aspectos de sua efetividade enquanto direito fundamental social. A importância dessa questão, entretanto, demanda que seja mais bem debatida, o que se fará no subitem 3.1.4 deste trabalho.

2.2 Os sistemas de saúde e o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil

2.2.1 Os sistemas de saúde

Antes de se iniciar a explanação acerca do sistema de saúde constitucionalizado como modelo brasileiro, faz-se necessário distinguir os principais modelos ou concepções organizadas em sistemas de implementação da saúde.

De acordo com Médici (1994), é possível falar em três modelos de organização, concepções e até histórias relacionadas ao sistema de saúde.

O primeiro deles seria o sistema *assistencialista* ou *caritativo*. Esse modelo de proteção social está voltado, principalmente, para o atendimento das populações desprovidas de recursos, através de instituições públicas ou privadas destinadas a múltiplos propósitos, dentre os quais está o cuidado dos enfermos, já que a doença sempre foi vista como uma forma de carência ou fragilização social (MÉDICI, 1994). Fundado, basicamente, na solidariedade e na compaixão, o assistencialismo tem como principal exemplo as Santas Casas de Misericórdia, que prestaram inestimáveis serviços de assistência médica à população de baixa renda. Ainda existentes na atualidade, elas são instituições completamente dependentes, em grande parte, de repasses financeiros advindos do SUS.

O segundo modelo é o *previdencialismo*, que se originou das organizações de mutualidades entre grupos de artesãos especializados, que se cotizavam para propiciar seguridade aos seus membros e aos seus familiares.

Posteriormente, as empresas viriam a incorporar o modelo previdencialista aos seus estatutos, admitindo a participação de empregados e empregadores no seu custeio. Por fim, combinando seus interesses com o dos patrões e empregados, o próprio Estado viria a legitimar a sua participação nesse modelo, contribuindo com recursos públicos para o custeio do regime de previdência.

A solidariedade intrínseca do modelo previdencialista obedece à lógica do seguro social, pelo que é denominado também de modelo de seguro social, em que os beneficiários potenciais são os contribuintes do sistema que ostentam um vínculo de trabalho formal, onde o financiamento é misto, envolvendo os próprios beneficiários, as empresas tomadoras de serviço e o Estado.

O terceiro modelo é denominado de *universalista* ou de *seguridade social*, cujo financiamento é público e é independente de contribuição. Nesse modelo, o conceito de saúde está baseado na proteção de toda a população, trazendo à cena a gratuidade no acesso aos serviços, cobertura integral.

A tônica do modelo universalista manteve-se presente na sociedade desde o pós-guerra. No entanto, com a crise do Estado Social, nos anos 70, a sustentação das políticas sociais universalistas tornou-se cada vez mais difícil.

Se antes as políticas sociais de saúde eram destinadas à proteção do trabalhador, agora se estendem a toda a população. Ademais, elas não devem englobar ações e serviços ligados apenas à medicina; outras especialidades como odontologia, psiquiatria, fisioterapia e nutrição também fazem parte do leque de opções que o modelo universalista oferta.

O modelo universalista,¹⁸ portanto, pretende-se democrático e inclusivo, e tem como características principais a universalidade do sistema, a gratuidade na prestação de serviços e a integralidade na assistência ofertada.

2.2.2 O Sistema de Saúde brasileiro e o Sistema Único de Saúde (SUS)

O sistema de saúde brasileiro é integrado por subsistemas diversos. O maior deles é o Sistema Único de Saúde (SUS), previsto no art. 198 da CF/88 e concebido para organizar as ações e os serviços públicos de saúde no Brasil. Além do SUS, existe o sistema privado

¹⁸ Médici (1994) tece ferrenhas críticas ao sistema e trata do que denomina de *americanização perversa do sistema universalista de saúde*. Isto é, “dado que a universalização da assistência à saúde é ainda uma utopia, ou seja, não se tem uma efetiva universalização, esse nosso sistema de saúde é cada vez mais um sistema americano” (MÉDICI, 1994, p. 226), em que o governo subsidia ou reembolsa os custos com os cuidados médicos dos indivíduos considerados pobres, idosos ou deficientes, enquanto a maior parte da população fica a cargo do setor privado.

suplementar (que abrange seguros, planos de saúde, convênios, cooperativas, hospitais e clínicas particulares, além de atendimentos odontológicos e médicos privados), e também os sistemas de autogestão de empresas privadas, além dos sistemas estatais de saúde próprios do serviço público, e, finalmente, daqueles sistemas responsáveis pelos serviços de saúde dos Militares.

O conceito legal de SUS está delineado na Lei nº 8.080/90, que define o Sistema Único de Saúde em seu art. 4º:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgão e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações, mantidas pelo poder público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS. (BRASIL, 1990a)

O SUS representa a mais importante instituição jurídica do Direito Sanitário brasileiro. Ele integra e organiza diversas outras instituições jurídicas, públicas ou privadas, destinadas a conferir efetividade ao direito fundamental à saúde. Por ordem constitucional, configura um sistema de regras e princípios, por meio do qual se organiza a prestação de serviços de saúde de forma universal e com financiamento público. E como tal, guarda unidade e coerência, estabelecendo critérios e meios pelos quais se dá a efetivação do direito à saúde, resguardando sempre os valores e princípios constitucionais (FIGUEIREDO, M., 2007).

Diversamente do que se veicula ordinariamente, não se trata de um sistema eminentemente público, mas sim de estrutura mista, tendo em vista que a atenção à saúde abrange entidades públicas e privadas em regime de contrato com o Estado, sendo seu financiamento essencialmente público.

Assim é que o § 1º do art. 199 da CF/88 já havia consagrado que aqueles que firmam convênios ou contratos com instituições de direito público do SUS, observando suas diretrizes e princípios, também integram o Sistema Único de Saúde. Trata-se da saúde complementar privada, que, em face de vínculos firmados com o Poder Público, passam a integrar o SUS.

Pode-se afirmar que o SUS abrange desde os órgãos que integram os próprios entes federativos – as entidades da Administração indireta federal, estadual e municipal – até as pessoas privadas que celebram convênios e contratos com o Poder Público para executar serviços públicos de saúde. Destacam-se, ainda, os órgãos colegiados, como os Conselhos de Saúde, que viabilizam a participação da comunidade no sistema, influenciando no planejamento e acompanhando a execução das atividades do sistema (art. 4º da Lei Federal nº 8.142/90) (BRASIL, 1990b).

Portanto, o SUS contém estrutura mista para prestação de serviços, financiamento público e é organizado em três níveis de atenção: primária (prevenção e promoção e atenção básica da saúde pública), secundária (urgências, emergências e média complexidade) e atenção terciária (alta complexidade).

A atenção básica da saúde pública é constituída pela Rede de Atenção Básica (RAB), tendo a saúde da família como uma de suas bases.

A Portaria nº 2.488/11 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011), trouxe um novo marco regulatório da RAB, caracterizado por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades.

A RAB é desenvolvida por meio do exercício de práticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob a forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente nesses territórios.

A média complexidade, por sua vez, compõe-se de ações e serviços que visam atender aos principais problemas de saúde e agravos da população, cuja prática clínica demande disponibilidade de profissionais especializados e o uso de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico.

Finalmente, a alta complexidade consiste no conjunto de procedimentos que envolvem alta tecnologia e alto custo, objetivando propiciar à população acesso a serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à saúde (atenção básica e de média complexidade). As principais áreas que compõem a alta complexidade do SUS, e que estão organizadas em “redes”, são: a) assistência ao paciente portador de doença renal crônica (por meio dos procedimentos de diálise); b) assistência ao paciente oncológico; c) cirurgia cardiovascular; d) cirurgia vascular; e) cirurgia cardiovascular pediátrica; f) procedimentos da cardiologia intervencionista; g) procedimentos endovasculares extracardíacos; h) laboratório de eletrofisiologia; i) assistência em traumatologia-ortopedia; j) procedimentos de neurocirurgia; k) assistência em otologia; l) cirurgia de implante coclear; cirurgia das vias aéreas superiores e da região cervical; m) cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; n) procedimentos em fissuras labiopalatais; o) reabilitação protética e funcional das doenças da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; p) procedimentos para a avaliação e tratamento dos transtornos respiratórios do sono; q) assistência aos pacientes portadores de

queimaduras; r) assistência aos pacientes portadores de obesidade (cirurgia bariátrica); s) cirurgia reprodutiva; t) genética clínica; u) terapia nutricional; v) distrofia muscular progressiva; w) osteogênese imperfecta; u) fibrose cística e reprodução assistida (CONASS, 2007).

Aith (2006) elucida que o SUS organiza-se como um conjunto individualizado e sistematizado, já que coeso e dotado de organização interna, que se equilibra pelo Direito positivo (instituído pela Constituição e com órgãos colegiados de deliberação) e representa uma situação jurídica permanente. Segundo o professor paulista, o SUS, “formado pela rede de ações e serviços públicos de saúde prestados no país, como um sistema que é, reúne em si todas as instituições jurídicas que desenvolvem ações e serviços públicos de saúde no Brasil” (AITH, 2006, p. 341-342), ao que o autor acrescenta:

Note-se que, embora seja uma instituição jurídica de extrema importância para o Direito Sanitário, o SUS não possui personalidade jurídica própria. Trata-se de um Sistema, dotado de todos os elementos que caracterizam uma instituição-organismo – conjunto individualizado, organização interna estabelecida em conformidade com o Direito positivo, inserção na ordem geral das coisas e situação jurídica permanente – mas que ainda não evoluiu para um formato com personalidade jurídica própria. A definição do Sistema Único de Saúde passa pela compreensão do conjunto de normas jurídicas que define os seus integrantes, estabelece o seu campo de atuação, cria os seus mecanismos de ação e prevê formas de sanção para quaisquer descumprimentos. (AITH, 2006, p. 341-342)

O Ministério da Saúde, cujo arranjo está regulamentado pelo Decreto Federal nº 4.726, de 9 de junho de 2003, representa no âmbito federal a direção única do SUS. É o Ministro de Estado da Saúde a autoridade máxima no âmbito da União.

No que se refere ao financiamento do sistema, ele é efetuado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõem os arts. 195 e 198, § 1º, da CF/88, entretanto sua prestação pode se dar por iniciativa pública ou privada, por intermédio de contratação ou convênios firmados com Poder Público.

Os princípios fundamentais que integram e orientam o SUS, cujo entendimento é essencial à definição do sistema, são: universalidade, integralidade, gestão hierarquizada e descentralizada com o controle social. São esses princípios que direcionam toda a atuação das instituições públicas e privadas que integram o sistema.

O princípio da universalidade remete ao modelo adotado pelo sistema de seguridade social, pelo que cabe ao Estado a garantia de acesso amplo e universal a todas as ações e serviços públicos de saúde (CF/88, art. 196). Todas as ações e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos que dela necessitem, indistintamente, de forma justa, igual e gratuita.

Já o princípio da unidade do sistema do SUS, expresso no art. 97 da CF/88 e no art. 7º, da Lei nº 8.080/90, significa que os serviços e as ações de saúde, públicos ou privados, devem ser administrados e desenvolvidos sob as mesmas políticas, diretrizes e comandos. Trata-se de um sistema unificado, um conjunto de unidades de serviços e ações que se integram para o mesmo fim, sendo que as diretrizes e os princípios que as regem são impostos a toda a Federação de forma unívoca (FIGUEIREDO, M., 2007).

Apesar da direção única em cada esfera de governo, o SUS é organizado por uma rede regionalizada e hierarquizada, que atua segundo a descentralização, princípio básico de organização e racionalização do Sistema Único de Saúde, com a atribuição de competências específicas para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A adoção dessa forma de organização preconizada no texto constitucional e nas demais normas que o regulamentaram, tais como o art. 7º, incisos IX e XIII, da Lei nº 8.080/90, é de observância obrigatória e tem sua razão de ser, pois permite a otimização e universalização dos serviços de saúde e evita duplicidade e desperdício de esforços e recursos num mesmo setor.

Os princípios da descentralização e regionalização mantêm uma estreita relação com o princípio federativo, permitindo que assuntos de interesse local sejam melhor tratados pelos Municípios, ou de interesse regional pelos Estados e aqueles que afetam todo o território nacional pela União. Por sua vez, a hierarquização indica que a execução da assistência à saúde deve ser feita em patamares crescentes de complexidade, de acordo com o caso concreto e ressalvadas as situações de urgência. Nesse sentido, as ações de atenção básica à saúde são comuns a todos os Municípios, já as de média e alta complexidade são centralizadas naqueles de maior porte, com orientação centralizada nos Estados, e as de grande especialização estão disponíveis somente em grandes centros do País.

Trata-se de uma lógica de organização fundada na cooperação entre os entes federados e com respeito à sua autonomia federativa, visando sempre à eficiência do sistema.

A regionalização, portanto, parte da necessidade da construção de um complexo de ações conjuntas e cooperadas de redes de assistência que demandam comunicação fluida entre si e que reconheçam as demandas de cada município e região. Ela se faz por intermédio dos Planos Diretores de Regionalização (PDRs), em que se relaciona o nível de complexidade de assistência com o nível de regionalização: quanto menos complexa a assistência a ser implementada, maior deve ser a regionalização.

A atenção regionalizada, aliás, não é uma estratégia nova, na medida em que concretiza as diretrizes da Organização Mundial da Saúde – OMS. Em texto anterior

a 1988, Dallari já argumentava favoravelmente à municipalização dos serviços de saúde, mas advertia que isso dependeria de um planejamento nacional do sistema [...] (FIGUEIREDO, M., 2007, p. 98)

O Estado de Minas Gerais foi um dos pioneiros ao definir sua regionalização por meio de um PDR, que atualmente considera três níveis:

- a) Município: nível de atenção - atenção primária;
- b) região: nível de atenção - atenção secundária (como, p. ex., ultrassonografia, mamografia, tomografia, UTI neonatal, terapia renal substitutiva); e
- c) região ampliada: nível de atenção - atenção terciária (como, p. ex., ressonância magnética, quimio e radioterapia, cirurgia cardíaca, transplante). (MINAS GERAIS, 2010).

O PDR de Saúde de Minas Gerais e as informações disponibilizadas pela SES/MG indicam que o Estado possui 13 regiões ampliadas com 19 polos e 77 regiões com 99 polos. Na definição das regiões, de maneira geral, tem-se adotado o critério populacional de 100.000 (cem mil) a 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, decorrente de um estudo de economias de escala. Assim também informa a cartilha técnica sobre a gestão do SUS, disponibilizada pelo Programa Mineiro de Empreendedorismo e Gestão para Resultados Municipais, segundo a qual:

Como critérios para a acessibilidade geográfica, utiliza-se o parâmetro geral de uma distância entre 120 a 150 quilômetros como distância máxima de um Município em relação ao pólo ou duas horas em vias não pavimentadas. Esta distância é, conforme estudos, suficiente para que se estabeleça um arranjo logístico adequado e que não se coloque em risco a população usuária do sistema de saúde regional. (MALACHIAS; LELES & PINTO, 2010, p. 56)

Conclui-se que a descentralização, enquanto princípio manifesto no SUS, abrange uma lógica de organização descentralizada politicamente, estabelecendo competências, e regionalizada para maior eficiência do serviço.

O princípio da integralidade, por sua vez, significa que todas as ações de saúde são uma realidade única e inseparável, portanto, a atenção à saúde é abrangente e deve ser prestada desde as ações preventivas e incluir todos os cuidados prescritos para o tratamento do paciente. Assim, a atenção de saúde deve ser ofertada em todos os níveis considerados na definição de direito à saúde constitucionalmente estabelecida.¹⁹

Finalmente, ao se destacar o princípio da participação da comunidade, tem-se o que se pode chamar de “gestão democrática das questões de saúde” (FIGUEIREDO, M., 2007),

¹⁹ Há autores, como Borges e Ugá (2010) que, ao tratarem da integralidade, informam que o acolhimento desse princípio pelo sistema de saúde pública não significa que todos os serviços, tratamentos e medicamentos disponíveis no mercado devam ser disponibilizados pelo sistema. Nesse sentido, esses autores defendem que o sistema deve garantir a oferta de tratamento de recuperação da saúde condizente com o desenvolvimento científico e independente do nível de complexidade exigido.

abrindo-se espaço para a participação da população por meio de representantes da sociedade civil junto às sucessivas Conferências de Saúde;²⁰ perante os Conselhos de Saúde, que atuam no planejamento e controle do SUS, aí incluído o financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular, com a análise de propostas e denúncias; e, ainda, no âmbito das agências reguladoras: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde (ANS) e Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA).

Os Conselhos e as Conferências nacionais, estaduais e municipais de Saúde, instituídos pela Lei nº 8.142/90, consubstanciam importante progresso verificado com a implementação do SUS. São instituições responsáveis pela consolidação, na estrutura organizacional do SUS, de órgãos colegiados de participação social em suas atividades, obrigatórios para todos os entes federados e com a finalidade de estabelecer orientações e diretrizes de conduta para os gestores a partir de deliberações que preveem a participação de profissionais e instituições de saúde, bem como de usuários do sistema (BRASIL, 1990b).

Em um contexto com complexidade de gestão inerente à forma federativa, assumem especial importância as chamadas instâncias gestoras (Comissões Intergestores Tripartite²¹ e Bipartite²²), que funcionam como instâncias de articulação e negociação entre os gestores de diversos níveis do sistema.²³

De fato, em um Estado como o brasileiro, atividades de elaboração, planejamento, execução e financiamento de políticas públicas de saúde requerem, além de leis e decretos, atos regulatórios como portarias, resoluções de agências reguladoras, circulares, avisos, dentre

²⁰ As Conferências de Saúde são fóruns de debates, reuniões que devem acontecer a cada quatro anos, nas três esferas de governo para debater questões de saúde pública e propor diretrizes a serem implementadas, assegurada a participação social. O modelo, ainda que em tese mereça deferências, na realidade não tem alcançado seus fins. Padece de pouca divulgação e visibilidade e encontra limites em seu funcionamento. Sua formatação tem sido debatida constantemente a fim de que se aproxime de seus intentos democráticos participativos (CONASS, 2011)

²¹ A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) é integrada por cinco representantes do Ministério da Saúde, cinco do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e cinco do Conselho Nacional de Secretários Municipais (CONASEMS), sendo indicado pelo Ministério da Saúde o coordenador.

²² A Comissão Intergestores Bipartite (CIB) também tem composição paritária, sendo integrada por representação da Secretaria de Estado da Saúde (SES) e do Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS) ou órgão equivalente, funcionando com comissões regionais. A Lei Federal nº 12.466/2011 reconhece a CIB como fórum de negociação e de pactuação entre gestores quanto aos aspectos operacionais do SUS em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde.

²³ Mencionem-se também as Comissões Intergestores Regionais (CIRs) que existem no interior dos Estados, no nível regional, reunindo representação estadual e dos municípios integrantes da região de saúde. Em Minas Gerais, o processo de regionalização ocorreu em dois níveis. Além das CIRs, existem as Comissões Intergestores Bipartites Regionais Ampliadas, compostas pela representação estadual e a representação dos municípios das diversas regiões de saúde integrantes da respectiva região ampliada.

outros. Ensina Aith (2006, p. 379) que esse “fenômeno da normatização das políticas públicas auxilia o controle feito pela sociedade e também pelo Judiciário”.

Nessa perspectiva, é de fundamental importância observar a normatização editada pelos órgãos competentes, bem como a distribuição de competências levada a efeito pelo ordenamento de regência. Isso porque é inviável fazer funcionar adequadamente um sistema complexo e amplo como o SUS sem o conhecimento das normas que condicionam as ações dos seus integrantes. Também é preciso observar a previsão de competências consagradas na ordem jurídica, com a definição dos papéis de cada ente federativo, da direção e da estrutura administrativa do SUS em cada esfera (federal, estadual e municipal). Muitas vezes há uma superposição de obrigações impostas aos entes, que desorganiza o sistema e sua articulação, duplicando e reproduzindo estruturas já existentes.

Sem dúvida, para o modelo de democracia desenvolvido pelo constituinte baseado na universalização do acesso à saúde, no fortalecimento da descentralização dos serviços e na participação popular na gestão da saúde, a instituição de um modelo como o do SUS significou um grande avanço.

Não se descuida, por óbvio, das críticas formuladas ao sistema, sendo notórias as dificuldades de prestação eficiente e adequabilidade dos serviços de saúde em um sistema de considerável amplitude e de financiamento exclusivamente público. Existem muitos desafios a serem superados, especialmente no que concerne ao processo de financiamento.

Em relação aos problemas enfrentados pelo SUS, apontam-se:

1. a Crise de Regulação - causada por conflitos entre a lógica de mercado, a lógica profissional, a lógica tecnocrática e a lógica política;
2. a Crise do Conhecimento – decorrente da falência do modelo “deixar adoecer para tratar” com conhecimentos médicos cada vez mais especializados;
3. a Crise do Financiamento – pela ausência de dotações orçamentárias suficientes e mau emprego dos recursos disponíveis; e, enfim,
4. a Crise de Valores – vinculada à crise de valores éticos como universalidade, solidariedade e equidade (GADELHA, 2010).

A doutrina que trata do tema elenca diversas críticas ao sistema, que se resumem, entretanto, muito mais na eficiência da prestação dos serviços do que em sua organização e implementação. Dito isto, não se pode desconsiderar a extensão de virtudes que se operaram com a instituição constitucional de um sistema universal, integral e gratuito como o SUS (FIGUEIREDO, M., 2007).

O que se percebe pós-Constituição de 1988 é que se está diante de uma evolução histórica ampliativa. O sistema, tal como realizado, foi ampliado e, portanto, idealizado na concepção universalista e inclusiva absorvida constitucionalmente. Assim, estruturou-se

abstratamente a distribuição de competências, porém, estabeleceu-se de forma marginal o financiamento para tal concepção, determinando uma busca incessante pela conformação e pela adequação do sistema aos ditames constitucionais. O que não se pode é descartar o sistema em razão de suas necessárias adequações jurídico-normativas e estruturais.

2.2.3 O modelo de regulação da saúde em Minas Gerais

Dentro dos critérios de organização regionalizada, há no Estado de Minas Gerais 59 Municípios habilitados em Gestão de Sistema Municipal (gestão plena), com capacidade para o atendimento e execução da *média e da alta complexidade* (MAC). Essa organização considera a capacidade instalada, de acordo com a pactuação dos Municípios na Comissão Intergestores Bipartite (CIB). Importante ressaltar que os Municípios detentores de Gestão Plena do Sistema Municipal também são os responsáveis pela garantia dos serviços da atenção básica em sua territorialidade.

Esses Municípios recebem os recursos denominados “teto MAC” do Ministério da Saúde, assegurada a contrapartida estadual, podendo receber recursos diretamente do gestor federal com o repasse chamado fundo a fundo.

No Estado de Minas Gerais são os seguintes os Municípios que possuem Gestão de Sistema Municipal, recebendo recursos diretamente do gestor federal, de fundo a fundo, para o custeio da saúde:

1. Alfenas; 2. Araguari; 3. Barbacena; 4. Belo Horizonte; 5. Betim; 6. Brumadinho; 7. Buritis; 8. Campo Belo; 9. Campos Altos; 10. Caratinga; 11. Cataguases; 12. Conceição das Alagoas; 13. Congonhas; 14. Conselheiro Lafaiete; 15. Contagem; 16. Coração de Jesus; 17. Coromandel; 18. Divinópolis; 19. Frutal; 20. Governador Valadares; 21. Ibiritoga; 22. Ibiá; 23. Ibirité; 24. Ipatinga; 25. Itabira; 26. Itacarambi; 27. Itambacuri; 28. Itaúna; 29. Iturama; 30. Januária; 31. João Monlevade; 32. Juiz de Fora; 33. Lavras; 34. Manhuaçu; 35. Monte Carmelo; 36. Montes Claros; 37. Nanuque; 38. Ouro Branco; 39. Paracatu; 40. Patos de Minas; 41. Patrocínio; 42. Pedro Leopoldo; 43. Perdões; 44. Poços de Caldas; 45. Ponte Nova; 46. Ribeirão das Neves; 47. Sacramento; 48. Salinas; 49. Santa Luzia; 50. Santo Antônio do Amparo; 51. São Gotardo; 52. São João Del Rei; 53. Sete Lagoas; 54. Teófilo Otoni; 55. Tombos; 56. Três Pontas; 57. Uberaba; 58. Uberlândia; 59. Viçosa. (SES/MG, 2014)

Com bem observa Carvalho (2014), os demais Municípios, que não estão habilitados em Gestão do Sistema Municipal, embora não possuam a responsabilidade pela execução dos serviços da média e alta complexidade, devem garantir o acesso qualificado de sua população a tais ações de saúde, mediante pactuação, deliberada e aprovada na CIB. Fundamentalmente,

são responsáveis pela execução da atenção básica da saúde, estando enquadrados no chamado Sistema Estadual.

O SUS/MG segue um Plano Diretor de Regionalização (PDR), que divide o Estado em macrorregião e microrregião. O Estado de Minas Gerais está subdividido em 13 macrorregiões e 75 microrregiões.

No Estado de Minas Gerais, o PDR é determinado pelo “Modelo Assistencial” e pelo “Modelo de Regionalização”

Modelo Assistencial: É a definição dos agrupamentos de serviços esperados para cada nível de regionalização, ou seja, identificação dos serviços considerados emblemáticos para atendimento às necessidades de saúde da população em cada nível de agregação de território sanitário, de forma a subsidiar a necessária articulação, considerando se a economia de escala. O “Modelo Assistencial” determina a estruturação geral do PDR e é a descrição de alguns dos procedimentos mais emblemáticos, que, conforme densidade tecnológica e economia de escala, caracterizam cada nível de regionalização.

Modelo de Regionalização - É o estabelecimento dos níveis de regionalização que deverão compor um Plano Diretor de Regionalização tendo em vista os níveis de atenção à saúde considerados ideais para a organização, descentralizada e articulada das redes de serviços, reguladas ou não. O modelo de regionalização adotado é constituído pelo nível ou espaço municipal responsável pela oferta de serviços de atenção primária à saúde; o nível ou espaço microrregional que agrega tecnologias de média densidade e exige escala intermediária visando garantir custo benefício e qualidade; o nível ou espaço macrorregional que agrega procedimentos de demanda ainda mais rarefeita e/ou que requer alta densidade tecnológica, ou alto grau de especialização, e exige, assim, agregação de escala ainda maior do que o nível microrregional, para garantir qualidade e viabilização financeira.

Microrregião de Saúde–Vem a ser a base territorial de planejamento da atenção secundária à saúde, com capacidade de oferta de serviços ambulatoriais e hospitalares de média complexidade e, excepcionalmente, de alguns serviços de Alta Complexidade (AC), caso da Terapia Renal Substitutiva (TRS). Deve ser constituída por um conjunto de Municípios contíguos, com população de cerca de 150.000 habitantes que estão adscritos a um Município de maior porte (Município polo) com oferta mais ampla do elenco proposto para o nível micro.

Macrorregião de saúde– É a base territorial de planejamento da atenção terciária à saúde que engloba microrregiões de saúde (e seus Municípios) em função da possibilidade de oferta e acesso a serviços de saúde ambulatoriais e hospitalares de maior densidade tecnológica: a Alta Complexidade (AC) nos termos da Tabela do Ministério da Saúde (MS) SAI (Sistema de Informações Ambulatoriais) e SIH (Sistema de Informação Hospitalar). Deve ainda ter capacidade de oferta de Procedimentos de Média Complexidade Especial. Esses procedimentos, embora da Média Complexidade, requerem maior tecnologia, sua oferta é rarefeita no Estado e a demanda requer agregação, ou seja, formação de escala. A abrangência deve ser macrorregional, para uma população em torno de 1.500.000 habitantes. O Município-polo é caracterizado como aquele que exerce força de atração sobre outros, em número comparativamente significativo, por sua capacidade atual e potencial de equipamentos urbanos e de fixação de recursos humanos especializados. Na área da saúde, apresenta capacidade histórica, atual e potencial, de absorção de fluxos populacionais gerados pela demanda espontânea ou referida por serviços médico-assistenciais, que, embora raros, requerem maior incorporação de tecnologia e que, por essa razão, exigem maior escala para garantir sua oferta com economia e qualidade. (CARVALHO, 2014, p. 11-12)

Vale destacar que a atenção básica se inicia desde as portas de acesso nas Unidades Básicas de Saúde (UBS), Estratégia de Saúde da Família (ESF), Saúde Bucal, Saúde Mental, Saúde Prisional e se estende até o nível da urgência e emergência no âmbito ambulatorial, ou seja, nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas de socorrimento; a partir daí, o acesso do usuário a um leito hospitalar é de responsabilidade do Gestor SUS Estadual.

2.2.4 A Política Nacional de Assistência Farmacêutica no SUS

A assistência farmacêutica faz parte de um conjunto de ações e serviços que devem ser implementados com vistas à integralidade do SUS.

A prestação apropriada do serviço de saúde implica que sejam elaboradas e aperfeiçoadas políticas públicas adequadas à realidade da população. É uma tarefa que permeia a atividade de governar, antecede e é subsequente à função de legislar, exige eficiência na atividade de administrar e desafia o controle externo e interno do Estado.

A implementação de políticas públicas se dá através do exercício da função legisladora e da função administrativa. A lei define as premissas jurídicas e a Administração, de forma complementar, institui e implementa as políticas públicas.

A preocupação com o estudo das políticas públicas e com os processos indispensáveis à sua realização é recente no âmbito do Direito Público, sendo ainda esparsa a bibliografia sobre a matéria. Trata-se de assunto técnico comumente ausente também em outras ciências, como a medicina e a administração. Não raras vezes é a experiência prática que define os parâmetros teóricos a partir dos quais os agentes atuarão em momentos subsequentes. O desafio de quem trabalha no setor é, mediante um processo de racionalização, definir os objetivos a serem alcançados, coordenar os recursos de que o Estado dispõe (patrimoniais, orçamentários, de pessoal e conhecimento científico dos setores envolvidos) mediante estratégias eficazes, de modo a implementar as escolhas feitas e consagradas no ordenamento para beneficiar a população.

As políticas públicas são verdadeiros projetos para atendimento às demandas sociais e seu conceito é interdisciplinar (CARVALHO FILHO *in* DIAS, ESTEVES & FORTINI, 2008).

A doutrina contemporânea vale-se da lição do cientista político Thomas R. Dye, para quem a política pública “é tudo o que os governos decidem fazer ou deixar de fazer”. Hodiernamente, faz-se referência a “políticas de Estado”, que teriam caráter particularmente estável e inflexível, com força coercitiva (HEIDMANN & SALM, 2009).

Em uma política pública há sempre uma teia de decisões e ações que alocam e implementam valores. E mais do que uma única decisão, é uma teia de decisões e ações desenvolvidas no tempo (SCHMIDT, 2008).

O Ministério da Saúde conceitua políticas públicas e determina:

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população a os formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006a, p. 9)

Trata-se de uma definição normativa que concebe política pública como um fator orientador da ação estatal buscando minorar os efeitos deletérios da descontinuidade de governo, natural de um regime democrático, e ampliar a noção de transparência e informação em favor do implemento da participação.

Com bem defende Schmidt (2008, p. 2323): “É impensável a política sem a capacidade administrativa e é demasiadamente ingênuo pensar que possa haver atuação administrativa profissional sem orientação política e, por consequência, partidária”.

As políticas públicas somente são compreensíveis dentro de um conjunto geral da vida política; num dado contexto político, são produto e resultado de uma relação sistêmica que se retroalimenta, consubstanciando-se em meios para que se atinjam as finalidades da ação governamental.

Com essas considerações é que se apresenta a política pública de saúde, especialmente a estabelecida para a assistência farmacêutica. E é sobre os pilares da prevenção, promoção e recuperação, a dispensação farmacêutica mostra-se essencial para a garantia da efetividade do sistema de saúde.

Em que pese sua essencialidade para a integridade do SUS, a política pública de assistência farmacêutica não está expressa no texto da Constituição Federal de 1988. É a legislação infraconstitucional que a regulamenta, sendo o Ministério da Saúde o responsável pela definição da Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)²⁴ e pelo

²⁴ A PNAF é parte integrante da Política Nacional de Saúde e envolve um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade. Em seus eixos estratégicos, a PNAF preconiza: I - a garantia de acesso e equidade às ações de saúde inclui, necessariamente, a Assistência Farmacêutica; II - manutenção de serviços de assistência farmacêutica na rede pública de saúde, nos diferentes níveis de atenção, considerando a necessária articulação e a observância das prioridades regionais definidas nas instâncias gestoras do SUS; III - qualificação dos serviços de assistência farmacêutica existentes, em articulação com os gestores estaduais e municipais, nos diferentes níveis de atenção; IV - descentralização das ações, com definição das responsabilidades das diferentes instâncias gestoras, de forma pactuada e visando a superação da fragmentação em programas desarticulados; V - desenvolvimento, valorização, formação, fixação e capacitação de recursos humanos; VI - modernização e

estabelecimento da divisão de competências para a operacionalização da distribuição de medicamentos.

A aquisição de medicamentos no âmbito do SUS constitui uma tarefa das mais complexas, pois os referidos produtos não são ofertados para um indivíduo ou outro, mas para toda a população, considerando o perfil epidemiológico da população, a disponibilidade de fármacos, o mercado farmacêutico e as diretrizes terapêuticas de tratamento médico.²⁵ Trata-se de um processo que sofre grande influência dos avanços tecnológicos do mercado. Por sua complexidade, a incorporação de produtos e tecnologias pelo sistema deve passar pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC),²⁶ que tem como atribuição estudar os benefícios das inovações tecnológicas e controlar sua incorporação no sistema, levando-se em conta as premissas da economia da saúde.²⁷

ampliação da capacidade instalada e de produção dos Laboratórios Farmacêuticos Oficiais, visando o suprimento do SUS e o cumprimento de seu papel como referências de custo e qualidade da produção de medicamentos, incluindo-se a produção de fitoterápicos; VII - utilização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica; VIII - pactuação de ações intersetoriais que visem à internalização e o desenvolvimento de tecnologias que atendam às necessidades de produtos e serviços do SUS, nos diferentes níveis de atenção; IX - implementação de forma intersetorial, e em particular, com o Ministério da Ciência e Tecnologia, de uma política pública de desenvolvimento científico e tecnológico, envolvendo os centros de pesquisa e as universidades brasileiras, com o objetivo do desenvolvimento de inovações tecnológicas que atendam os interesses nacionais e às necessidades e prioridades do SUS; X - definição e pactuação de ações intersetoriais que visem à utilização das plantas medicinais e medicamentos fitoterápicos no processo de atenção à saúde, com respeito aos conhecimentos tradicionais incorporados, com embasamento científico, com adoção de políticas de geração de emprego e renda, com qualificação e fixação de produtores, envolvimento dos trabalhadores em saúde no processo de incorporação desta opção terapêutica e baseado no incentivo à produção nacional, com a utilização da biodiversidade existente no País; XI - construção de uma Política de Vigilância Sanitária que garanta o acesso da população a serviços e produtos seguros, eficazes e com qualidade; XII - estabelecimento de mecanismos adequados para a regulação e monitoração do mercado de insumos e produtos estratégicos para a saúde, incluindo os medicamentos; XIII - promoção do uso racional de medicamentos, por intermédio de ações que disciplinem a prescrição, a dispensação e o consumo. (PORTAL DA SAÚDE, 2014a)

²⁵ As variáveis que determinam a aquisição de medicamentos e a disponibilização gratuita para atendimento dos usuários do SUS são desafios à efetividade da política de assistência farmacêutica, tanto quanto do próprio sistema. Assim, trata-se de tema merecedor de debate mais específico o que será feito no capítulo 4, quando se tratar do déficit democrático e das demandas judiciais na saúde.

²⁶ Criada pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a CONITEC é um órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, tem por objetivo assessorar o Ministério nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. A CONITEC é vinculada à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde o qual é responsável pela incorporação de tecnologias no SUS e assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde (DGITS) (BRASIL, 2011b).

²⁷ Economia da saúde não é disciplina que se restringe ao caráter de custos financeiros atinentes ao sistema. Ela abrange um estudo amplo que envolve, entre outras premissas, a segurança da saúde, ou seja, os benefícios e os riscos inerentes aos tratamentos de saúde disponíveis no mercado.

A Portaria nº 3.916/98²⁸ do Ministério da Saúde (1998) regula a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e define as suas diretrizes, bem como as competências de cada um dos entes na sua formulação e execução, além de abrir espaços para a definição da lista base de medicamentos essenciais (RENAME²⁹). Seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. A PNAF, também denominada Política Nacional de Medicamentos, tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exige, para a sua implementação, a definição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal.

Para Salazar e Grou (2009, p. 49):

[...] a conjugação dos dispositivos da Constituição Federal e da Lei 8080/90 divide de modo harmônico, entre as esferas de governo, as competências geradas pelo dever do Estado de garantir a efetivação do direito à saúde de modo que cada uma tem sua parcela de responsabilidade, da qual não pode se eximir.

Assim, no que toca à dispensação de medicamentos, verifica-se que há uma clara repartição de competências entre os entes, em conformidade com a legislação vigente. A CF/88 prevê como diretriz do SUS a descentralização com direção única em cada esfera de governo. Isso significa que o SUS, embora único, deve ser operado em cada esfera de governo pelo órgão responsável pela saúde, devendo a União, os Estados e os Municípios possuírem políticas próprias de fornecimento de medicamentos previamente definidas pelo Ministério da Saúde.

A assistência farmacêutica prestada pelo SUS se realiza tendo também por lastro os três grandes eixos programáticos do sistema, cuja elaboração e execução são repartidas entre os entes federados: a assistência básica ou primária em saúde (medicamentos essenciais), os programas estratégicos de saúde (controle de doenças específicas), e o programa de medicamentos especializados, de alto custo ou excepcionais.

À União compete a execução do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica. Os medicamentos estratégicos são aqueles utilizados em doenças com perfil

²⁸ A Portaria nº 3.916/98 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos.

²⁹ Segundo a Portaria nº 3.916/98 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998), trata-se da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais que se consubstancia em imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País e intenta orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. A última atualização da RENAME foi feita em 2013 (PORTAL DA SAÚDE, 2013).

endêmico e impacto socioeconômico importante, cujo controle e tratamento tenham protocolos e normas estabelecidas. Os insumos e medicamentos estratégicos estão disponíveis em farmácias e unidades de saúde de todo País e são distribuídos gratuitamente aos pacientes cadastrados nos programas. Estão englobadas no Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, a cargo da União, as seguintes doenças, a título ilustrativo: AIDS; Hanseníase; Tuberculose; Malária; Cólera; Doença de Chagas; Esquistossomose; Filariose; Leishmaniose; Peste; Meningite; Tracoma; Lúpus, Mieloma múltipli e Doença do Enxerto Hospedeiro (PORTAL DA SAÚDE, 2014b).

No âmbito dos Estados, vigora o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica, responsável por disponibilizar medicamentos para o tratamento de doenças específicas. Algumas das condições de utilização desses medicamentos englobam: Doença de Gaucher, Doença de Parkinson, Alzheimer, Hepatites B e C, pacientes renais crônicos, transplantados, portadores de asma grave, anemia, dentre outras. São medicamentos de custo unitário geralmente elevado, cujo fornecimento depende de aprovação específica das Secretarias Estaduais de Saúde.

A Portaria MS/GM nº 2.981/09 (que revogou a Portaria MS/GM nº 2.577/06-Medicamentos Excepcionais) regulamenta atualmente o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), definindo, dentre outros, a lista de medicamentos e os CIDs (Código Internacional de Doenças) - as patologias para as quais a prescrição é autorizada - os valores de repasse aos Estados e as normas de acesso (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009).

Os medicamentos contemplados neste Componente Especializado estão estabelecidos em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT),³⁰ e constituem aqueles necessários para assegurar a integralidade do tratamento em todas as fases evolutivas das doenças. Dessa forma, a Portaria nº 2.981/09 relaciona medicamentos cujo acesso se dá em diferentes níveis de atenção à saúde, razão pela qual a elaboração e a aprovação do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica ocorreu de forma simultânea com a atualização da Portaria relacionada ao Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Por fim, aos Municípios compete a efetiva prestação da assistência médica, incluindo a farmacêutica, à sua população, por meio do Componente Básico da Assistência Farmacêutica

³⁰ Os PCDTs podem ser elaborados por todas as esferas de atuação do SUS, nos três entes da Federação e podem versar sobre qualquer área da prática clínica, desde a atenção básica até a alta complexidade. São recomendações que oferecem um padrão de tratamento clínico mais seguro e consistente com as terapêuticas médicas.

(CBAF³¹), que prevê o fornecimento de medicamentos considerados básicos e essenciais. Para citar apenas um dentre vários, em Minas Gerais, são os Municípios os responsáveis pela execução do Programa Farmácia de Minas (Deliberação CIB/SUS/MG nº 867/11) consistente na dispensação de medicamentos constantes da Relação Estadual de Medicamentos Básicos, tais como fármacos para tratamento de diabetes, hipertensão, alergias e depressão.

O Decreto Federal nº 7.508/11, trouxe à baila uma nova RENAME. Trata-se de uma lista de todos os medicamentos selecionados, dentre os disponíveis no mercado brasileiro, elaborada a partir de estudos realizados por um Comitê Nacional de especialistas convidados, ocasionalmente, pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2011a).

De acordo com o art. 25 do referido decreto, a RENAME/SUS “compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS”, devendo ser acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional – FTN”, para subsidiar a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos (BRASIL, 2011a).

No portal do Ministério da Saúde (PORTAL DA SAÚDE, 2013), encontra-se a RENAME, regularmente aprovada, bem como o Formulário Terapêutico Nacional (FTN), que contém informações científicas, embasadas em evidências, sobre os medicamentos selecionados nessa relação, a fim de subsidiar os profissionais de saúde nos atos da prescrição, dispensação e uso dos medicamentos essenciais.

No Estado de Minas Gerais, a Relação Estadual de Medicamentos é formada pela listagem de todos os programas pactuados no SUS/MG, independentemente do programa ou custo do medicamento (SES/MG, 2011).

A incorporação/exclusão de itens é avaliada por um comitê estadual permanente, denominado Comissão de Farmácia e Terapêutica, no qual têm assento diversas instâncias internas do SUS, e também externas como: Ministério Público, Conselho de Medicina, Conselho de Farmácia, dentre outros membros permanentes e consultivos.

Em Minas Gerais, compete ao Gestor SUS Estadual a responsabilidade pelo planejamento consolidado, licitação e aquisição coletiva dos medicamentos. Recebida a quota parte *per capita*/ano, devida pela União e pelos Municípios, elabora-se o planejamento consolidado das necessidades em saúde, a partir dos planejamentos epidemiológicos municipais.

É do Estado a responsabilidade pela organização das compras coletivas de cada Município. Este é quem decide, com suporte em seu planejamento e programação, quanto e o

³¹ O Componente Básico da Assistência Farmacêutica é regulamentado pela Portaria GM/MS nº 1.555, de 30 de julho de 2013 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013).

que vai solicitar junto ao Estado por meio do Sistema Integrado de Gerenciamento de Assistência Farmacêutica (SIGAF). Esse sistema informatizado já se encontra em funcionamento em todos os Municípios do Estado de Minas Gerais desde 2010. Importante registrar que, no Estado, há 45 (quarenta e cinco) Municípios com gestão parcialmente descentralizada na assistência farmacêutica, ou seja, são os responsáveis pelos processos de licitação, aquisição, armazenamento e fornecimento dos medicamentos para sua população, a partir do recebimento da quota parte *per capita*/ano, devida pela União e pelo Estado.

Além dos produtos destinados à atenção básica e programas estratégicos, o RENAME/MG inclui os medicamentos especializados e as vacinas a serem disponibilizadas no Estado. Constam da Relação os medicamentos da atenção primária, de responsabilidade tripartite no seu financiamento, e também aqueles constantes do Bloco do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (excepcionais), de responsabilidade da União e dos Estados no seu financiamento, bem como o Bloco do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica

Sobre os limites da assistência farmacêutica, há orientação quanto à necessidade de apenas medicamentos devidamente registrados nos órgãos nacionais de vigilância sanitária serem fornecidos. Tal exigência justifica-se pelo fato de que a legislação sanitária veda terminantemente a comercialização, em território nacional, de produtos não registrados previamente, como medida de proteção à população (WEICHERT, 2010). Daí se afirmar que no âmbito do SUS não há permissão legal para que recursos públicos sejam utilizados para custear tratamentos experimentais, sendo certo que a ANVISA apenas concede o registro do medicamento se comprovadas a qualidade, a eficiência e a segurança do mesmo, com análise das últimas etapas baseadas em rigorosos estudos clínicos (MOREIRA *et al. in* AITH *et al.* 2010).³²

Devido a todas as suas peculiaridades, ao valor econômico dos produtos e insumos que os envolvem e pela importância que a terapêutica medicamentosa ostenta na atualidade como parte essencial dos tratamentos de saúde, a política pública de assistência farmacêutica é a mais judicializada do SUS.

³² Os tratamentos médicos não registrados pela ANVISA são considerados experimentais, porque se encontram em fase de experimentação para comprovação de eficácia e controle de segurança de saúde. O controle dos tratamentos experimentais é realizado pela ANVISA e pelo Conselho Nacional de Pesquisa em Saúde (CONEP-Res. 196/96). O acesso aos tratamentos experimentais é possível, conforme regulamentação da ANVISA, e se dá por conta e risco do laboratório pesquisador (MOREIRA *et al.*, 2010).

2.3 Exigibilidade do direito à saúde – substrato principiológico aplicado ao direito fundamental à saúde e a reserva do possível

A exigibilidade ou a *justiciabilidade* (FIGUEIREDO, M., 2007) dos direitos fundamentais está relacionada ao estudo de sua eficácia na ordem jurídica e implica que tal se faça sob um sustentáculo principiológico que lhe confira operacionalidade.

A ideia de justiciabilidade do direito fundamental social está vinculada ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor de seus titulares, tanto no sentido de se exigir o respeito ao direito reconhecido (pretensão defensiva), de modo a que ele não seja ofendido, quanto no sentido de impor sua efetivação (prestação material) (FIGUEIREDO, M., 2007).

É o que assevera Ramos (2005), observando que o direito à saúde não consubstancia mero “direito de defesa”, mas um “direito de prestação”, mais especificamente um direito à prestação material social. Segundo ele, os direitos fundamentais de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e exigem uma abstenção estatal (uma não intervenção na esfera dos cidadãos); já os direitos fundamentais de ação demandam prestações dos poderes públicos, consistentes em prestações fáticas e/ou jurídicas, com interpenetração entre essas e os direitos de defesa.

A própria natureza de fundamentalidade dos direitos sociais traz à tona a vinculatividade desses direitos com todo o aparato estatal. No exercício de suas funções, todos os poderes estatais devem considerar a fundamentalidade dos direitos sociais, com lastro, sempre e originariamente, no princípio constitucional de dignidade da pessoa humana.

A celeuma está exatamente em definir se existem limites e critérios por meio dos quais é possível relativizar esses direitos, em situações nas quais esses direitos não seriam imediatamente aplicáveis – objeções que se colocam à concretização do direito à saúde. Portanto, é necessário que se enfrente o tema da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais são considerados por Bonavides (2002) como direitos fundamentais de segunda geração,³³ introduzidos no constitucionalismo de distintas formas de Estado Social, após reflexões antiliberais que dominaram o século XX.

Exatamente como os direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, igualdade e fraternidade), os direitos sociais foram objeto de debates e reflexões filosóficas e políticas e

³³ É importante, mais uma vez, frisar que a classificação evolutiva dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, de forma bem compartimentalizada, não é pacífica entre os doutrinadores e comporta inúmeras fórmulas e agremiações desses direitos. Segue-se, neste trabalho, a classificação que proposta por Paulo Bonavides (2002).

passaram por um momento histórico evolutivo de baixa normatividade e de parca eficácia, uma vez que, para além de direitos de defesa, a fim de serem efetivados, impunham prestações materiais nem sempre prontamente exequíveis, porquanto esbarravam em óbices financeiros e de meios de realização (BONAVIDES, 2002).

Passado este momento de questionamento de sua juridicidade, os direitos sociais foram remetidos ao complexo normativo programático e atravessaram, conforme Bonavides (2002), uma “crise de observância e execução”, até que se formulasse o preceito de sua aplicabilidade imediata. Como relata o autor:

Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos de liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador. (BONAVIDES, 2002, p. 519)

É conhecida a doutrina proposta por Silva (2005), segundo a qual as normas constitucionais podem ser classificadas quanto à sua eficácia e a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada. Para o autor, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas imbuídas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo de qualquer conduta pública para se tornarem exigíveis. Ao passo que aquelas de eficácia contida, não obstante possuírem aplicabilidade direta e imediata, não têm sua integralidade garantida, já que estão sujeitas a certas limitações impostas pela legislação infraconstitucional. Já as normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem todos os seus efeitos substanciais, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de normatizá-las. Essa lição apresenta bem a ideia programática do autor no que diz respeito aos direitos sociais fundamentais.

Porém não é esse o entendimento esposado pelas Constituições democráticas sociais mais recentes, entre elas a brasileira de 1988. Reconhecido como um direito fundamental, o tratamento dispensado ao direito à saúde, bem como a todos os direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, possui as mesmas garantias dispensadas a todos os direitos fundamentais abrigados no texto da CF/88.

A ordem prescrita no § 1º do art. 5º da CF/88 é no sentido de que a todos os direitos fundamentais se deve outorgar a máxima efetividade e eficácia, sendo, por isso, diretamente justiciáveis e dotados de plena aplicabilidade (SARLET & FIGUEIREDO, 2008).

Essa afirmação está condizente com a teoria que sustenta que os direitos fundamentais assumem valores. É a aceção de um novo modelo hermenêutico na interpretação dos direitos fundamentais, a “Nova Hermenêutica”, na qual se preconiza que os direitos sociais fundamentais são sempre de uma coletividade e ostentam caráter de objetivação, na medida

em que estão atrelados a valores cuja síntese compõe a expressão integrativa do ordenamento jurídico. Essa noção exige do intérprete um novo esforço de hermenêutica, já que os direitos fundamentais estão impregnados de conteúdo valorativo e tornam inadequados os métodos interpretativos tradicionais (BARROSO, 2006).

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concreitude. (BONAVIDES, 2002, p. 594)

Daí a afirmação de Bonavides (2002, p. 545): “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”.

Barroso aborda o tema da “Nova Hermenêutica” como sendo um movimento referente ao pós-positivismo, após a superação jurídica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo:

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2006, p. 6)

Não há dúvida de que a Constituição consagra e juridiciza os valores considerados mais relevantes na sociedade brasileira em determinado contexto histórico. Há o que se pode chamar de abertura axiológica das normas constitucionais e a afirmação dos direitos fundamentais enquanto precursores normativos desses axiomas erigidos como lastros da sociedade brasileira. Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que deixam de ser meros limites ao poder estatal e passam a gozar de hierarquia axiológica-normativa, enquanto norma constitucional. Para Bonavides (2002):

O direito fundamental, à luz dessa inteligência hermenêutica, não é norma, mas valor. Não é norma pelo menos no sentido habitual do positivismo normativista. Sua função [...] é, sobretudo, por uma determinada perspectiva, a de legitimar o próprio poder do estado, do qual ele, como ordem objetiva de integração, não se pode desmembrar. (p. 577)

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade, tomasse também sentido novo, deixando de ser mero direito individual [...] (p. 522)

A interpretação dos direitos fundamentais, vinculada a um entendimento axiológico, posiciona-os no topo da hierarquia constitucional e os consubstancia em princípios, já que os

princípios enunciam valores.³⁴ “Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada” (BONAVIDES, 2002, p. 254).

E, ao enunciar valores, os princípios contêm uma dimensão de juridicidade máxima.

A equiparação valor-norma representa de certo modo um dos avanços mais arrojados e significativos da ciência constitucional de nosso tempo; uma vez estabelecida proclamada ou reconhecida, ocasiona a ruína programática das Constituições, porquanto se sabe que as chamadas normas programáticas foram sempre uma espécie de salvo-conduto para as omissões do constitucionalismo liberal no campo da positividade social do Direito. (BONAVIDES, 2002, p. 582)

Esse é o caso do direito fundamental à saúde, na medida em que o Judiciário, em um modelo de Estado Democrático de Direito, não pode se furtar a apreciar debates e conflitos daí advindos, por ausência de soluções, seja na ordem legislativa seja na ordem administrativa.³⁵

Bitencourt Neto (2010) sintetiza bem as teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais. Na observação do autor, parte da doutrina entende que, independentemente do que dispõe a norma do § 1º do art. 5º, somente os direitos de liberdade, dos quais decorre um dever de abstenção do Estado, gozam de aplicabilidade imediata, sendo que os demais direitos fundamentais, que postulam prestações, possuem eficácia nos termos da lei e, portanto, programática, dependendo de um comportamento público para se tornarem exigíveis. De outro norte, há os que entendem que todos os direitos fundamentais gozam de eficácia imediata e são diretamente justiciáveis, o que alcança posições de defesa, de proteção e mesmo de prestações materiais, independentemente de intermediação legislativa, ainda que as disposições jusfundamentais sejam veiculadas como normas-fim ou normas-tarefa do Estado, com alto grau de fluidez. Nesse sentido, é que se defende que o Poder Judiciário tem o dever de dar exequibilidade imediata a todos os direitos fundamentais, inovando o ordenamento jurídico, sem distinguir posições de abstenção ou de prestação, em caso de omissão legislativa ou administrativa, como decorrência da norma que confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais. Entre as duas pontas, há posições intermediárias, que, em geral, postulam a eficácia imediata de todos os direitos fundamentais, não sem reconhecer que, em algumas hipóteses – que variam de autor para autor –, é indispensável a interposição

³⁴ Este estudo acolhe a teoria axiológica do direito preconizada por Bonavides (2002). Vale citar nome de relevância no estudo do tema que defende teoria diversa diferenciando princípios e valores. Para Robert Alexy, “[...] a diferença entre conceito de princípio e de valor. Os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização. Enquanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico. Ao contrário, os valores tem que ser incluídos em nível axiológico”. (ALEXY, 1997, p. 141, tradução nossa)

³⁵ O papel do Judiciário será explicitado no capítulo que estudará a judicialização das políticas públicas.

legislativa para que se possa reconhecer direitos subjetivos a prestações fáticas. (BITENCOURT NETO, 2010).

A mesma cizânia doutrinária é disposta por Martins (2008) especificamente no que respeita ao direito fundamental à saúde. O autor afirma que a norma programática é, de fato, aquela que enuncia princípios a serem observados como programas das respectivas atividades de gestão pública. Assim, parte da doutrina confere caráter programático às normas de direito fundamental social, especialmente as dispostas nos arts. 196 e 197 da CF/88. Uma segunda corrente, no entanto, atribuída a autores como Ives Gandra Martins, não as considera como programáticas e lhes atribuem eficácia plena. Uma terceira corrente, capitaneada por José Afonso da Silva, reconhece a eficácia limitada às normas de direitos fundamentais sociais de saúde, condicionando sua eficácia à legislação futura e limitadora da atividade da Administração pública.

Pode-se afirmar, entretanto, que a segunda posição, a apresentada por Bitencourt Neto, é a que melhor se compatibiliza com o paradigma democrático constitucional que se estabeleceu com o neoconstitucionalismo e com a teoria dos direitos fundamentais enquanto valores e princípios. Todo direito fundamental, aí abrangido o direito à saúde, essencial ao postulado de dignidade da pessoa humana, é absoluto³⁶ em si mesmo e pode ser imediatamente reivindicado por seus titulares.

Entendemos que os direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, enquanto um direito social prestacional, possui exequibilidade imediata e caráter líquido e certo, pois previstos na Carta Magna de 1988, Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais – apesar disso, várias são as dificuldades advindas da correlação entre sua eficácia e aplicabilidade que, muitas vezes, acabam por inviabilizar a concretização da efetividade desse direito, sendo a implementação de políticas públicas, um dos instrumentos essenciais para esta concretização, pois visa à realização da ordem social. (MARTINS, 2008, p. 110)

Bonavides afirma, citando Schmitt:

As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem, mas os valores são postos e impostos. Quem lhes afirma a validade, deve fazê-los válidos. (SCHMITT *apud* BONAVIDES, 2002, p. 582).

Os parâmetros, portanto, para a concretização dos direitos fundamentais e para determinar sua eficácia vão se dar à luz da teoria que os elenca enquanto princípios e valores

³⁶ Duas concepções vigoram teoricamente acerca dos direitos fundamentais: teoria relativa e a teoria absoluta. A primeira defende que a ideia central de direitos fundamentais só pode ser protegida no caso concreto, o que é defendido sobretudo por Robert Alexy. A teoria absoluta entende que os direitos fundamentais têm delimitação abstrata, não podendo suas fronteiras ser ultrapassadas, nem mesmo para a garantia de direitos fundamentais de mesma importância e hierarquia. Vê-se a aplicação de cada direito de forma isolada, em que a solução seria sempre conjugar direitos fundamentais, sem pretender considerá-los de forma isolada. (CAMARGO, 2009). A segunda teoria é a perflhada neste estudo.

(BARROSO, 2008a). As normas de direitos fundamentais, sustentadas pela dignidade da pessoa humana, infligem ao Estado um mandado de eficácia plena, de imediato agir, pelo qual se impõe a atuação de todas as funções do Estado, proibindo-se a fragilização e a debilidade de sua eficácia.

A fundamentalidade dos direitos sociais, quando positivados num modelo normativo de substrato principiológico-valorativo, define, além de imposições e proibições, a sua realização, fática e juridicamente, vinculando os poderes estatais, na sua efetivação, à busca da eficácia plena, devendo cumprir os mandamentos constitucionais de legislar, organizar e empreender políticas públicas que os concretizem.

Os comandos constitucionais que determinam uma tal obrigatoriedade de ação dos poderes públicos na implementação do direito fundamental social da saúde não lhes imprime caráter programático – dependente de um comportamento público para ser exigível e submetido a limites para sua aplicabilidade. O sentido atribuído deve ser outro, compatível com o paradigma democrático de direito, que se defende neste estudo, e com a teoria que entende os direitos fundamentais como valores e princípios, segundo a qual o mandamento não se restringe a uma melhor realização possível, mas significa fazer cumprir o que impõem as normas constitucionais para a operacionalização do direito à saúde em sua plenitude.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem reconhecido um dever de aplicação imediata por força de cada dispositivo enunciador de direito ou garantia fundamental. Dizendo em outras palavras, à luz da jurisprudência do STF, a força normativa plena de cada direito ou garantia fundamental decorre da própria institucionalização constitucional do direito ou garantia em questão, ou seja, de sua positividade constitucional, de seu caráter de norma jurídica e, em especial, de norma jurídico-constitucional fundamental. Essa é uma boa hipótese explicativa para o fato de o STF, decorridas mais de duas décadas de vigência da Constituição, fazer raras alusões ao § 1º do art. 5º e não ter sobre ele uma teoria interpretativa explicitamente delineada ou sistematizada, mas conferir às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais – não apenas aos direitos e garantias do art. 5º, mas também aos demais direitos e garantias do Título II, como os direitos sociais – aplicação imediata.

Especificamente no que respeita à eficácia do direito à saúde, a par de julgados que confirmam o caráter programático do art. 196 da CF/88,³⁷ o STF tem reiteradamente decidido no sentido de que a norma é imperativo de ação pública imediata, o que autoriza sua apreciação pelo Judiciário e permite a imposição judicial de prestação material que possibilite

³⁷ A título ilustrativo, cite-se: AGRRE – 27286/RS, Relator Ministro Celso de Melo.

a realização do direito, independentemente da regulamentação específica.³⁸ Esse entendimento acaba por afastar a programaticidade que se atesta como objeção à realização do direito à saúde e sua determinação por ordem judicial.

Apesar de serem consideradas, por parte da doutrina, como normas programáticas, a jurisprudência tem se formado no sentido de dotá-las de eficácia jurídica independentemente de serem assim consideradas ou não, pois como estão preconizadas na Constituição gozam de supremacia. (MARTINS, 2008, p. 108)

Há entendimento aceito na atualidade que faz referência à dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social e prestacional. No mesmo sentido, também se argumenta que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória de políticas que efetivem o direito à saúde, violaria o princípio da separação dos Poderes e o da reserva do possível.

Ora, não se descuida de uma realidade imanente que é a escassez de recursos para a realização de todas as demandas sociais que surgem de um modelo democrático, integrativo e pluralista de Estado. Em face dessa escassez, ganha expansão a construção doutrinária e jurisprudencial da reserva do possível, que traduz a ideia de subordinação da concretização da norma constitucional a uma reserva econômica do possível; da raridade material da prestação como limite real; ou, ainda, da determinação daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da possibilidade social (SALAZAR & GROU, 2009).

Trata-se da cláusula³⁹ da reserva do possível erigida, por parte da doutrina, a partir do reconhecimento de que há limites de ordem financeira para a realização das políticas públicas, pelo que a exigibilidade do direito fundamental social está condicionada ao possível dentro dos limites financeiros públicos.

Não resta dúvida de que a afirmação frequente de que os direitos sociais implicam custos é correta. A definição dos meios e dos recursos para efetivar os direitos sociais cabe, primordialmente, ao Poder Legislativo; os direitos sociais, além de se submeterem à atuação do Legislativo, submetem-se à reserva do possível.

Entretanto, verifica-se que deve haver máxima cautela quando o Poder Executivo se apega ao argumento da reserva do possível para justificar sua omissão na área da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

³⁸ Entre tantos, cite-se o Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 813.619/RN. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 16/09/2014.

³⁹ Há cizânia quanto à natureza jurídica de tal instituto, transposto da doutrina alemã para a realidade brasileira. Há autores que categorizam a reserva do possível enquanto um princípio e outros enquanto uma teoria ou cláusula (MATSUDA; PEREIRA & SOUZA, 2011).

O STF se pronunciou acerca da reserva do possível, admitindo sua existência, mas limitando drasticamente seu argumento. É o que se observa na ADPF nº 45, em que a Corte reforça a questão acerca da legitimidade do controle judicial das políticas públicas. Nessa decisão, o Ministro Celso de Mello entendeu que:

Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

A par do exposto, o julgador ofertou os limites ao argumento orçamentário:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

Daí a correta ponderação de Barcellos acerca da reserva do possível:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. (BARCELLOS, 2002, p. 245)

Acolher irrestritamente o argumento que se compatibiliza com a objeção erigida pela reserva do possível, significa conferir ao gestor público uma discricionariedade no dimensionamento dos recursos públicos capaz de condicionar a realização do direito fundamental, de tal ordem a afrontar a sua prevalência na ordem jurídica constitucional democrática.

Salazar e Grou, atentando para a existência de duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica, a ausência de recursos nos cofres públicos e a ausência de autorização orçamentária para os gastos, afirmam que os argumentos a seu favor podem ser superados:

A “reserva do possível jurídica”, que traz o empecilho da falta de previsão orçamentária para o gasto demandado pelo fornecimento de medicamento por meio

de decisão judicial, por exemplo, pode muito bem ser superada, como explicitado acima, devendo prevalecer o direito fundamental à saúde, seja para determinar a inclusão no plano plurianual de despesa apta a concretizá-lo, seja para determinar a realização de despesa sem previsão na lei orçamentária anual. Não se trata de menosprezar o orçamento, mas tão-somente de não deixar argumentos formais se sobreporem à materialização da essência da Constituição. As regras relativas ao orçamento também não são um fim em si mesmo, ao passo que àquelas que cuidam dos direitos humanos fundamentais deve-se dar interpretação em prol de sua máxima efetividade.

Por sua vez, o argumento da incapacidade (fática) do Estado de arcar com determinada despesa, não pode ser simplesmente alegado totalmente desvinculado de qualquer comprovação. (SALAZAR & GROU, 2009, p. 94-95)

A doutrina empenha esforços para harmonizar a questão, defendendo a ideia de que garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais prestacionais é capaz de relativizar a teoria da reserva do possível. Em linhas gerais, essa garantia representaria um conteúdo mínimo dos direitos sociais que não poderia sofrer restrições por parte do Estado, nem sob o argumento da indisponibilidade financeira. E que seria imediatamente justiciável e exigível de toda a sociedade.

De acordo com esse pensamento, a dimensão prestacional do direito à saúde, bem como a de outros direitos fundamentais sociais encontra limites, sendo possível e necessário se reconhecer um conteúdo mínimo ao direito à saúde, um núcleo essencial que sob nenhum argumento poderia ser restringido. A garantia do mínimo existencial ou vital tornou-se objeto de análise dos estudiosos brasileiros há pouco tempo. De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008), o primeiro ensaio sobre o tema data de 1989 e foi escrito por Ricardo Lobo Torres.

Acolhida a garantia do mínimo existencial é possível afirmar que a justiciabilidade direta e incondicionada dos direitos fundamentais sociais e prestacionais é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, porém se restringe ao mínimo vital ou existencial, sendo exigida pela imposição de interpretação voltada à máxima eficácia dos direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana (FIGUEIREDO, M., 2007).

O tema tem sua discussão inicial atribuída aos alemães, surgindo como primeiro nome na doutrina o do publicista Otto Bachof, no início da década de 1950. Esse autor sustentou “a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna” (SARLET, 2008, p. 100). O entendimento de Bachof era no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana necessitava, além da garantia da liberdade, de um mínimo de segurança social, ou seja, recursos materiais para uma existência digna. Em 1975, o Tribunal Constitucional alemão afirmou a obrigação do Estado em assistir os necessitados e firmou a imposição de lhes assegurar condições mínimas para uma vida digna (BITENCOURT NETO *in* NETTO & BITENCOURT NETO, 2012).

É importante destacar que não se deve confundir o mínimo existencial com o mínimo de subsistência. A dignidade da pessoa humana, pela interpretação sistemática da Constituição brasileira, pressupõe a preservação de uma série de valores e bens; o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização do ser humano. Sem cair em excessos, devem ser asseguradas condições de alimento, saúde, educação, moradia, segurança, lazer, informação, que, mesmo em termos mínimos, permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e autonomia individual. Segundo Clève (*apud* FIGUEIREDO, M., 2007), os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro apenas o mínimo; aponta a Constituição para a ideia de máximo, mas de máximo possível (problema da possibilidade), em que a reserva do possível opere como imposição de cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

É o entendimento preconizado, entre outros, por Salazar e Grou (2009, p. 14 e 34), para quem:

Muitas das características do direito à saúde não deixam dúvidas acerca de se tratar de um direito subjetivo. O direito à saúde é direito humano fundamental e, portanto, se submete ao regime jurídico especial dos demais direitos desta categoria. A aplicabilidade imediata determinada pelo § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 é um exemplo. A relevância pública dos serviços e ações de saúde também foi reconhecida pela Constituição (artigo 197), indicando que, sem saúde, a utilização de quaisquer outros serviços ou mesmo a prática de quaisquer atividades não pode ser exercida por completo.

Apesar de os direitos sociais, como é o caso da saúde, estarem normalmente abrigados em normas ditas programáticas, o que, por si só, não afasta a outorga de direitos subjetivos, a saúde recebe tratamento privilegiado de vários autores que reconhecem a sua fundamentalidade jurídica e social. **A saúde se liga umbilicalmente ao direito à vida, vida digna, integrando o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. A este núcleo, mínimo existencial, é atribuída eficácia integral e aplicabilidade imediata.**

[...]

Por todo o até aqui exposto, não restam dúvidas de que o direito à saúde é um direito subjetivo de todos os cidadãos brasileiros, que gera, por sua vez, o dever do Estado de propiciá-lo imediatamente, sob pena de ser instado judicialmente a fazê-lo. (grifos nossos)

A definição do que seria objeto desse núcleo essencial, ou mínimo essencial dos direitos fundamentais, demanda que se compreendam as duas teorias que a abordam.⁴⁰ A primeira é objetiva e analisa o mínimo essencial a partir da própria norma jurídica, determinando seu valor para a dignidade da pessoa humana. A segunda teoria preconiza que a definição do que seja o mínimo existencial passa necessariamente pela ótica subjetiva, de tal forma que não é estabelecida aprioristicamente, mas depende de um juízo de ponderação no caso concreto.

⁴⁰ Sobre o tema, remete-se a Matsuda; Pereira e Souza (2011).

Essa inteligência advém da noção de conteúdo mínimo existencial e vital para a realização da dignidade da pessoa humana: um conjunto de situações materiais indispensáveis à existência digna, como educação, saúde, lazer, moradia. E, em cada uma dessas situações materiais, é possível obter um núcleo essencial específico que a defina, o mínimo em saúde, o mínimo em educação e assim por diante.

Afirmar que a saúde consiste num direito social prestacional, como um mínimo de eficácia direta, que resulta em exequibilidade imediata, não afasta, contudo, as dificuldades em torná-lo eficaz em uma realidade de múltiplas demandas a serem atendidas por uma federação trina, descentralizada em cada esfera administrativamente. Viu-se claramente que até mesmo a identificação do que caracteriza o mínimo existencial na saúde pública constitui um desafio que exige, em cada realidade, a compreensão do padrão mínimo de dignidade humana em cada caso.

Não há dúvida em se afirmar que a o direito à saúde, inerente ao princípio da dignidade humana, talvez seu maior valor, faz parte do mínimo vital para uma vida plena. A mesma facilidade não se verifica ao tentar afirmar o que é o mínimo vital em saúde, aquele conteúdo mínimo que seria imediatamente exigível e inerte à quaisquer limitações.

Após indagar se seria possível eleger, *a priori*, dentre as prestações relativas ao direito à saúde, aquelas que integrariam o mínimo vital, Salazar e Grou (2009, p. 41) assentam que “não parece ser possível a elaboração de elenco previamente definido de prestações (e os direitos subjetivos correspondentes) a comporem o mínimo existencial, especialmente no que diz respeito à saúde” Segundo as autoras, “uma coisa é o direito ao mínimo vital, outra é, pragmaticamente, o que é o mínimo vital, qual seu exato conteúdo em determinado tempo, referente a determinado caso”; neste caso “não é possível ao intérprete descolar do caso concreto e das circunstâncias a ele adstritas” (SALAZAR & GROU, 2009, p. 42). Advertem, ainda, que, quanto mais atento e conhecedor das necessidades de saúde da população, mais feliz será o responsável pela eleição desses procedimentos e insumos. Ainda assim, sempre existirão pessoas cujo tratamento de saúde não estará abrangido nessas escolhas.

O mínimo existencial não comporta definição de conteúdo estável, mas mutável e historicamente situado.

Portanto, a afirmação de que o direito ao mínimo existencial é um direito sobre direitos põe em relevo duas características marcantes: a) trata-se de direito fundamental autônomo; b) trata-se de direito fundamental cujo conteúdo se compõe de dimensões de outros direitos fundamentais. Esta última peculiaridade faz com que se possa qualificá-lo como um direito-condição, reserva de eficácia da dignidade da pessoa humana. (BITENCOURT NETO, 2010, p. 174)

Algumas críticas, no entanto, são opostas; parte da doutrina sustenta que a teoria do mínimo existencial, pela falta de critérios para a definição de quais direitos e prestações estariam abrangidos na garantia, perder-se-ia num excessivo voluntarismo político, abrindo espaço para negociações e barganhas no âmbito dos direitos fundamentais. O mínimo existencial, nessa acepção, estaria servindo de lastro teórico para interpretar de forma constritiva a aplicação dos direitos sociais, esvaziando-os em amplitude e magnitude – assim, como indiretamente, à própria dignidade humana (FIGUEIREDO, M., 2007).

Amaral (*in* BIGOLIN, 2004) não concorda com as posições defendidas por Alexy e por Torres em diferenciar um núcleo nomeado como ‘mínimo existencial’ ou como *status positivus* das liberdades fundamentais que seria sempre exigível, de outros direitos, que vigeriam sob a reserva do possível, gerando uma grande dificuldade lógica. A terminologia para exigibilidade induziria a uma aplicação binária, exigível *versus* não exigível, ao passo que a noção de mínimo existencial incluiria enorme gradação não existindo divisões nítidas. “O mínimo existencial seria o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior do Alagoas?” Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma condição que afasta a exigibilidade incondicional.

Entretanto, para parte da doutrina, a teoria da reserva do possível pode ser considerada uma limitação à efetividade dos direitos sociais, e só é aplicável aos direitos que estão fora do que ele denomina “mínimo vital”, equivalente ao mínimo existencial. Explica Nunes Júnior (2009, p. 29):

Em conclusão, concatenando-se análise do direito positivo brasileiro aos pressupostos de realidade aos quais é aplicado, temos que a teoria da reserva do possível – em regra, evocada como argumento fazendário para objetar a realização de direitos essenciais à dignidade – é de aplicação excepcional, circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporadas por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários.

A ideia do mínimo existencial não é suficiente para equalizar os diferentes interesses em voga quando se trata da eficácia e da aplicabilidade de direitos fundamentais sociais, como a saúde. Nem se mostra constitucionalmente adequada a interpretação de que somente o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional é imediatamente exequível, seccionando o direito fundamental em parte exigível e parte não exigível.

Não se está a negar a possibilidade de um juízo de ponderação que permita inferir, face a uma demanda concreta, prestações passíveis de serem exigidas do comportamento

público, o que não significa dizer que o direito à saúde não ostenta eficácia plena e seja imediatamente exigível. A possibilidade de haver um juízo de ponderação é inerente ao debate judicial e se mostra como critério para a solução de conflitos e parte da premissa de que existem colisões entre direitos e que a resposta acerca do que seja exigível demanda um juízo de ponderação entre eles. É o que assevera Barroso (2008a, p. 11):

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.

O mesmo entendimento é preconizado por Salazar e Grou (2009, p. 43):

Não se pode perder de vista os diferentes prismas a que também o mínimo vital pode ser tratado: uma coisa é o direito ao mínimo vital, outra é, pragmaticamente, o que é mínimo vital, qual seu exato conteúdo em determinando tempo, referente a cada caso. Neste segundo caos, repisa-se, não é possível ao interprete deslocar do caos concreto e das circunstâncias a ele adstritas.

É possível refletir que existe um mínimo vital que deve ser observado para a plena dignidade da vida humana; e esse mínimo vital já se encontra determinado no próprio texto constitucional brasileiro. Por certo o direito à saúde faz parte deste rol valorativo mínimo para a dignidade humana. Essa afirmação, no entanto, não significa concluir que o direito à saúde pode ser seccionado, dividido em partes; uma que é imediatamente exigível, e outra que comporta objeções à sua aplicabilidade e eficácia, como a reserva do possível.

Como bem pontua Mariana Figueiredo (2007), é certo que a ideia do núcleo essencial não resolve o problema da dependência da realização dos direitos sociais aos recursos públicos disponíveis, que são, a cada dia, com a crise atravessada pelo Estado Social de Direito, mais escassos; impõe-se o debate acerca de alternativas, mecanismos de controle das deliberações realizadas a respeito da destinação de tais recursos, como já alertou Barroso.

O autor vai bem além no debate acerca da reserva do possível e afirma que é necessário o debate social prévio quanto à alocação dos recursos públicos, para conformar o orçamento a um modelo de sociedade democrática:

Há um momento na vida democrática de todos os Estados no qual se tomam as decisões e se fazem as escolhas - as boas e as trágicas - e esta discussão é negligenciada no Brasil. E, portanto, em um momento do segundo semestre de cada ano, médicos, ONGs, pacientes, as pessoas envolvidas no sistema têm que participar

de um debate que tem que ser público e transparente, que é a definição de quais políticas públicas de saúde serão prestigiadas e quais os recursos serão alocados àquelas políticas públicas. Portanto, nós temos judicializado e tornado este debate na ponta final mais importante do que o debate prévio, que é estabelecer quanto, onde e para que serão investidos os recursos.

Todas as sociedades democráticas debatem: quanto vai para educação, quanto vai para a construção de estradas, quanto vai para a publicidade institucional. E nós temos que estabelecer o quanto vai para a saúde e procurar determinar qual é o justo em saúde naquele momento e naquele determinado lugar. (BARROSO, 2009b)⁴¹

O entendimento de Barroso se coaduna com o marco teórico da governança, na medida em que o conceito trata da interlocução do Estado com a sociedade no processo de elaboração e acompanhamento de realização de políticas públicas, não se podendo excluir a definição acerca da alocação de recursos públicos financeiros.

O STF acolhe a ideia do “mínimo existencial”, sob o argumento da reserva do possível, para avaliar a proporcionalidade das condutas ou omissões do Estado consistentes em restringir direitos sociais. Não obstante, não são poucos os julgados em que, a par de utilizarem o critério como parâmetro, se reconhece que não se trata de uma solução viável ao conflito que se estabelece, face à inegável complexidade que o debate acerca da eficácia e aplicabilidade do direito fundamental à saúde estabelece.⁴²

⁴¹ Vale citar que o orçamento participativo surge em meio ao debate acerca do controle social sobre o orçamento público. Apesar de críticas possíveis e de limitações inerentes ao instrumento, constitui importante passo democrático e permite que o cidadão defina por consenso o destino de parte dos recursos públicos municipais.

⁴² Como exemplo, cite-se o RE 482611, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 23/03/2010, publicado em Dje-060, data de divulgação 06/04/2010, data de publicação 07/04/2010,

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

3.1 Acesso à justiça, déficit democrático e as objeções ao fenômeno da judicialização de políticas públicas

Na intenção de estudar a judicialização de políticas públicas⁴³ de assistência farmacêutica, é imperioso que se compreenda a gênese do fenômeno em toda a sua extensão e se parta da assertiva de que está afeta ao déficit democrático no exercício das funções estatais primordiais do Estado.

A judicialização da política nada mais é do que a provocação ao Judiciário para que se manifeste acerca da realização e implementação de políticas públicas e dê fim a um conflito de interesses sobre a realização de direitos fundamentais. Implica a transferência de responsabilidade da solução dos conflitos sociais ao Poder Judiciário, que passa a tratar de demandas não suficientemente solucionadas pelas demais instâncias políticas do Estado. Por isso, pode-se afirmar que a judicialização envolve uma cessão de parcela do poder para os tribunais, no controle de atividades legislativas e administrativas concernentes a políticas públicas, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2008b).

A judicialização é ínsita a toda sociedade que avança na conscientização de direitos e que vê à sua disposição meios ampliados de promoção da defesa de seus pleitos. Está afeta ao paradigma democrático constitucionalizado e pode ser atribuída essencialmente a três fenômenos sociais nascidos desse paradigma: a constitucionalização de direitos fundamentais sob o signo da democracia, o consequente movimento de acesso à justiça e o déficit de democracia sentido nas ações e comportamentos públicos.

Barroso sintetiza bem as múltiplas causas da judicialização apontando três fatores na gênese desse fenômeno: a redemocratização – especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, que fortalece o Judiciário e aumenta a demanda social; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram tratadas pelo processo político majoritário e pela legislação

⁴³ O conceito de políticas públicas foi apresentado no capítulo anterior, mais exatamente no subitem 2.2.4.

ordinária; e, finalmente, o desenho atribuído ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, com natureza mista, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional (BARROSO, 2008b).

Nesse sentido, sob o paradigma democrático constitucionalizado, cuja origem e fim são a realização de direitos fundamentais, desponta como fator importante no nascedouro da judicialização o movimento de acesso à justiça.

O acesso à justiça passou a ser entendido não só como o direito incondicionado de se movimentar a jurisdição, mas também, e principalmente, como garantia de que o resultado dessa atividade seja útil, eficaz e participativo. O referencial teórico elementar de acesso à justiça foi capitaneado por Cappelletti (1991)⁴⁴ e se encontra no amplo movimento em prol da afirmação do caráter instrumental⁴⁵ e socializante do processo e de análise crítica dos instrumentos oferecidos aos indivíduos para tornar efetiva a prestação jurisdicional. É da essência dessa perspectiva teórica a concepção do processo como um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados, efetuada de forma célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas também sociais e políticas.

Santos (2009) trata bem do tema do acesso à justiça, asseverando que o movimento ganha vulto à medida que os cidadãos tomam consciência de que os processos de mudança constitucional lhes concedem direitos significativos e passam a ver no Direito e nos tribunais um instrumento importante para os reivindicar. Assim, o acesso à justiça consubstancia-se num direito porque é essencial à democracia e, portanto, estruturante das sociedades contemporâneas. Alertam Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2010, p. 16): “Não nos esqueçamos de que, ao se inserir no ‘novo’ constitucionalismo, o Brasil consagra, mais do que nunca, o acesso (amplo) à justiça como um direito fundamental”.

Esse contexto de ampliação e de qualificação de instrumentos de acesso à justiça está relacionado com o ímpeto demandista da sociedade pós-moderna, tratado por

⁴⁴ Cappelletti é considerado o grande precursor do movimento de acesso à justiça e estuda o tema abordando o que chamou de “ondas revolucionárias”. Cappelletti e Garth apontam as barreiras mais importantes na busca pela efetividade do acesso à justiça, destacando também formas de combatê-las. Seu raciocínio foi estruturado em três etapas, as quais receberam a denominação de ondas revolucionárias (FERRAZ, 2006).

⁴⁵ A instrumentalidade do processo repousa suas raízes na tese de que o processo não é um fim em si mesmo, mas antes um instrumento de realização efetiva de direitos, não possui valor absoluto e não pode se distanciar das normas substanciais e das exigências sociais de pacificação de conflitos (DINAMARCO, 1996, p. 379).

Chevallier como a *explosão do contencioso*. O autor se refere à atuação jurídica caracterizada pela predominância de um direito *judicializado* e pela necessidade da interpretação judicial na realização do direito legislado, como aquele cuja construção é a típica da *common law* (CHEVALLIER, 2009).

Tudo se passa tal como se o modelo americano de uma ‘sociedade contenciosa’, em que todos os problemas – tanto os conflitos de direitos ou interesses, como as divergências de interpretação quanto ao sentido a ser dado aos textos e, notadamente, ao texto constitucional – resolvem-se perante a justiça, tendem-se a se difundir, em graus diversos, por todos os países. (CHEVALLIER, 2009, p. 131)

E continua o autor:

A multiplicação das ações levadas aos tribunais mostra que o juiz está encarregado nas sociedades contemporâneas de compor as diferenças de toda ordem, em vista a preservar os equilíbrios sociais: ele se vê transferir a responsabilidade de ‘cortar os nós górdios da história, da moral, da economia’ (A.MINC, 1998); é a ele que compete ‘ponderar os interesses’ (C.A. MORAND, dir., 1997) e definir as soluções socialmente aceitáveis. (CHEVALLIER, 2009, p. 131-132)

A explosão da litigiosidade determina muito mais do que uma simples ampliação objetiva das funções judiciais com o aumento do poder da interpretação, mas também a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre políticas públicas, uma vez que impõe uma forma de agir e busca suprir omissões e insuficiências dos demais poderes, por meio do processo judicial.

Parte da doutrina adverte que o movimento de judicialização está relacionado à crença de que os problemas sociais são solucionados de melhor maneira pelo juiz mediante um processo judicial equânime, sem se considerar o processo de formação dos julgados e a historicidade inerente à adoção de um modelo de precedentes no contexto judicial brasileiro de *civil law* (THEODORO JÚNIOR, NUNES & BAHIA, 2010).

Barroso tece argumento contrário; para ele não se trata de ambição para criar um modelo *juriscêntrico* ou de *hegemonia judicial* voltada aos precedentes, mas de fator inerente ao modelo constitucional:

A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. (BARROSO, 2008b, p. 6)

Chevallier (2009) menciona o crescente movimento de disposição social ao conflito somado a uma expansão jurídica – uma *juridicização*, que ordena o direito na sociedade pós-moderna e conduz a um aumento da realidade contenciosa,

consequentemente, da judicialização da vida social em busca de previsibilidade e de controle.

Essa demanda contenciosa é inventariada no contexto de recepção da doutrina constitucionalista, que se pauta na teoria principiológica do direito. Por essa doutrina, os direitos fundamentais, enquanto normas jurídicas de conteúdo principiológico, enunciam valores eleitos como essenciais ao modelo de sociedade constitucionalizado. Esse contexto, típico da pós-modernidade, reforça o caráter dinâmico do Direito atual e demanda que o Judiciário se pronuncie sobre os conflitos sociais daí advindos. É do que trata Leal ao dissertar sobre a demanda por manifestação judicial na sociedade atual:

Esta demanda, no entanto, não se deve a mera contingência, mas está associada, em parte, a uma transformação dos próprios direitos fundamentais, seja na superação de sua dimensão clássica, meramente negativa, marcada pela incorporação de uma dimensão positiva, seja pela ampliação e extensão dos mesmos. (LEAL *in* LEAL & REIS, 2007, p. 2093)

A autora afirma que o sistema de princípios e de valores que marca o constitucionalismo gera um espaço para a atuação judicial e para a ampliação da *juridicização*, “até então jamais visto na história dos poderes” (LEAL *in* LEAL & REIS, 2007, p. 2095)

Essa atuação judicial como marca do constitucionalismo também é descrita por Vasconcelos, ao abordar o signo da atuação judicial contemporânea:

Enquanto na perspectiva do estado constitucional democrático e no novo constitucionalismo, o direito e a Justiça têm uma função transformadora da realidade. Isto é, o sistema converte-se em instrumento de direção e de promoção social, perspectiva que confere ao poder judiciário e aos juízes uma função proeminente e ativa no sentido da realização da justiça e da efetividade dos direitos e da concretização do projeto constitucional da sociedade a que servem, segundo uma ética de responsabilidade social. (VASCONCELOS, 2014, p. 1607)

Carvalho Filho também estudou o tema da judicialização de políticas públicas e assevera que a busca pelo Judiciário surge como uma resposta à ineficiência da Administração e das ações administrativas, diante da complexidade de demandas inerente ao modelo de estado contemporâneo, onde “A evolução histórica das sociedades provoca sempre efeitos inovadores, com que impele o grupo social à formulação de maior quantidade de postulações e de postulações mais complexas” (*in* DIAS; ESTEVES & FORTINI, 2008, p. 107) Nesse cenário, as soluções judicialmente

alcançadas, conquanto fora dos padrões tecnicamente jurídicos,⁴⁶ ensejam uma solução pontual e episódica da lide que deveria ter sido solucionada pelos outros Poderes (CARVALHO FILHO *in* DIAS, ESTEVES & FORTINI, 2008).

A crise do Estado moderno⁴⁷ e a alteração de paradigmas autoritários evidencia uma multiplicidade de demandas sem respostas satisfatórias daqueles que têm por função primordial a elaboração e a aplicação do Direito (Legislativo e Executivo). A inércia, omissão e/ou a inefetividade dessas instâncias levam o Judiciário a ocupar os espaços da ação administrativa e legislativa deixados à margem. A partir daí, o Judiciário é provocado pela sociedade a dar sentido e completude à legislação e aos atos políticos da Administração Pública.

A judicialização, conquanto esteja inserida em um contexto de reconhecimento de direitos fundamentais e de ampliação do acesso à justiça, é resultado de uma cidadania empobrecida e da necessária reflexão sobre os instrumentos de participação social, além da ausência da construção de uma cultura coletiva, de laços sociais (individualismo) e está relacionada, por isso, a um déficit de democracia (SPENGLER *in* REIS & LEAL, 2008).

Sant'Anna (2012) trata do empobrecimento da cidadania, apresentando argumentos contrários à judicialização, quando afirma que a constatação de uma crise das instâncias políticas não pode ensejar a entrega da solução aos juízes, sob pena de adormecer a consciência cívica do povo brasileiro, privilegiando o discurso individualista sobre o coletivo.

O déficit democrático – ou de democracia – é a ausência de correspondência entre as ações públicas e a realização satisfatória de direitos fundamentais essenciais à dignidade da pessoa humana, é a ausência de efetividade no exercício das funções públicas do Estado e na realização do projeto social democrático constitucional, capaz de, entre outros reflexos, ensejar uma busca excessiva ao Judiciário como a panaceia para todos os males.

A partir do reconhecimento do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, sua realização se consubstancia em um dever do Estado, tendo em vista que impõe um

⁴⁶ O autor menciona que parte da doutrina considera essas pretensões impossíveis juridicamente, por não vislumbrar a legitimidade do Judiciário para tratar de tais demandas. Entretanto, endossa o entendimento diverso, considerando que não se trata de pretensão à realização de políticas públicas gerais, mas de realização de direitos subjetivo do próprio interessado e dá como exemplo as demandas para fornecimento de medicamentos (CARVALHO FILHO *in* DIAS, ESTEVES & FORTINI, 2008).

⁴⁷ Esse assunto será abordado em detalhes no capítulo seguinte, em que se disserta acerca do paradigma democrático da pós-modernidade.

esforço conjunto para a busca de sua implantação satisfatória. E é quando essa atuação não se comporta de forma a cumprir as determinações valorativas constitucionais, que se está diante de omissões e insuficiências nas ações públicas, passíveis de controle por outras instâncias políticas.

Nesse ponto não se trata de um déficit exclusivo da Administração Pública, mas sim da constatação ampliada de omissões e ineficiências na atuação de todas as funções primordiais do Estado, seja legislando ou gerindo publicamente. Essas deficiências ou omissões de atuação denominam-se ‘déficit democrático’; sobre ele nasce o movimento de busca pela solução contenciosa judiciada.

Moreira Neto (2012) traduz esse déficit democrático do Estado como sendo a dissociação existente entre o complexo democrático valorativo normativo posto e os atos e comportamentos públicos de realização dos valores assumidos. Ao discorrer sobre a necessária conciliação entre os conceitos formal e substantivo de democracia, o autor afirma:

A conciliação entre ambas, de modo a conformar um só sistema para o governo das sociedades de homens livres, é a tarefa das Constituições, porque neles se fixam as normas de convivência entre ambas as regras, opostas, mas complementares: a majoritária, em que contam as pessoas, e a contra majoritária em que contam os valores. Se esse sistema é inadequado ou inadequadamente praticado, gera-se então um déficit democrático na vida de um país, devendo ser reduzido e eliminado, pois a sua mera existência, já retira da ordem jurídica, constitucionalmente estabelecida, [...], a imprescindível autoridade para garantir numa convivência harmoniosa, justa e segura. (MOREIRA NETO, 2012, p. 19)

Chevallier também analisa o que se batizou como déficit democrático como um fator causal do ímpeto do movimento de judicialização, ao dispor que:

[...] a aceitação pelos interessados que esse conflito de direitos seja composto pela Justiça, através da observância do ritual judiciário, torna-se a partir daí um meio de recompor um liame social que os procedimentos de deliberação democrática não são mais suficientes para recuperar. (CHEVALLIER, 2009, p. 133)

As omissões administrativas militam em favor desse déficit democrático e se caracterizam pelas ausências e deficiências na gestão pública, implicando a não realização dos direitos fundamentais.

Se os preceitos constitucionais necessitam da intervenção legislativa para serem densificados, após esta etapa, tudo o mais está sujeito à atividade da Administração, a quem compete, para além de elaborar regulamentos necessários à execução das leis concretizadoras, disponibilizar verbas, decidir no sentido de contratação de pessoas, de construção de infra-estruturas, entre outros. (FRASCATI, 2007, p. 429)

Há divergência doutrinária acerca dos limites da atuação administrativa quando no exercício do dever de implementação e realização de direitos fundamentais sociais. Parte da doutrina prevê a demanda inafastável por reserva legal e parte defende a discricionariedade limitada aos comandos constitucionais em um ato de ativismo administrativo para a eficiente realização de tais direitos.

Tanto melhor é alargar o campo de atuação do administrador, impulsionando a atuação no âmbito da reserva de lei e intensificando o controle das omissões e atuações deficientes (FRASCATI, 2007). Na ausência de uma atuação eficiente e progressiva na condução das funções administrativas em conformidade com os desígnios democráticos sociais, não há como afastar a ação do Judiciário.

A Constituição de 1988, a partir de um modelo de Estado Democrático de Direito, atribuiu ao Judiciário uma verdadeira função política, permitindo-lhe que se transformasse em agente de transformação social e que assumisse um viés político por meio de um verdadeiro ativismo judicial. É sobre essa nova função que tratam Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2010, p. 18):

Ocorre que a partir do segundo pós-guerra e da estruturação dos Tribunais Constitucionais, como já dito, vai se atribuindo um novo fôlego ao ativismo judicial, concebendo-se a função do juiz como a função de garantidor das promessas e de engenheiro social.

Há de se verificar que parte dos adeptos do ideal de um processo com esta marcante função social e sem neutralidade normativa acreditam que um juiz ativo funcional como um verdadeiro canal de comunicação da carga axiológica da sociedade em que vive e os textos normativos, sendo o intérprete quem possui sensibilidade na busca solitária do bem comum.

Muitos estudiosos relacionam a judicialização ao *ativismo judicial* (CARVALHO FILHO *in* DIAS, ESTEVES & FORTINI, 2008), tratando os termos como sinônimos, e atribuindo-lhes como causa a expansão do poder judicial, motivada pelo fenômeno de normatização de direitos (especialmente aqueles de natureza difusa e coletiva), das transições pós-autoritárias e da edição de Constituições democráticas com cunho valorativo e principiológico.

Mais uma vez tem entendimento diverso Barroso, para quem não se trata de expressões ou fenômenos sinônimos; são condições que se relacionam, mas diversas uma da outra. O autor explica:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes e uma das formas de manifestação do ativismo judicial é a imposição de um comportamento público ativo de abstenção em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008b, p. 6)

Nesse sentido, a função jurisdicional e o controle que esse Poder exerce sobre as ações e comportamentos públicos são instrumentos próprios da democracia, sendo necessário o reforço dessa instituição e daquelas que comungam da função de operar o direito e realizar a justiça, tendo sempre como norte o movimento de contribuição do acesso à justiça.

Assim é que, na atualidade, o debate acerca da judicialização de políticas públicas ou da judicialização de direitos fundamentais subjetivos não diz respeito mais a sua possibilidade diante da realidade fática, social e jurídica, mas sim sobre a definição dos efeitos sociais e jurídicos daí advindos, especialmente ao se aperceber de seu excesso e de que o conteúdo das decisões judiciais proferidas em tais situações está evadido de natureza política e termina por tangenciar esferas de atuação antes reservadas ao domínio político representativo, exercido tipicamente pelos demais Poderes do Estado (TORRES, 2012).

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia (2010, p. 18) tecem um importante contra-argumento ao ativismo judicial que se verifica na judicialização excessiva:

[...] podemos perceber o equívoco na credulidade na existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente num cenário de pluralismo de concepções de mundo, pois neste percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais, impedindo que um sujeito solitário, órgão ou entidade possam encontrar sozinhos os valores dessa comunidade.

Remetendo à teoria que considera que os direitos fundamentais sociais, na sua expressão prestacional, podem sofrer limitações quanto à eficácia e aplicabilidade, parte da doutrina entende que é possível ao juiz determinar ao Estado o cumprimento de uma prestação com fundamento imediato na norma constitucional, quando se está diante de omissão no ponto de realização de um *standard* mínimo de um direito social fundamental (mínimo vital)⁴⁸. Nesse sentido, a garantia ao mínimo existencial é

⁴⁸ O tema atinente ao mínimo vital foi tratado neste trabalho ao se dissertar acerca da justiciabilidade do direito fundamental à saúde. Defendeu-se neste estudo que não é possível impor limitações quanto à

condição precípua para o exercício da liberdade real e para o preenchimento, no menor grau aceitável, daquilo que se entende por dignidade humana. Já se afirmou que a determinação acerca do que sejam estes parâmetros somente se dará diante de um caso concreto e por meio de ponderação, tendo em conta o nível de desproteção ou carência fática em que se encontra o indivíduo (FRASCATI, 2007). Para os adeptos de tal teoria há um espaço que pode e deve ser reservado ao controle judicial; entretanto, não pode, como costuma acontecer no movimento crescente de judicialização de políticas públicas, o Judiciário se aventurar a tomar para si as funções gestoras da Administração Pública, elaborando e conformando políticas públicas.

Esse entendimento, entretanto, não é hegemônico. A partir do que se elegeu como valor essencial na democracia social – a dignidade da pessoa humana –, não se pode conceber a relativização de um direito a ele ínsito como é o direito à saúde. Restou afirmado no capítulo anterior que o direito à saúde, nos moldes constitucionais (§ 1º do art. 5º da CF/88), ostenta eficácia plena e aplicabilidade imediata.

De toda sorte, o debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais sociais não é a condição que determina a judicialização excessiva e, ainda que se entenda ser possível operar limites à eficácia de direitos fundamentais, tal debate não é fator capaz, por si só, de elidir um comportamento demandista, porquanto, como já se afirmou, ele é inerente aos movimentos de constitucionalização de direitos e de abertura democrática do século XX.

Isso remete a uma reflexão crítica quanto às objeções comumente verificadas em face de um movimento amplo e excessivo de judicialização da política, que podem ser assim sintetizadas: 1) ausência e legitimidade democrática; 2) politização do Direito; e 3) limites da capacidade institucional do judiciário (BARROSO, 2008b).

A ausência de legitimidade democrática é defendida por muitos doutrinadores. Por ela, não é razoável, sob nenhum ponto de vista, e nem se harmoniza com o art. 2º da CF/88, a figura do *juiz administrador*, que, sem qualquer representatividade ou legitimidade democrática, decide sobre políticas públicas e determina entre outros comportamentos a alocação de recursos públicos, sob o argumento da realização de direitos fundamentais (SILVA, 2003 *apud* PEREIRA, 2004, p. 89-90).

eficácia de direitos fundamentais e que a possibilidade de um juízo de ponderação, ainda que cabível na operacionalização de tais direitos em face de conflitos entre normas fundamentais de caráter principiológico, não importa na sua restrição.

Toda vez que um magistrado [...] determina o custeio imediato de um tratamento caríssimo no exterior a um paciente [...] que não encontra terapia adequada no sistema público de saúde, outras prioridades, definidas pelo Parlamento e pelo Poder Executivo, com o mesmo nobre escopo de concretizar direitos fundamentais, tais como a adequada proteção policial, a modernização do Poder Judiciário, o combate a epidemias, a prestação de serviços simples de saúde, a construção de rampas para acesso de pessoas portadoras de deficiência perdem sua parte no “bolo”.

Barroso também identifica aqueles que defendem o argumento de ausência de legitimidade democrática existente na judicialização:

Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar maior parte dos recursos públicos na educação de novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. (BARROSO, 2012, p. 55)

Entretanto, o mesmo autor endossa argumento pautado na teoria contramajoritária reconhecendo a legitimidade do Judiciário. Ele aposta em fundamentos normativos e filosóficos para sua afirmativa, mas tem o cuidado de destacar que a teoria contramajoritária deve ser tomada com cautela, na medida em que a atividade jurisdicional não é *mecânica*, portanto não dotada de absoluta neutralidade. Afirma Barroso (2008b, p. 11-12):

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.

[...]

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.

Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal

Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios⁴⁹ – não de política – e de razão pública⁹ – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.

É o que ensina Barroso ao afirmar que o papel do Poder Judiciário, em um Estado democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, além de construir seu sentido – notadamente quando se tem em vista a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios jurídicos, e, ainda, de fazer usar da ponderação na busca pela solução de conflitos entre direitos fundamentais e princípios constitucionais. Entretanto, afirma o autor, não pode ele avançar na criação ou delineamento de políticas públicas já estabelecidas, exceto nos casos onde há omissão ou deficiências que demandem sua intervenção. Em situações tais, ainda que se configure sua legitimidade, o Judiciário deve agir com autocontenção. Analisa o autor:

Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua⁵⁰. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas.

[...]

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2008b, p. 11-12)

Outra crítica à judicialização é a invasão da política no Direito e do Direito na política, em que instituições judiciais foram chamadas para ocupar um vazio provocado pelo desmantelamento dos vínculos sociais contemporâneos, o qual suprimiu as possibilidades de participação política e culminou na busca por um molde de democracia ofertado pelo Judiciário com base na esperança de um processo argumentativo, transparente e imparcial.

A tal objeção Barroso responde que Direito e política encontram-se imbricados quando uma decisão judicial está dissociada de subjetivismo e associada à realidade política e aos valores constitucionalmente erigidos. E assim afirma:

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. The forum of principle. In: *A matter of principle*. 1985.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, *Revista de Direito do Estado*. 2:83, 2006. Embora ela se irradie por todo o sistema, e deva sempre estar presente em alguma medida, ela não deve ser invocada para asfixiar a atuação do legislador.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia. (BARROSO, 2008b, p. 14-15)

Segundo Barroso, a atuação do Poder Judiciário é imprescindível para o exercício da democracia. Portanto, não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação, e nem deve pretender ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (BARROSSO, 2008b).

Carvalho (2008) opõe inúmeras críticas à judicialização excessiva e identifica o que chama de ‘riscos da judicialização de políticas públicas’. Para além da ausência de legitimidade do magistrado na definição de contornos de políticas públicas – extravasando competências constitucionais e ignorando as omissões e deficiências passíveis de controle –, um dos riscos presentes na judicialização excessiva é a ausência de compreensão acerca dos vários aspectos atinentes à gestão governamental que implicam limitações de direitos e assunção de deveres públicos característicos e distintivos dessa atividade. Isso porque o Executivo está preparado, por sua própria natureza pública gestora, para lidar com as *demandas de interesse público* e de *interesse particular*, bem como com as *finanças públicas*.

É o mesmo entendimento preconizado por Teixeira e Magalhães (2008, p. 153):

O Judiciário nunca terá completo conhecimento das condições materiais de que dispõe o Estado para cumprir suas várias atribuições constitucionais, e sua interferência pode causar uma má gestão do interesse público.

Para esses autores, o controle político pelo Judiciário desconsidera, por completo, o planejamento orçamentário do ente político e impõe o descumprimento das normas que versam sobre o tema, como a Lei Complementar nº 101/00. Um comportamento público cujos contornos configuram crime, a exemplo dos previstos no art. 359-D do Código Penal; no art. 1º, V, do Decreto-Lei nº 201/67; no art. 10, nº 6, da Lei nº 1.079/50; bem como nos ilícitos da Lei nº 8.429/92.

Diante de condenações judiciais decorrentes de lides movidas individualmente, com clara repercussão orçamentária, argui-se ofensa à ordem jurídica vigente e se impugna o fato de os juízes singulares já controlarem o orçamento, em diversas realidades. Críticos denunciam que o controle judicial do orçamento vem sendo exercido da pior maneira possível, [...] Reitera-se que a consequência prática é a elitização das prestações judiciais, sendo necessário impor fronteiras ao uso desmedido de instrumentos de controle judicial, sob pena de caminhararmos a uma verdadeira “juristocracia”. São claros os riscos de criar frustração coletiva, quando patente a impossibilidade da concretização da política almejada ou, ainda pior, de desarticular a ação estatal, baseada nas políticas públicas aprovadas nas urnas. (CARVALHO, 2012b, p. 7)

Seguindo essa mesma linha de entendimento, os “riscos” concernentes à judicialização de políticas públicas também se confrontam com uma realidade social de limitações empíricas. Para além das questões de ordem financeira, existem limitações de ordem prática, fática e operacional. Mais uma vez, Carvalho chama a atenção para a questão:

Como bem observa a doutrina contemporânea, “Não se trata de adotar qualquer corrente restritiva sobre a proteção dos direitos fundamentais, mas chamar a atenção para o comprometimento da governabilidade e respeito ao Estado Democrático de Direito”. É preciso utilizar, “todos os meios disponíveis para a correta percepção da realidade, sem devaneios, falsas promessas ou jurisdição arbitrária”.⁵¹ Em razão até mesmo da teoria dos custos dos direitos, “deve-se ter perfeitamente em mente que, ao se realizar a alocação de recursos no orçamento, se está verdadeiramente determinando quais direitos serão cumpridos e quais não”. (CARVALHO, 2012b, p. 8)

Essa última crítica é reconhecida por Barroso como objeção quanto à capacidade institucional do Judiciário. O autor sustenta que ela envolve a determinação de qual Poder está apto a produzir a melhor decisão em determinada matéria considerando aspectos técnicos e científicos de grande complexidade. Muitas das vezes, o Judiciário não ostenta tal virtude, por falta de informação ou conhecimento específico. Isso gera o que se chama de *risco de efeitos sistêmicos*, imprevisíveis e indesejados, exigindo uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O autor assevera que o Judiciário:

[...] nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. (BARROSO, 2008b, p. 17)

⁵¹ Neste ponto a autora faz a seguinte referência: GUIMARÃES, Jader Ferreira. WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 179, p. 220, jan./2010.

Por fim, crítica importante é erigida entre os processualistas quanto à judicialização excessiva, uma vez que é capaz de imprimir morosidade ao processo. A feição de uma sociedade demandista impõe que o Judiciário lute incessantemente por edificar mecanismos que combatam a morosidade processual. O tema, inserto no contexto da crise do Judiciário, é de suma importância, tendo em vista que o número elevado e crescente de demandas repetitivas e de massa milita contra o princípio constitucional da duração razoável do processo⁵² e sua efetividade. Ao discorrer acerca da função social do processo, Moreira colaciona óbices a serem ultrapassados para se alcançar o efetivo acesso à justiça destacando a busca pela celeridade do processo, e leciona: “[...] pouco valem, no entanto, cuidados com a justiça da decisão, se não se acompanham do empenho em evitar-lhe o retardamento excessivo. Na perspectiva da “efetividade” é questão capital a da duração dos processos” (MOREIRA, 1983, p. 199).

A mesma preocupação é manifestada por Mancuso (2009, p. 10):

Embora hoje se vá gradualmente reconhecendo o anacronismo de qualquer idéia de ‘monopólio estatal’ na distribuição da justiça, não há negar que ainda assim a cultura demandista ou judiciarista ainda grassa entre nós, fazendo com que o serviço judiciário estatal seja ainda muito procurado, num crescente e incessante aumento da demanda, a que se tem tentado (equivocadamente) responder com o crescimento desmesurado do Judiciário, tudo ao final resultando na oferta de uma justiça de massa, prenhe de carências e deficiências diversas.

As palavras de Mancuso atentam para uma questão de ordem processual muito debatida entre processualistas e constitucionalistas acerca do necessário equilíbrio entre os aspectos qualitativo e quantitativo do acesso à justiça. Isso porque o excessivo número de processos pendentes de julgamento no Judiciário vem ensejando um alargamento da estrutura física daquele Poder, o que só faz *retroalimentar* a demanda, exacerbar a cultura contenciosa e desestimular outras formas de solução de conflito que, por sua vez, representariam um real empenho de incremento da cidadania, já que os próprios interessados estariam imbuídos dos instrumentos para a busca da justiça (MANCUSO, 2009). Mais ainda, esse excesso conduz a um agigantamento da estrutura do Judiciário e da estrutura de outras instituições voltadas ao incremento dos meios de acesso – como o Ministério Público e a Defensoria –, não correspondente exatamente à maior qualidade dos serviços prestados. É possível acrescentar o argumento de que

⁵² O art. 5º, LXXVIII, da CR/88, erigiu ao *status* de garantia constitucional fundamental a *duração razoável do processo*. Pugna-se pelo entendimento segundo o qual a garantia de duração razoável do processo afasta-se da premissa de análise econômica do Direito (velocidade x custo de procedimentos judiciais) e implica a associação da presteza e da eficiência da jurisdição.

somente parcela da população, de fato, tem acesso real ao Judiciário, como alertam Theodoro Júnior, Nunes e Bahia ao tratarem da litigância de interesse público (LIP):

[...] devemos começar a discutir com muita seriedade essa LIP em nosso país, uma vez que para além de sua utilização contramajoritária pelos marginalizados não podemos nos olvidar da utilização de uma judicialização em favor dos grupos políticos e econômicos hegemônicos; que já possuem acesso privilegiado às arenas políticas e vêm consolidando seu poder no campo judicial. (THEODORO JÚNIOR, NUNES & BAHIA, 2010, p. 50)

Por tudo isso é que, atualmente, em que pese o valor do debate, o discurso acerca da judicialização das políticas públicas, entre elas as políticas públicas de saúde, deve se dirigir a conhecer a sua expressão na vida social e política e a conduzir os pensamentos para a busca por alternativas de comportamentos extrajudiciais e consensualizados para a manutenção e realização da democracia, sempre valorizando os direitos fundamentais consagrados de substrato valorativo acolhido constitucionalmente.

Como bem se coloca a doutrina ao devotar bases para uma reflexão crítica da judicialização das políticas públicas, é preciso ter em mente que a realização de tais atos e comportamentos públicos deve se dirigir à efetivação de direitos fundamentais e à promoção da igualdade, sob o signo da democracia. Não se descuida dos riscos potenciais e objeções ao controle judicial de políticas públicas – tanto que se reconhecem os problemas daí advindos. Entretanto, é claro que a litigância excessiva é inerente à sociedade moderna, sendo necessário que se construam alternativas edificadas sob o modelo de Estado Democrático de Direito, para que os déficits de democracia sejam supridos e cada um dos Poderes atue com efetividade na busca pela realização dos direitos fundamentais sociais.

3.2 A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)

O debate posto até aqui assume contornos especiais quando se tem em mente as ações públicas relativas ao direito à saúde, especialmente no que se refere à prestação de assistência farmacêutica – parte integrante do conjunto de ações públicas sanitárias –, fundamental para a integridade do sistema.

Ao fenômeno caracterizado pelo acionamento do Poder Judiciário para o fornecimento de medicamentos, insumos e demais tratamentos de saúde ao cidadão dá-se o nome de “judicialização da saúde”.

Parte significativa desse fenômeno são os pleitos para fornecimento de medicamentos, a que se pode denominar de *judicialização da política nacional de assistência farmacêutica*, cujo lastro é o entendimento acerca do direito fundamental à saúde enquanto um direito público subjetivo à exigibilidade junto ao Estado do fornecimento *de todo e qualquer medicamento* que se postule.

No Brasil, o marco da judicialização na área da saúde ocorreu no início da década de 1990, a partir de pleitos para o fornecimento judicial de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS. Segundo Pepe (2010a), desde então, esse caminho tem sido utilizado como alternativa do cidadão para o recebimento de tratamentos de saúde e tem sido crescente o número de demandas cujo pedido se consubstancia no fornecimento de medicamentos existentes no mercado, independentemente da política pública já estabelecida no ambiente do SUS.

Vial e Sturza (*in* REIS & LEAL, 2008) afirmam que, até o início da década de 1990, todas as ações (individuais e coletivas) encaminhadas à Justiça eram sumariamente negadas. A justificativa inicial para a negação do direito baseava-se na interpretação do art. 196 da Carta Magna meramente como uma norma programática, “insuscetível de produzir efeitos jurídicos positivos imediatamente”. Essa não é mais a realidade que se verifica e, de acordo com as autoras, alguns fatores podem ser destacados como fundamentais para essa mudança de posicionamento, sendo o principal deles a criação da Lei Federal nº 9.313/96, que garantiu a distribuição gratuita e universal de antirretrovirais. Esta obrigação, de acordo com a lei, seria conjunta e solidária entre a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal.

Por outro lado, conforme preceitua Serau Júnior (2010), no caso do combate à disseminação do vírus HIV/AIDS, seriam justamente os ganhos na via judicial que teriam propiciado condições para a criação da Lei nº 9.313/96, que determina a distribuição gratuita de medicamentos a portadores do vírus HIV.

Logo, não é possível afirmar se as primeiras decisões judiciais levaram à edição da norma mencionada ou se justamente a sua superveniência teria gerado alteração na jurisprudência dos Tribunais. O fato é que a mencionada norma representa um marco legal para a questão ora estudada.

Impulsionadas pela mudança no padrão decisório, ações versando sobre o fornecimento de medicamentos para outras doenças foram se tornando cada vez mais frequentes e com maior porcentagem de êxitos (GOUVÊA, 2003 *apud* MACHADO, 2008).

A Política Nacional de Assistência Farmacêutica é a mais judicializada dentro de todo o complexo de prestações do sistema de saúde pública em Minas Gerais,⁵³ havendo, portanto, uma enorme e crescente demanda por medicamentos no âmbito do SUS.

Borges e Ugá, ao realizarem pesquisa no Estado de Rio de Janeiro acerca das decisões proferidas em processos ajuizados no ano de 2005 em que se pleiteava tratamento de saúde, verificaram que das 2.062 sentenças analisadas, nenhuma julgou totalmente improcedentes os pedidos, “o que indica que o Poder Judiciário tem se manifestado sempre em favor do usuário quando se trata de solicitações sobre medicamentos, independentemente de ser aquele medicamento padronizado pelo Ministério da Saúde” (2010, p. 61).

Barroso apresenta o tema da judicialização da política pública de assistência farmacêutica na realidade brasileira:

A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. (BARROSO, 2008a, p. 3).

Inicialmente é preciso estabelecer que a concretização do direito fundamental à assistência farmacêutica pressupõe, como em qualquer outra esfera de política pública a ser realizada, uma escolha, uma opção política acerca dos tratamentos e insumos, produtos e fármacos que serão disponibilizados à população, em uma realidade de demandas crescentes, de avanço tecnológico e balizas de mercado farmacêutico, na contramão de recursos financeiros e humanos finitos. Vale citar a lição doutrinária segundo a qual, no caso do direito à saúde, sempre haverá escolha quanto ao tratamento

⁵³ Tal afirmação será comprovada também com dados que serão apresentados ao se tratar da judicialização da saúde em Minas Gerais.

disponibilizado, pois o dever de proteção a esse direito é coletivamente prestado; parte da busca por minorar os efeitos de desigualdades tão amplas:

Assim, o direito de um paciente individualmente considerado não pode, *a priori* e em termos abstratos, ser sempre preferente ao direito de outro(s) cidadão(s), igualmente tutelado(s) pelo direito à saúde ou por políticas sociais diversas, mas também essenciais. [...]

Os objetivos de evitar a morte ou superar a doença não podem justificar a crença mágica de que ao Estado cabe sempre 'curar', pois isso seria tremendamente ilusório. O efeito curativo atribuído aos novos fármacos vem agregado ao interesse econômico de empresas produtoras e comercializadoras, não se podendo deixar de lado os testes de eficiência e segurança realizados pelos órgãos sanitários, tecnicamente competentes na matéria. (FIGUEIREDO, M., 2007, p. 212)

Não resta dúvida, entretanto, que as escolhas políticas acerca dos instrumentos de materialização do direito à assistência farmacêutica não dispensam a aplicação dos comandos constitucionais da igualdade, da isonomia, da eficiência administrativa, da economicidade, e da efetivação dos direitos fundamentais, com fundamento no paradigma de Estado Democrático de Direito.

Segundo Guimarães e Witzel (2010), a discricção no setor da saúde pública, ao contrário do arbítrio, assenta-se nos valores, nas experiências e na moralidade médica, ao que os autores acrescentam:

Tratando-se de saúde pública, há limitações físicas, financeiras e diversos fatores humanos que interferem na compreensão da realidade, com detalhes técnicos e médicos que muitas vezes estão além da percepção normal dos juízes, necessitando de amplo debate e instrumentos de apoio aprimorados, a fim de se preservar a segurança e justiça das decisões, ao abrigo das premissas estabelecidas na decisão acima comentada. (GUIMARÃES & WITZEL, 2010, p. 221)

Estas escolhas, entretanto, já foram realizadas e continuam em permanente – porém lenta – atualização no âmbito do SUS, ao se estabelecer a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, com a padronização dos medicamentos a serem ofertados à população como parte da integralidade do sistema de saúde pública.

Vale repisar, já que afirmado no capítulo anterior, que a dispensação de medicamentos no âmbito do SUS está traçada em uma regulamentação do Ministério da Saúde que estabelece a Política Pública Nacional de Medicamentos,⁵⁴ a partir de um critério de repartição de competências entre os entes políticos da federação, com lastro

⁵⁴ As normas regulamentadoras da Política Nacional de Assistência Farmacêutica foram objeto de estudo no capítulo 2.

nos princípios diretores do SUS e fundamentada em lista de padronização de referência denominada Avaliação de Tecnologia em Saúde (ATS).⁵⁵

À distribuição de medicamentos no SUS não é possível, portanto, estabelecer omissões administrativas ou legislativas, já que há um programa de assistência em pleno funcionamento. Pelo contrário, as listas definidas no âmbito do SUS revelam as opções e escolhas que foram ponderadas com lastro nas normas orientadoras do sistema. Esta, talvez, seja uma das conclusões mais significativas: a existência de uma política pública de assistência farmacêutica estabelecida e em pleno funcionamento, que oferta medicamentos diversos para a população tendo como bases os três níveis de atenção médica a que se propõe o SUS (básica, secundário e terciário), pelo que não há omissão ou inércia sob este aspecto.

É o que bem pontua Barroso (2008a, p. 19):

Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.

Partir de tal ponderação, entretanto, não afasta a conclusão sobre a existência de deficiências administrativas na operacionalização do sistema já estabelecido. Assim é que, havendo uma padronização de medicamentos dentro de um sistema de saúde em plena vigência, quaisquer óbices ao acesso do cidadão ao que está padronizado nas listas de medicamentos deverão ser considerados como ineficiência do sistema, passíveis de judicialização.

Nesse aspecto, talvez o menos complexo da questão em debate, importa chamar atenção para a jurisprudência pacificada do STF, que desconsidera a descentralização do sistema e impõe a solidariedade entre os entes da federação na prestação dos serviços de saúde, independentemente da repartição de competências normativamente estabelecida.

⁵⁵ A padronização de medicamentos para disponibilização gratuita pelo SUS se faz após análises de incorporação de novas tecnologias ao sistema. É a Lei nº 12.401 de 2011 que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e a CONITEC é a Comissão que tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde. Para a incorporação de tecnologias no Sistema Único de Saúde, é necessária a investigação das consequências clínicas, econômicas e sociais da utilização das mesmas. Este processo é chamado Avaliação de Tecnologia em Saúde (ATS).

O STF repousa as bases de seu argumento na seguinte síntese:

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009)

Adverte-se quanto aos efeitos deletérios desse entendimento:

Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam. (BARROSO, 2008a, p. 34)

É possível edificar uma sugestão jurídica diversa para o tratamento da questão, segundo a qual a definição acerca do polo passivo da lide para o fornecimento de medicamentos padronizados considere as competências administrativas definidas pelo Ministério da Saúde, poupando a duplicidade ineficiente de custos e de meios, bem como de demandas (BARROSO, 2008b).

Especificamente no que se refere à judicialização da saúde, Barroso sistematiza outras críticas comuns à judicialização excessiva. Em primeiro plano, sustenta que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais, mesmo porque o art. 196 da CF/88 defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas, o que significa reconhecer a programaticidade do referido dispositivo. Uma segunda vertente enfatiza que a judicialização altera o arranjo institucional concebido pela CF/88, sendo o Executivo o único que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Objeção recente, segundo o constitucionalista, é o fato de as decisões judiciais provocarem desorganização da Administração, privando-a da capacidade de planejar e comprometendo a eficiência administrativa no atendimento do cidadão. Além disso, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Do ponto de vista técnico, o Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente

necessário para promover a saúde e a vida. Do ponto de vista da análise econômica do direito, o benefício auferido com distribuição de medicamentos é menor do que aquele que obtido pelo investimento dos mesmos recursos em outras políticas de saúde pública (BARROSO, 2012).

Para Ventura (2010), podem ser destacados quatro aspectos relevantes da judicialização da saúde, especialmente no que respeita a política nacional de medicamentos: provoca iniquidades no acesso à justiça; decorre de deficiências do SUS e do próprio Judiciário; pode ser estimulada pelo marketing da indústria farmacêutica; e permite vislumbrar a grande influência econômica que esse setor da economia exerce sobre os Estados. Assim se expressa o autor:

1. este tipo de intervenção no SUS aprofunda as iniquidades no acesso à saúde, privilegiando determinado segmento e indivíduos, com maior poder de reivindicação, em detrimento de outros;
2. há deficiências e insuficiências do sistema de saúde e do sistema judiciário brasileiro para responder de forma satisfatória às novas e crescentes demandas de saúde, num contexto normativo que atribui obrigações legais amplas ao Estado brasileiro;
3. o marketing comercial e/ou lobby exercido pela indústria e comércio farmacêutico, junto a segmentos sociais (pesquisadores, pacientes, médicos) e governamentais, para incorporação de seus produtos, poderia estar exercendo papel importante no sentido de estimular a demanda judicial para incorporação de novos medicamentos;
4. forte dependência dos estados nacionais das indústrias farmacêuticas, tanto no desenvolvimento das pesquisas clínicas como em relação ao custo da incorporação das novas tecnologias nos sistemas de saúde (VENTURA, 2010, p. 79-80).

Apontando os problemas que decorrem da judicialização da saúde, Pepe (2010b) elenca três principais: (i) particularização; (ii) estrutura paralela; e (iii) segurança do paciente.

A *particularização* diz respeito a um dos efeitos da judicialização de medicamentos; caracteriza o afastamento de uma política pública nacional e universal de atendimento integral que se substitui por uma ordem de atendimento particular e subjetivada. Está-se diante da materialização de um único interesse, que, muitas das vezes, implica a impossibilidade de realização de interesse múltiplos e universais, já que não tem em conta a política de medicamentos voltada para o conjunto da população.

De acordo com Yoshinaga (2011), a escassez dos recursos, somada à complexidade das escolhas na seara da saúde, indica que o fornecimento individualizado de medicamentos via Poder Judiciário pode facilmente conduzir o sistema público de saúde ao colapso. A autora ressalta como exemplo que, para atender apenas 88 pacientes que conseguiram judicialmente a condenação do Estado de São

Paulo ao fornecimento de cinco fármacos importados, não comercializados no país, tal ente gasta mensalmente US\$ 2.016.100,00 (dois milhões, dezesseis mil e cem dólares), ou seja, aproximadamente, US\$ 22.910,23 (vinte e dois mil e novecentos e dez dólares) por mês por pessoa.

Outro exemplo é apresentado por Segatto (2012) em reportagem à Revista Época. A autora relata o caso de um paciente de 29 anos, formado em gestão ambiental, que recebe do SUS, por meio de decisão judicial, o tratamento mais caro do mundo. Ele sofre de uma forma raríssima de anemia, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), causadora de vários problemas que podem levar à morte. O tratamento indicado para essa enfermidade e o único capaz de curar é o transplante de medula, que custaria ao SUS cerca de R\$ 50 mil. Apesar disso, o paciente nem sequer procurou um doador. Preferiu ajuizar uma ação para receber do Estado o fornecimento de um medicamento importado, não vendido no Brasil, cujo custo é de cerca de R\$ 70 mil por mês. Mais de R\$ 800 mil por ano. O nome do medicamento é Soliris® (eculizumab) e, segundo a Revista Forbes, é o tratamento mais caro do mundo. “Como o tratamento mais caro do mundo estava ao alcance das mãos, considerou que valia a pena optar pela nova droga e evitar os riscos da solução tradicional” (SEGATTO, 2012).

O médico do paciente afirmou não ter vínculos com a fabricante do remédio, a americana Alexion, mas é pago por ela para dar aulas sobre a doença e o tratamento. De acordo com a reportagem, o médico indicou ao paciente uma advogada, que é remunerada pela Associação Brasileira de HPN, uma ONG de pacientes que recebe apoio financeiro da Alexion. A advogada diz cobrar cerca de R\$ 5 mil de cada cliente e não ter causa perdida no caso do Soliris®.

André Médici, economista sênior do Banco Mundial, em Washington, relatou à reportagem:

A verba destinada à compra de um frasco de Soliris seria suficiente para garantir milhares de doses de anti-hipertensivos e de outros medicamentos baratos que atingem a maior parte da população. Sem interrupções. É preciso reconhecer que priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo tem consequências sobre a saúde pública”. [...] “Os recursos para cumprir as demandas judiciais saem do orçamento público para ações prioritárias, como a prevenção básica de problemas de saúde entre os mais pobres.

Ainda nos termos da reportagem, o Brasil aplica em saúde cerca de 8,5% do PIB (considerando os gastos públicos e privados). A França investe 11%. O México gasta menos que o Brasil (5,9%), mas tem taxas de mortalidade infantil e materna mais

baixas, dois parâmetros importantes para avaliar a qualidade da assistência à saúde prestada por um país. De acordo com o texto:

O Brasil gasta pouco e gasta mal. Diante das verbas limitadas, um bom gestor é aquele que evita o desperdício de recursos ou o investimento em tratamentos inadequados. A pressão crescente das ordens judiciais impede que isso aconteça. (SEGATTO, 2012)

Para o Secretário Estadual de Saúde de São Paulo, a saúde pública tem de priorizar o interesse coletivo, devendo os interesses individuais ser bancados pelas famílias: “É como o transporte público. O transporte é o mesmo para todos. Quem quiser andar de carro importado tem de pagar esse luxo”.

Faça-se referência às reflexões de Carvalho (2012b, p. 21):

Se é certo que todo cidadão tem direito à saúde, isso não significa que cada um tem direito a todo e qualquer medicamento e tratamento conforme entendimento pessoal. Como integrantes de uma mesma sociedade, é preciso que observemos as escolhas públicas realizadas com atenção à quantidade, ao custo e até a origem da medida de saúde ofertada de modo padronizado, sem olvidar da necessidade de ampliação do atendimento de modo a atingir as parcelas mais pobres da população. Se um determinado direito para se efetivar custa dinheiro e dele necessita uma massa significativa de cidadãos, é preciso observar a exigência de razoabilidade no gasto seletivo dos valores públicos, de modo a se alcançar uma isonomia material efetiva.

A autora continua sua reflexão:

Especificamente no setor de saúde, o resultado com que nos deparamos ao analisar o controle judicial é, muitas vezes, uma ampliação da desigualdade social já tão acentuada em nossa sociedade. No lugar da democratização do acesso à saúde, vislumbra-se, em dadas situações, a sua elitização definitiva. Isso porque aqueles que possuem condições econômicas para recorrer ao Judiciário através de competentes profissionais são raras vezes os que mais necessitam da discussão pertinente à saúde pública. Os que mais necessitam de políticas eficazes implantadas pelo Estado sequer tem ciência do seu teor, o que, senão suprime, reduz significativamente as chances de pedidos judiciais que lhes favoreçam. Em determinadas realidades, pois, a micro-justiça terminou por promover a macro-injustiça. Daí por que se verifica a necessidade de ser adotado mecanismo cuja utilização garanta que as escolhas realizadas atendam os cidadãos de modo geral, principalmente aqueles que, normalmente, são invisíveis à boa parte da sociedade e ao Estado. (CARVALHO, 2012b, p. 10)

Não fosse o exposto, verifica-se a inobservância das normas organizativas da política nacional de medicamentos, com a conseqüente duplicidade de gastos e o desperdício de produtos e recursos já empregados dentro do arranjo estabelecido na organização administrativa original, que continua sendo disponibilizada.

Tem-se um mundo paralelo com a judicialização de medicamentos: uma ordem de fornecimento de medicamentos judicializada, hipersubjetivada e carente de qualquer

organização administrativa efetiva, e, ao mesmo tempo, uma política pública nacional estabelecida e em funcionamento, que permanentemente é desconsiderada pelo Judiciário. É o que Pepe (2010a) denomina como sendo o estabelecimento de uma *estrutura paralela*.

Vieira e Zucchi (2007), ao analisarem as ações ajuizadas contra a Secretaria de Saúde do Município de São Paulo em 2005, constataram que a judicialização desconsidera a “responsabilidade tripartite de organização do sistema”, fazendo com que o referido órgão municipal adquira medicamentos que fazem parte de lista sob responsabilidade estadual; cumpra determinações judiciais para cidadãos de outros municípios; adquira medicamentos antineoplásicos, cujo fornecimento é realizado mediante atenção integral ao paciente na rede conveniada; adquira medicamentos prescritos por profissionais de serviços privados, sem observância do princípio de integralidade do SUS; adquira medicamentos não registrados na ANVISA, bem como “medicamentos com poucas evidências de sua eficácia e segurança, a custos elevados, mesmo havendo substitutos para eles com eficácia, segurança e custo-efetividade bem determinados” (p. 221).

Há, neste ponto, um fator relevante e muito bem analisado por Barroso (2012) acerca da desorganização do próprio fluxo de disponibilização de medicamentos implementado pela administração, quando a determinação judicial para fornecimento de um medicamento impõe o desatendimento de outro paciente do programa estabelecido administrativamente, o que não é raro.

O terceiro problema decorrente da judicialização da saúde, citado pela doutrina, é a *segurança do paciente*, óbice intransponível da judicialização de medicamentos.

A determinação judicial para fornecimento de medicamentos parte da premissa de que o pleito se consubstancia em evidência de eficácia terapêutica – já que prescritos por um médico assistente do autor da demanda – que tornam aquele medicamento postulado o único capaz de atender às expectativas médicas e de saúde do paciente. Perde-se de vista que a padronização de medicamentos operada pelo SUS não se dá apenas com fundamentos de ordem político-jurídica, mas também técnico-médica, farmacêutica e científica, levando-se em conta a ética e a moralidade médica. Portanto, a ordem judicial, em especial em sede de cognição sumária, para que haja o fornecimento de um medicamento não padronizado no SUS, ou que possua alternativas terapêuticas padronizadas, de menor custo e com eficácia comprovada –, enfraquece o sistema, deve se dar com parcimônia.

Uma única prescrição médica não pode ser considerada suficiente para determinar a ingerência do Judiciário na política estabelecida, essencialmente porque coloca em risco a saúde do paciente, bem último que se intenta preservar ou restabelecer.

A situação é agravada quando se está diante de pleitos para o fornecimento de medicamentos que não foram suficientemente avaliados pela comunidade científica, em detrimento de outros já avaliados tanto pela Administração Pública, quanto pelas instâncias de controle e fiscalização médica e farmacêutica, como a ANVISA.

Segundo Barroso, o Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida e:

Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. (BARROSO, 2008a, p. 27)

A excessiva demanda pela disponibilização de medicamentos e insumos médicos caracteriza também a conjuntura de *medicalização excessiva*,⁵⁶ fator de preocupação não só na esfera jurídico-política, mas também no meio médico, pela sua capacidade de ofender a saúde individual e coletiva da população, bem como se mostrar a serviço de forças deletérias do mercado farmacêutico.

As empresas farmacêuticas realizam intensas campanhas publicitárias junto aos médicos e às associações de pacientes apresentando novos e “milagrosos” medicamentos, muitas das vezes sem registro no País, induzindo as pessoas ao consumismo com a promessa de efeitos superiores aos dos medicamentos já existentes e considerados ultrapassados. Não resta dúvida de que os pacientes e todo o sistema de assistência farmacêutica formulada no âmbito do SUS são vítimas desse processo (BARATA & MENDES *apud* SANTOS, BLIACHERIENE & UETA, 2011).

Embora os resultados apresentados não possam ser generalizados para as entidades ou às instituições representadas e tampouco às categorias profissionais e aos cargos ocupados, os argumentos captados e organizados na forma de DSC 3 apontam a indústria farmacêutica como setor

⁵⁶ Refere-se a uma conjuntura apontada pelo meio médico e farmacêutico como funesta na realidade do século XX, onde todo e qualquer sintoma da vida é passível de ser tratado por terapêuticas medicamentosas e se conforma em uma patologia, desconsiderando as terapêuticas preventivas e os tratamentos isentos de medicação. Essa conjuntura cria um círculo vicioso e determina a demanda social por mais medicamentos. Nesse contexto têm sido elaborados estudos acerca da medicalização com abordagens específicas como na educação, na infância, no parto, na velhice, na psicologia e na psiquiatria. O Conselho Federal de Psicologia lançou em 2012 uma campanha contrária a medicalização da educação (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2012).

economicamente organizado e capaz de cooptar os agentes indutores do processo de fornecimento dos bens de saúde, desencadear as ações judiciais para acesso aos medicamentos e promover a instabilidade no sistema de saúde: “Os laboratórios são uma máfia”.

A indústria coopta advogados, pacientes, associações de pacientes, auxiliares farmacêuticos, médicos e a mídia segundo representantes dos gestores, do judiciário, dos usuários e do Ministério Público. As fragilidades da formação e da ética profissional de jornalistas e médicos, respectivamente, são fatores que facilitam a ação da indústria farmacêutica e contribuem para a judicialização da saúde. Para representantes do Cremesp e da Sobravime as deficiências do sistema favorecem a pressão da indústria para representantes dos gestores municipais, do Ministério Público e da mídia, a falta de mecanismos regulatórios do sistema de saúde são fatores relacionados como facilitadores para atuação da indústria farmacêutica. (SANTOS, BLIACHERIENE & UETA, 2011, p. 9)

De acordo com Amaral (*in* MODESTO & CUNHA JÚNIOR, 2011), em 2003, o total investido em pesquisa e desenvolvimento de medicamentos, em termos mundiais, alcançou 36 bilhões de dólares. Essas pesquisas foram voltadas para o desenvolvimento de novos medicamentos para quem pode pagar. Segundo o Fórum Global da Saúde,

[...] somente 10% dos vultosos recursos financeiros, privados e de governos, destinados à pesquisa em saúde como um todo, são dedicados às condições que respondem por 90% da carga global da doença e que apenas 0,2% são destinados a condições que correspondem a 18% no quadro da mortalidade mundial por todas as enfermidades (MARQUES,⁵⁷ 2005, p. 73 *apud* AMARAL *in* MODESTO & CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 258).⁵⁸

Parcela significativa desse montante vem de recursos privados, de investimentos, que buscam retorno nas vendas futuras suficientes não apenas para pagar os custos de produção, mas também a pesquisa bem sucedida, as pesquisas mal sucedidas, tudo isso em taxas de retorno compatíveis com o tempo e riscos envolvidos. (AMARAL *in* MODESTO & CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 258)

No âmbito do Sistema Único de Saúde, pautado nos princípios da legalidade, da universalização e da isonomia, a “medicalização” excessiva imprime efeitos ainda mais funestos, dada a complexidade envolvida nas escolhas públicas e na aquisição dos insumos médicos e dos medicamentos a serem disponibilizados à população.

A medicalização é termo utilizado pela doutrina afeta aos estudos médicos e farmacêuticos para se referir a um contexto social de uso irracional de medicamentos pela população. Esse contexto pode ser atribuído a dois fatores especialmente relevantes: a evolução tecnológica da farmácia e da biomedicina – ensejando a evolução das terapêuticas medicamentosas e curativas – e a maior disponibilização de

⁵⁷ MARQUES, Marília Bernardes. *Saúde pública, ética e mercado no entreato de dois séculos*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

⁵⁸ Essa condição é conhecida como GAP 10/90, pela qual apenas 10% das pesquisas realizadas pela indústria farmacêutica é destinada ao controle de 90% da população mundial.

medicamentos pela indústria farmacêutica, com aumento significativo de mídia afeta a esse nicho do mercado.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) tem alertado para o uso irracional de medicamentos, para os males da automedicação, para o desperdício, para o absurdo movimento de “prescriçionismo” médico, e os impactos na saúde e na tecnologia envolvida na formulação de terapias medicamentosas, uma vez que atentam contra a eficácia dos fármacos administrados indistinta e desordenadamente. Há uma forte crítica ao que se denomina “patologização” da vida, que coloca à margem dos estudos os esforços para a prevenção de males e faz despontar o uso de medicamentos com intuito curativo (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2006)

A medicalização tem uma relação de causa e efeito com a judicialização da assistência farmacêutica: é um fenômeno social que imprime um demandismo por fármacos disponíveis no mercado, que leva à ânsia por novas tecnologias farmacêuticas e, ao mesmo tempo, se retroalimenta desse mesmo ímpeto demandista.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou, em maio de 2014, a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. A realização da Jornada nacional segue um comportamento de atenção ao tema, iniciado com a aprovação da Recomendação nº 31 de 2010, a partir dos resultados da Audiência Pública nº 4 realizada pelo STF em 2009.

O CNJ⁵⁹ reconhece o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais; a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira; que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; e que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei nº 6.360/76 c/c a Lei nº 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas

⁵⁹ A percepção de que o Judiciário havia saído de um papel apenas reativo de violação da ordem jurídica para outro de protagonista de direitos e políticas públicas acende o debate em torno de um controle externo deste poder, redundando, na experiência brasileira, na criação do CNJ (Emenda nº 45/2004), cuja missão constitucional destina-se, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, a aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça, tendo como diretrizes, em linhas gerais: (i) planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias; (ii) modernização tecnológica do Judiciário; (iii) ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social; e (iv) garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais (SANTOS & REBOUÇAS, 2012).

com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes.

Os enunciados aprovados na I Jornada Nacional de Saúde reforçam os problemas atinentes à judicialização e ofertam diretrizes para o comportamento dos tribunais no cuidado com o tema. Alguns desses enunciados se destacam:

ENUNCIADO N.º 2

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

ENUNCIADO N.º 3

Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO N.º 4

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

ENUNCIADO N.º 6

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

ENUNCIADO N.º 8

Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO N.º 9

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

ENUNCIADO N.º 11

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

ENUNCIADO N.º 12

A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação

Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

ENUNCIADO N.º 14

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO N.º 16

Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014)

Faça-se repisar as conclusões de Barroso quanto à judicialização da política pública de assistência farmacêutica:

A judicialização é uma circunstância atual da vida brasileira; todavia, em matéria de dispensação de medicamentos, ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. A intervenção do Judiciário pressupõe a existência de um litígio, de um conflito do não-atendimento espontâneo de uma pretensão. Portanto, é mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa. Então, ninguém pode estar conformado que a solução para o modelo seja a judicialização. (BARROSO, 2009b)

O autor vai além:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critério se de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo (BARROSO, 2008a, p. 3).

Este tema tem despertado muito interesse, encontrando-se presente na agenda internacional e nacional, e inclusive nas Metas do Milênio (PNUD, 2009; FIGUEIREDO; PEPE & OSORIO-DE-CASTRO, 2010). Prova disso foi a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a fim de que membros da sociedade, dentre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS discutissem o tema diretamente com o Poder Judiciário.

Convidado para debater o tema na primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, Barroso apresentou sugestões para o tratamento judicial da questão, sistematizadas quanto: 1) ao fornecimento de medicamentos padronizados; 2) ao fornecimento de medicamentos não padronizados. Essa última é subdividida em duas outras: 2.1) medicamentos não padronizados sem qualquer alternativa de atenção no sistema; e 2.2) medicamentos não padronizados que possuem alternativas de tratamento médico no sistema (BARROSO, 2009b).

A partir dessa sistematização, o autor apresentou propostas, parâmetros que ostentam o condão de racionalizar as demandas, sem, contudo implicar a relativização do direito fundamental à saúde. Pode-se organizar as propostas da seguinte forma:

1. Deve-se atentar para as listas de padronização de medicamentos e lhes conferir valor, implementando o que nelas está contido. Se há medicamento padronizado no sistema, eficaz para tratamento de saúde do cidadão, a lista deve ser observada prioritariamente. Deve-se, com isso, observar quem deve compor o polo passivo da demanda com a correta integração da lide, sem os abusos que se verifica no argumento jurisprudencial da solidariedade passiva entre os entes;

2. Na ausência de padronização de medicamentos voltados ao tratamento da patologia, o comportamento público é manifestamente inadequado e inconstitucional, e o Judiciário deve agir determinando o fornecimento do medicamento postulado e compelindo o poder público a elaborar política que determine o tratamento médico ausente nas padronizações do sistema;

3. Nos demais casos, em que se pleiteia medicamentos não constantes das listas de padronização do sistema, o Judiciário deve agir com parcimônia e ampliar o foco da ação para um análise coletiva.

Conclui o autor:

Pois bem. Penso - e essa é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade.

Por que é importante transformar essa disputa de individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio – o que é extremamente negativo.

Em segundo lugar, esta fórmula - com o respeito devido e merecido a quem pensa diferente – da judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. (BARROSO, 2009b, p. 7-8)

3.3 Perfil das demandas judiciais de saúde no Estado de Minas Gerais a partir dos dados colhidos pela SES e pela AGE entre os anos de 2006 e 2013

A Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG) foi pioneira, quando comparada às demais instituições de advocacia pública, ao criar um grupo de Procuradores especializados no atendimento às ações de saúde veiculadas no Estado de Minas Gerais.

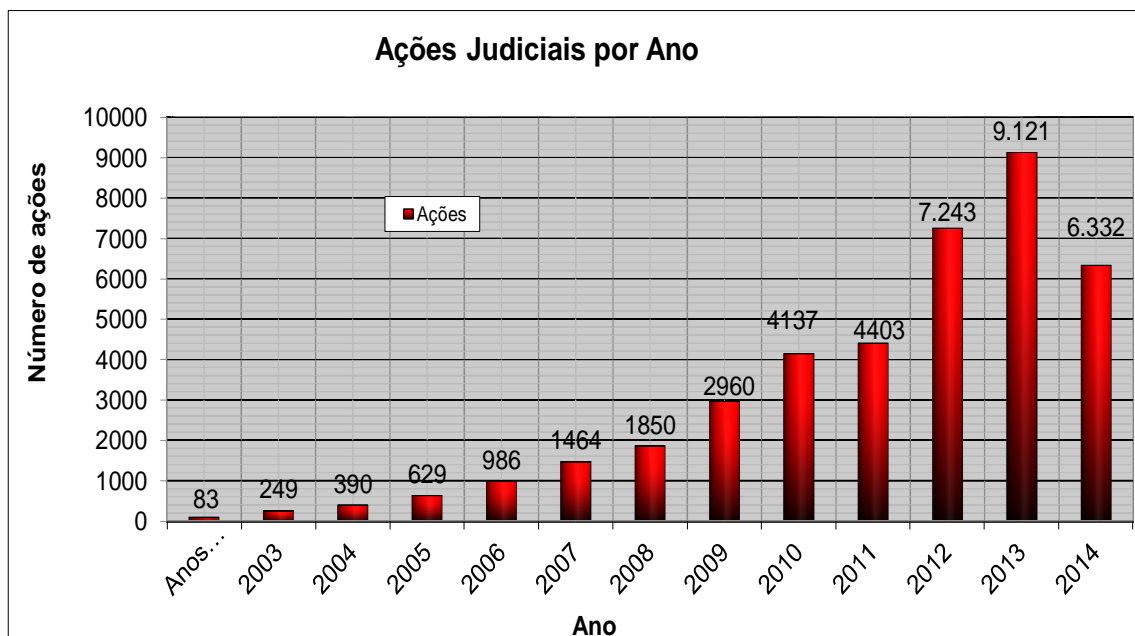
Como parte integrante da Procuradoria de Obrigações da AGE/MG, foi organizada em 2006 a Coordenação de Medicamentos, contando inicialmente com cinco procuradores e um pequeno grupo de apoio administrativo, com o objetivo de promover a racionalização da atuação da AGE/MG nas ações judiciais de saúde e manter uma relação de diálogo com a Secretaria de Estado da Saúde (SES/MG).

Atualmente, a Coordenação, hoje denominada Coordenação de Direito Sanitário, é composta por treze Procuradores e um extenso grupo de apoio administrativo para o cuidado do contencioso estadual em saúde. A AGE/MG conta ainda com três outros Procuradores, que atuam diretamente na SES/MG com a função de realizar a consultoria jurídica e de promover a integração entre o contencioso da AGE/MG e os órgãos técnicos da Secretaria.

No ano de 2013, o sistema de registros de recebimentos de mandados da AGE/MG contabilizou 8.939 ações judiciais de saúde em todo o Estado de Minas Gerais. Esse número inclui ações judiciais para o fornecimento de medicamentos (TAB. 1 em ANEXO A) e demais pleitos na área de saúde, como a realização de procedimentos médicos, como exames e cirurgias (TAB. 2 em ANEXO B).

A SES/MG também apresentou seus números para judicialização da saúde em gráfico elaborado com dados completos, desde o ano de 2003 até 2013, e com dados parciais no ano de 2014. Conforme os dados fornecidos pela SES/MG, no ano de 2013, foram ajuizadas em todo o Estado 9.121 ações (ver GRÁF. 1).

Gráfico 1 – Ações judiciais de saúde no Estado de Minas Gerais (2003-2014)



Fonte: Documento interno (SES/MG, 2014).

A partir da informação dos registros parciais do ano de 2014 (de janeiro até o fim de julho), já haviam sido ajuizadas 6.332 ações judiciais em todo o Estado, valor que se aproxima de 70% do número de ações ajuizadas em todo o ano de 2013.

No ano de 2013 é possível notar uma diferença correspondente a 182 ações entre os dados fornecidos pela SES/MG (GRÁF. 1) e os dados constantes nos registros da AGE/MG (TAB. 1 e 2). Essa diferença, no entanto, aproxima-se de 2%, estando abrangida em uma margem de erro que se justifica em razão da ausência de um sistema

integrado de informações e de registros entre ambos os órgãos, o que milita em favor dessa pequena imprecisão.⁶⁰

No termos do GRÁF. 1, 2006 até o final de 2013, foi verificado um aumento de 900% no número de ações judiciais. Em 2006, foram recebidas 986 ações, sendo que em 2013, o número chegou a 9.121 demandas judiciais.

O aumento vertiginoso de ações no Estado de Minas Gerais imprime reflexos nos gastos públicos, que, em 2013, atingiram a vultosa quantia de R\$204.932.778,69 (duzentos e quatro milhões, novecentos e trinta e dois mil, setecentos e setenta e oito reais e sessenta e nove centavos) apenas para o atendimento das ações judiciais de saúde. Esse valor supera a quantia despendida no ano de 2012 em R\$61.932.993,21 (sessenta e um milhões, novecentos e trinta e dois mil, novecentos e noventa e três reais e vinte um centavos). Mais ainda, é possível verificar que, entre 2006 e 2013, o valor despendido pelo Estado em ações judiciais cresceu mais de 1000%.

Os valores apresentados pela SES/MG, entretanto, não ilustram a realidade dos gastos públicos com a judicialização em Minas, porque se restringem à aquisição de produtos e serviços de saúde no cumprimento de ordens judiciais. Esses elevados valores não abrangem os gastos com as despesas judiciais, como o pagamento de multas por mora no cumprimento de ordens de natureza liminar (em regra, são arbitradas em R\$1.000,00 por dia de atraso);⁶¹ o pagamento de honorários de assistentes técnicos para funcionar em periciais médicas (em regra, arbitrados em R\$1.000,00 por assistência); a manutenção de estrutura paralela para atendimento das ordens recebidas pela SES⁶² e os honorários sucumbenciais dos processos (valores mínimos arbitrados em R\$1.000,00).⁶³

Assim, os gastos públicos implementados em decorrência da judicialização ultrapassam em muito os valores apresentados pela SES/MG. E, no Estado, não há instrumento capaz de aferir esse numerário de forma confiável, sendo possível somente fazer uma perspectiva aproximada, sem confirmação.

⁶⁰ Neste aspecto, imperioso expor que no Estado de Minas Gerais não há um tecnologia afeta a efetivar os registros de dados referentes às ações judiciais de saúde. Os registros são realizados apenas pelos sistemas de protocolo de mandados e ofícios das duas instituições, de forma separada – não há comunhão de dados entre AGE e SES – e consideram critérios internos de cada órgão para sua categorização. A AGE realiza o registro com lastro em dois códigos de controle (fornecimento de medicamentos e tratamentos diversos). A ausência de uma tecnologia integrada de registros e informações entre os dois órgãos é fator que, certamente, imprime ineficiência e desencontros de informações para os dois órgãos do Estado afetos ao tema da judicialização da saúde.

⁶¹ Conforme informações obtidas junto à Chefia da Procuradoria de Obrigações da AGE/MG e da SES/MG, o atraso médio no cumprimento de ordens judiciais no Estado é de 15 dias. O valor das multas giram, portanto, em torno de R\$15.000,00 por ação judicial.

⁶² Sobre a qual já se dissertou no tópico anterior.

⁶³ Informações obtidas junto à Coordenação de Direito Sanitário da AGE/MG.

A se considerar uma percentagem de sucumbência do Estado nessas ações correspondente a 85% (oitenta e cinco por cento),⁶⁴ a projeção de gastos em cada 100 ações, apenas com despesas processuais, pode chegar a R\$14.450.000,00 (quatorze milhões, quatrocentos e cinquenta mil reais), excluindo-se do cálculo a remuneração dos servidores, transporte, despesas administrativas como cópias de documentos, além da condenação principal (a aquisição de medicamentos, tratamentos e internações). Isso sem contabilizar o ônus de intervenção do Judiciário, do Ministério Público, do profissional da advocacia privada e, o mais grave, os riscos para o cidadão interessado.

Do total de ações recebidas na AGE/MG no ano de 2013, 5.985 ações se referiram apenas ao fornecimento de medicamentos. Pode-se concluir que aproximadamente 67% da demanda judicial no Estado se dirige ao fornecimento de medicamentos. Portanto, é sobre a demanda de medicamentos que se instala o maior volume de ações judiciais no Estado de Minas Gerais e é sobre ela, portanto, que se devem debruçar esforços de análise e contenção.

A mesma conclusão pode ser retirada dos dados parciais atinentes ao ano de 2014, uma vez que o número de ações judiciais para o fornecimento de medicamentos corresponde a 63% do total das demandas.

Vale mencionar que a Advocacia Regional que recebeu o maior número de ações ajuizadas para fornecimento de medicamentos foi Belo Horizonte (1.801), seguida das Regionais de Divinópolis (860), Juiz de Fora (524) e Uberlândia (484). Essas quatro Advocacias Regionais, responsáveis por 118 comarcas judiciais, somam o importe de 3.669 ações, concentrando, portanto, aproximadamente 61% do total de ações ajuizadas para o fornecimento de medicamentos em todo o Estado.

Tais resultados reforçam o entendimento de que a concentração de demandas geralmente ocorre onde há um maior contingente populacional, podendo estar relacionada com a existência de uma maior rede de serviços de saúde e de serviços jurídicos.

Isso não quer dizer que a saúde nos demais locais esteja imune a questionamentos. Significa que apenas uma pequena parcela da população do Estado possui acesso ao Judiciário e pode pleitear seu tratamento de saúde judicialmente, o que se consubstancia em uma das críticas feitas ao fenômeno da judicialização, atuando em desfavor da democracia e do acesso à justiça.

⁶⁴ Informações obtidas junto à Coordenação de Direito Sanitário da AGE/MG.

Em face da importância das ações para o fornecimento de medicamentos, a SES/MG elaborou uma tabela com os 100 medicamentos mais demandados no Estado de Minas Gerais (TAB. 3 em ANEXO C).

Destaquem-se os cinco primeiros medicamentos postulados judicialmente: Ranibizumabe (Lucentis), Cinacalcete (Mimpara), Tiotrópio Brometo (Spiriva), Mofetil – Micofenolato e Ácido Ursodesoxicólico (Ursacol).

Os dois primeiros medicamentos mais postulados não são padronizados em nenhum programa de atenção farmacêutica do SUS. O primeiro, Ranibizumabe, é utilizado para tratamento de degeneração macular relacionada à idade, enquanto o segundo, Cinacalcete, para hiperparatireoidismo decorrente de insuficiência renal crônica. Ambos são autorizados pela ANVISA e não encontram nenhum similar fornecido pelo SUS.

A incorporação desses medicamentos nas listas de atendimento do SUS foi recentemente avaliada e, em ambos os casos, não recomendada pela CONITEC,⁶⁵ levando-se em conta os critérios legais para a incorporação de tecnologias determinados pela Lei nº 12.401/11. Sua disponibilização gratuita através do SUS, portanto, somente se dará pela via judicial. O Ministério Público de Minas Gerais vem buscando, por meio de ações civis públicas, impor a incorporação desses medicamentos, a despeito das recomendações negativas do CONITEC, com lastro em estudos particulares que envolvem a indicação terapêutica de tais fármacos.

De toda sorte, especificamente em relação ao medicamento Ranibizumabe, o Município de Belo Horizonte adotou conduta inclusiva e a Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte (SMSA/BH), devido à grande demanda judicial pela disponibilização do medicamento e à falta de um protocolo de atendimento definido pelo Ministério da Saúde, elaborou um protocolo de tratamento para pacientes com diagnóstico de DMRI exsudativa e indicação de terapia antiangiogênica, e padronizou como terapia antiangiogênica o fármaco Lucentis[®] (Ranibizumabe).

Segundo informado pela Gerente de Regulação e Atenção Hospitalar do Município de Belo Horizonte, Dra. Ninon de Miranda Fortes em entrevista com a autora, o paciente, munícipe de Belo Horizonte, que apresentar indicação para tratamento de DMRI, de acordo com os critérios previstos no protocolo municipal,

⁶⁵ Os medicamentos foram avaliados em procedimento específico de incorporação pelo CONITEC e a decisão de não incorporação foi publicada respectivamente nas Portarias n. 48/2012 e n.50/2013, da Secretaria de Ciência Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde.

deverá ser encaminhado para tratamento com os exames de OCT (Tomografia de Coerência Ótica) e AGF (Angiofluoresceínoграфия), quando já realizados, e obrigatoriamente com laudo de acuidade visual corrigida, diagnóstico e justificativa, fornecidos por um oftalmologista da rede do SUS.

O Tiotrópio, que aparece na 3ª posição da tabela de mais demandados (TAB. 3 – ANEXO C), é um medicamento utilizado para o tratamento da doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC) e, diferentemente do Ranibizumabe e do Cinacalcete, possui alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS. Sem considerar a existência de tais alternativas terapêuticas padronizadas para dispensação gratuita, o Ministério Público Estadual ajuizou a Ação Civil Pública nº 0024.04.454796-6, que tramitou na 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Belo Horizonte/MG, por meio da qual foi determinado ao Estado o fornecimento de onze medicamentos para todos os pacientes portadores de DPOC no Estado. A ação foi julgada procedente e os onze fármacos encontram-se disponíveis para os portadores dessa enfermidade em todo o Estado. Esses onze medicamentos são considerados alternativas ao Tiotrópio no tratamento da DPOC. O Tiotrópio não se encontra dentre esse rol cunhado judicialmente e, por essa razão, é responsável por muitos dos pleitos judiciais, mesmo havendo tantas outras opções disponíveis no SUS requeridas diretamente pelo Ministério Público ao juízo. Isso quer dizer que, além de dispensar regularmente as onze opções para tratamento da doença por força da decisão judicial em ação civil pública, o poder público continua sendo condenado em outras ações a fornecer outro tipo de medicamento para a mesma enfermidade.⁶⁶

Isso ocorre, muitas vezes, porque o médico do paciente não tem conhecimento dos medicamentos fornecidos pelo SUS, ou porque ele prefere prescrever um fármaco específico pela marca. Raros são os casos em que se comprova que o paciente utilizou os tratamentos ofertados pela rede pública sem sucesso, de modo a determinar que somente o Tiotrópio é capaz de prover o tratamento médico almejado.

Em 3 de abril de 2012, entretanto, o medicamento Tiotrópio foi incluído no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para tratamento da DPOC em Minas Gerais, com previsão para vigorar após 180 dias dessa data (SES/MG, 2012). O Estado passou, assim, a disponibilizar mais um medicamento para tratamento dessa doença, além dos onze já mencionados. Esta inclusão decorreu do grande número de ações judiciais

⁶⁶ Ver Nota Técnica AT/SES nº 1582/2013 no ANEXO D.

solicitando o fármaco. Percebe-se, não obstante, na rotina da Coordenação de Direito Sanitário,⁶⁷ o que também pode ser apreendido da lista de mais demandados; mesmo tendo havido sua padronização para dispensação gratuita, o número de ações postulando o Tiotrópio não diminuiu significativamente. Esse contraste permite afirmar que a ausência de padronização de medicamentos do SUS não é a única fonte geradora de demandas desse tipo.

Também chama a atenção o número de ações pleiteando medicamentos não autorizados pela ANVISA, que é o órgão de controle sanitário do País. Medicamentos como o Micofenolato Mofetil, que aparece na 4ª posição da TAB. 3 (ANEXO C), vêm sendo pleiteados para tratamento de doenças não constantes das bulas. A bula do Micofenolato Mofetil prevê que ele é indicado para profilaxia da rejeição de órgãos e para tratamento de rejeição refratária de órgãos, sendo, inclusive, fornecido pelo SUS para pacientes transplantados de rim, coração e fígado. Ocorre que, na prática, tal medicamento vem sendo solicitado em caráter experimental para tratamento de doenças autoimunes, como o Lúpus, por exemplo.

O Ácido Ursodesoxicólico, substância ativa do medicamento de nome comercial Ursacol[®], que ocupa a 5ª posição da tabela dos mais demandados, é produzido e comercializado pelo laboratório Zambon, e corresponde a um ácido biliar, fisiologicamente presente na bile humana, embora em quantidade limitada. É, em geral, prescrito para o tratamento da cirrose biliar e da colangite esclerosante, patologias que não se encontram incluídas dentre as atendidas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. O Ácido Ursodesoxicólico não se encontra compreendido nas relações padronizadas de medicamentos disponibilizadas pelos programas de assistência farmacêutica do SUS, não sendo fornecido pelo Estado.

Mas a pesquisa revela que não apenas aqueles remédios de custo elevado são pleiteados. Em 11º lugar entre os mais pedidos está o Clopidogrel. O custo aproximado de uma caixa com 28 comprimidos deste medicamento, utilizado para tratamento de hipertensão arterial, é de R\$20,00 (vinte reais). Além disso, é similar ao Ácido Acetilsalicílico, regularmente fornecido pelo SUS nos postos de atenção básica em saúde. Ações como estas que pleiteiam o Clopidogrel devem ser evitadas, fornecendo-se

⁶⁷ Muitas das informações aqui fornecidas são de conhecimento e lida diária da autora desta dissertação, por trabalhar como Procuradora do Estado de Minas Gerais na Coordenação de Direito Sanitário da AGE/MG entre os anos de 2006 e 2013.

o medicamento na via administrativa, pois o custo do processo ultrapassa, e muito, o do tratamento, já que abrange as despesas processuais daí advindas.

Consultada sobre estes dados em entrevista informal com a autora desta dissertação, a chefe da Assessoria Chefe do Núcleo de Atendimento a Judicialização da Saúde, Vânia Rabello, informou que, em razão do crescente número de ações pleiteando medicamentos, internações, cirurgias e insumos para a saúde, houve a necessidade de se estruturar todo um setor para cuidar unicamente do cumprimento de decisões judiciais.

De acordo com a entrevistada, atualmente há na SES/MG uma estrutura, paralela àquela criada para atender aos programas do SUS, instalada tão somente para o atendimento às demandas judiciais. São núcleos de compras independentes. Hoje em dia, o número de pedidos administrativos ainda é maior que o número de demandas judiciais, no entanto a resposta a uma decisão judicial precisa ser mais eficaz e ágil, tendo em vista a possibilidade de fixação de multas por descumprimento. O pedido administrativo demora, em média, 90 dias para ser finalizado. O atendimento a ordens judiciais se dá em prazos mais curtos e sem que seja necessária a licitação. Além do mais, a documentação para protocolo dos pedidos é extensa e a análise do processo administrativo instaurado é realizada somente em Belo Horizonte, por profissionais da própria Secretaria, que concentram todos os processos para fornecimento de medicamentos do Estado. Não existem comissões regionais capazes de realizar os pareceres técnicos necessários para a disponibilização dos medicamentos em âmbito administrativo.

A assessoria da SES para atendimento às demandas é um modelo já estruturado, mas que tem se adaptado ao crescimento das ações. Vários Estados nos quais a judicialização ainda é incipiente, tais como Goiás, Roraima e Paraná, buscam em Minas Gerais informações sobre a estrutura da Secretaria.

Vânia Rabello explica, ainda, que a judicialização tem sido utilizada para direcionar o Ministério da Saúde e os Estados na elaboração de políticas públicas. O Ministério da Saúde solicita, com frequência, um diagnóstico das maiores demandas no País para verificar a possibilidade de incorporação dos medicamentos nas listas do SUS. Ocorre que essa incorporação pela Administração Pública não consegue acompanhar os avanços da indústria farmacêutica. Novos medicamentos são lançados todos os dias, enquanto o Ministério da Saúde promove atualizações em suas listas a cada três anos.

A entrevistada informa, também, que o Estado não pode fornecer medicamentos em desacordo com os protocolos do Ministério da Saúde, sob pena de não receber o

ressarcimento da União. Para a chefe da Assessoria Técnica, os protocolos são muito restritivos, sendo que muitas vezes o medicamento tem indicação para a doença, mas o protocolo não autoriza.

O Estado tem autonomia para fazer seus próprios protocolos, quando se trata de medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Nesses casos, uma comissão da Secretaria de Saúde elabora o documento e define quais enfermidades serão atendidas pelos medicamentos fornecidos. Não existe no Estado de Minas Gerais nenhum projeto para fornecimento fora do protocolo. Por essa razão, é cada vez mais volumoso o número de ações ajuizadas.

Para a entrevistada, a judicialização pode representar uma forma de o poder público filtrar o fornecimento de medicamentos, não o disponibilizando para todos os cidadãos, uma vez que o Estado de Minas Gerais é muito populoso. Ela cita como exemplo o fornecimento de dietas e complementos alimentares: por maior que seja o número de pedidos judiciais, ainda assim seria mais vantajoso para o Estado, sob o ponto de vista financeiro, fornecê-los somente mediante uma ação judicial, pois não poderia suportar o custo do fornecimento para todos os cidadãos. Ressalta, por oportuno, que o orçamento da saúde no Estado de Minas Gerais é limitado, sendo equivalente ao da cidade de São Paulo, por exemplo.

Algumas medidas, porém, têm sido adotadas: o Fórum Permanente, composto pelo Poder Judiciário, SES, Defensorias da União e Estadual e Advocacia Geral do Estado, promove encontros em diversas cidades para discutir a questão da judicialização. Em Juiz de Fora, por exemplo, após a realização de um desses encontros, os juízes tiveram a oportunidade de entender melhor o funcionamento do SUS, começando a indeferir alguns pedidos de medicamentos, o que reduziu o número de ações naquela comarca.

Há, ainda, um projeto-piloto da SES/MG em conjunto com o TJMG de criação de comissões em várias comarcas para analisar a possibilidade de deferimento do fornecimento de medicamentos de baixo custo, não incluídos nos protocolos, após o ajuizamento da ação. A ideia é que, assim que protocolada a ação, uma comissão de farmacêuticos e médicos analise e defira ou não o pedido. Em caso de deferimento, a ação seria extinta, sem necessidade de prosseguimento. O Tribunal de Justiça, entretanto, informou não possuir estrutura física para abrigar tais comissões.

Uma providência que já foi tomada pela SES/MG em conjunto de esforços com o TJMG foi a realização de um convênio em que a Fundação de Desenvolvimento da

Pesquisa (FUNDEP), funcionando como órgão imparcial, se obriga a elaborar pareceres técnicos não vinculativos, custeados pelo Estado, quando solicitados pelo juízo, para auxiliar no conhecimento técnico acerca da demanda concreta.

Destaque-se, porém, que o citado documento não obteve aprovação da AGE/MG, entre outros motivos, em razão de que os valores praticados pela FUNDEP se mostraram excessivos e desproporcionais quando comparados aos valores praticados e sugeridos pelos conselhos profissionais para o pagamento de honorários periciais de profissionais nomeados para funcionar em juízo. A despeito de parecer contrário, a SES/MG firmou o convênio, cuja utilização pelo Judiciário tem sido mínima, portanto, sem reflexos na judicialização.

É opinião expressa da entrevistada a necessidade da judicialização, ao argumento de que a população mais carente não possui condições de comprar remédios, somente tendo conseguido receber as medicações mediante decisões judiciais. Porém ela ressalta que quaisquer “abusos” deveriam ser contidos pelo Judiciário.

Essa declaração chama atenção, causa estranheza, e foi veementemente rebatida pelos dados colhidos por esta pesquisa e pela exposição acerca dos riscos inerentes ao fenômeno de judicialização de políticas públicas, especialmente quando se demonstra que o movimento pode, e muitas vezes é assim, atuar de modo contrário ao desejo democrático.

É possível concluir que judicialização da saúde em Minas Gerais é realidade inegável e avassaladora, e que a ausência de uma postura crítica e reflexiva quanto a essa realidade é caminho traçado para a inviabilização do sistema, seja pelos custos que impõe, seja pela inconcebível concentração de recursos humanos no tratamento da matéria a expensas do Estado e em detrimento de outros setores de ação pública fundamental, tais como educação, programas assistenciais, moradia e outros planos estratégicos para o Estado.

De mesmo modo, como negar o efeito terrível que os números apontados imprimem à efetividade do processo judicial e à ação do Judiciário, abarrotado de ações que poderiam ser tratadas com olhar jurídica, política e socialmente adequado à realidade das demandas que se apresentam?

Pela análise dos dados colhidos, é afirmativa a resposta de que seria medida útil, em contraponto à judicialização, padronizar medicamentos muito demandados. Mas, ao lado de tal afirmação, cabe aquela que dispõe que essa incorporação não pode se operar pela via judicial e não dispensa, mais ainda, exige a aferição de todos os critérios de

incorporação determinados por lei. Mais importante ainda é verificar que o perfil de demandas não se restringe a medicamentos não padronizados e, portanto, apenas a padronização de medicamentos com a incorporação de novas tecnologias não é medida suficiente ao controle da judicialização excessiva.

Nota-se ainda que há uma grande demanda por medicamentos que não possuem registro na ANVISA. O uso de medicamentos *off-label*, ou seja, em caráter experimental, deve ser de responsabilidade do médico do paciente, não podendo o Estado fornecer este tipo de tratamento, ao arrepio da segurança do paciente e da organização do sistema.

O registro na ANVISA é garantia de segurança ao paciente. O art. 6º da Lei nº 9.782/99, que criou a Agência, prevê que ela terá por finalidade institucional:

Art. 6º. A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras. (BRASIL, 1999)

Dessa forma, a ANVISA atua como órgão de controle e fiscalização dos medicamentos no País, evitando o registro de qualquer substância que não seja benéfica do ponto de vista clínico ou terapêutico.

Verifica-se também que grande parcela dos medicamentos mais demandados encontra-se nas listas padronizadas do SUS. Isso quer dizer que a parte preferiu ajuizar uma demanda judicial a fazer um pedido na via administrativa. Tal fato pode ser explicado tanto pela falta de informação da população em relação aos medicamentos que são fornecidos, por ser mais rápido e fácil hoje em dia receber judicialmente do que enfrentar os trâmites da Administração; ou ainda pela falta do medicamento nos postos de atendimento, o que é sinal de inefetividade na prestação dos serviços organizados pelo sistema.

Percebe-se também que o Estado tem sido obrigado judicialmente a arcar com tratamentos que estão longe de serem urgentes e imprescindíveis para a vida dos pacientes. A rotina de trabalhos na Coordenação de Direito Sanitário⁶⁸ inclui entre os produtos postulados: lenços umedecidos, absorvente íntimo, óleo de girassol, óleo de linhaça, óleo de menta, *Ginko Biloba* (fitoterápico para circulação), umidificador de ar,

⁶⁸ Muitas das informações aqui fornecidas são de conhecimento e lida diária da autora desta dissertação, por trabalhar como Procuradora do Estado de Minas Gerais na Coordenação de Direito Sanitário da AGE/MG entre os anos de 2006 e 2013.

nebulizador de ar, mamacadeira (planta usada para manchas na pele), creme hidratante, shampoo, sabonete, colchão, gaze, esparadrapo, meia elástica de compressão, lubrificante ocular, Orviax (fitoterápico para ejaculação precoce), Roacutan (medicamento importado para espinhas), suporte para frasco de dieta, baterias, luvas, vacina de ácaros, entre outros.

Debate relevante se dá a partir de conclusões erigidas por advogados públicos atuantes na área de Direito Sanitário da AGE/MG, especificamente no que respeita às defesas produzidas pelo Estado de Minas Gerais. Isso porque a Coordenação de Direito Sanitário da AGE/MG informou, em documento formal de comunicação interna dirigido ao Advogado Geral do Estado, no ano de 2011 (ANEXO E), o aumento dos pedidos de medicamentos em Juízo. Da realidade administrativa extraiu o crescimento contínuo e exponencial das demandas judiciais de saúde, sem qualquer sinal de arrefecimento; ao contrário, considerou “o advento dos Juizados Especiais da Fazenda, conjugado com uma perceptível imobilidade da política farmacêutica da Secretaria da Saúde do Estado de Minas Gerais”, perspectiva a ser ponderada em face do direito à vida, em discussão em cada litígio.

Foi pontuada, ainda, a dificuldade de realizar defesas pormenorizadas e combativas, não só pelo não atendimento das solicitações a tempo pela Secretaria de Saúde, mas também pela qualidade dos dados fornecidos e pelo descumprimento das ordens judiciais, ao que acrescentou:

Tal fato impede a elaboração de defesas técnicas de qualidade, impõe excesso de trabalho aos procuradores e enseja a potencial responsabilização de procuradores pela mora. Não somente isso se mostra oneroso para o Estado, vez que incorrendo em penas moratórias.

A Coordenadoria vem perdendo sua essência, apresentando defesas e insurgências generalizadas, já que desprovidas de informações essenciais, por isso, temerárias. A consequência é óbvia: a sucumbência e o descrédito do trabalho especializado junto ao Judiciário, que passa a enxergar a atuação da Coordenação de Direito Sanitário em Minas como inespecífico e sem conteúdo técnico relevante, bem como contrário ao entendimento pacífico dos Tribunais Superiores em diversos temas.

Já é notável a exacerbação dos valores arbitrados pelo Judiciário a título de multa pelo descumprimento, bem como a exasperação geral dos Juízes, o que vem incrementando a tendência de mandarem apurar eventuais responsabilidades penais e funcionais dos envolvidos no processo.⁶⁹

O contexto desenhado pela Coordenação de Direito Sanitário da AGE no documento citado acima advertiu quanto à perda de visibilidade, nos Tribunais, das defesas do Estado, vislumbrando-se a necessidade de uma política de saúde em âmbito

⁶⁹ Documento constante do ANEXO E.

administrativo capaz de combater esse movimento. Atentando para as situações aflitivas, extremas, não raro de vida ou morte da parte autora, é necessária a elaboração de alternativas eficientes de atuação estatal.

Não restam dúvidas, pelo que se ilustrou na pesquisa, de que a judicialização da saúde em Minas Gerais, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos, surge como resultado de três fatores:

1. O desconhecimento acerca da organização do sistema: não conhecer o conteúdo das listas de medicamentos padronizados e não saber quem são os entes políticos competentes para cada tipo de tratamento. É imperioso que se divulguem as listas de medicamentos padronizados e os programas específicos de atendimento elaborados para cada patologia estratégica. Essa exigência se impõe à comunidade médica e farmacêutica e deveria ser objetivo estratégico do SUS;

2. A inobservância voluntária das normas operacionais do sistema. Quer dizer, ao conhecer da padronização do SUS, opta-se pela sua não indicação. Isso se dá nos casos em que há ausência de padronização de um determinado medicamento na listagem do SUS. Nesse caso é necessário questionar se esse medicamento é o único capaz de oferecer benefícios terapêuticos ao paciente ou se sua prescrição se dá somente por força das influências mercadológicas da indústria farmacêutica. Faz-se imperioso, nessa linha de raciocínio, aferir se há medicamentos similares que se consubstanciem em alternativa terapêutica para o paciente e se houve tentativa frustrada de uso dessas alternativas;

3. Por fim, parte significativa das demandas se dá em razão da impossibilidade, por ineficiência operacional do sistema de distribuição, de acesso ao medicamento padronizado. É a realidade afeta a fatores como falta de medicamentos nos postos de saúde, ou nas gerências regionais de saúde, pela ineficiência na manutenção de estoque e no gerenciamento da distribuição e aquisição dos medicamentos. Também se pode incluir nesse terceiro fator causal da judicialização a burocracia inerente aos pleitos administrativos para fornecimento de medicamentos no SUS. Como apresentado na pesquisa pela entrevistada, o prazo para resposta de pedido de fornecimento de medicamentos nas gerências regionais de saúde do Estado chega a 90 dias e a documentação necessária para apreciação do pedido é extensa. Ou seja, é um procedimento inviável e manifestamente longo, o que estimula a judicialização.

4 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A CIDADANIA ADMINISTRATIVA E A GOVERNANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 O paradigma de Estado Democrático de Direito – pressuposto político-jurídico para a definição de um conceito de cidadania administrativa

As transformações no modelo de Estado⁷⁰ e o contexto sociopolítico e jurídico da sociedade são os fundamentos sobre os quais se desenvolvem os novos paradigmas que orientam toda a atividade estatal. E é a partir deles que se extraem os princípios norteadores do paradigma que este estudo sustenta. Assim, a conformação pós-moderna do paradigma do Estado – ou Estado Democrático Constitucional, ou Estado Democrático de Direito – bem como os princípios que o delineiam, são o ponto de partida para a análise do fenômeno participativo nos espaços públicos e estão imbricados no ideário de governança que se elegeu como marco teórico.

O estudo desses paradigmas permite que se identifique um modelo de participação social no seio da Administração Pública capaz de imprimir eficiência administrativa e combater os déficits democráticos que levam à judicialização de políticas públicas. Porém, antes, é necessário conhecer as transformações pelas quais passou o Estado até sua feição contemporânea ou pós-moderna.

Os Estados contemporâneos podem ser classificados em três grupos: pré-modernos, modernos e pós-modernos.

O Estado moderno refere-se a um contexto social, político e histórico, da cultura ocidental, que se inicia no século XVII e segue até o século XX, ostentando valores principais como o império da razão e da ciência, a valorização do individualismo e a universalização e homogeneização da sociedade e dos moldes institucionais (DIAS, 2003).

A era da modernidade se caracterizou pela junção de dois fatores essenciais: o culto à razão e o primado atribuído ao indivíduo. Essas características essenciais são a tradução dos valores abrigados pela era moderna: a institucionalização do poder – criando um conceito de cidadania excludente – o monopólio da força, a soberania e a

⁷⁰ Moreira Neto (1992) esclarece que Estado é expressão que define o poder político institucionalizado. Chevallier (2009, p. 183) afirma que o Estado é “uma forma singular de organização política, surgida com entrada das sociedades ocidentais na era da modernidade”.

unidade de valores resultante da pertinência a uma esfera pública posta como distinta do resto da sociedade (CHEVALLIER, 2009).

Quando os ideários modernos entram em crise, face aos déficits e incompatibilidades operados pela sua relação com o capitalismo (DIAS, 2003), suas características essenciais – institucionalização e centralização do poder, cidadania restrita e submissa, louvor à soberania e ao individualismo, culto ao monopólio da força e à unidade de valores, que acabam por definir de forma estanque as esferas pública e privada – são redefinidas sob um novo liame pós-moderno (CHEVALLIER, 2009).

Chevallier (2009) afirma que a modernidade vivencia a crise de suas premissas e que no Estado pós-moderno a soberania e a centralização estatal tendem a dar lugar à concepção de um comportamento estatal pautado pela cooperação e interdependência, relativizando essa dicotomia entre público e privado, com vistas ao primado da eficácia⁷¹ e da busca por novos contornos para a gestão pública.

Esse cenário não deixa dúvidas quanto aos questionamentos e rejeições impostas à conformação estatal da modernidade, o que impulsionou sua evolução para um novo paradigma, no qual o Estado ostenta traços de incerteza, complexidade e indeterminação abandonando a noção dos atos uníssonos e inequívocos com vistas à realização de suas funções e do bem geral.

Esses elementos devem ser considerados como elementos estruturais, constitutivos do Estado contemporâneo. Para analisá-lo é necessário abdicar do universo das certezas, sair dos caminhos bem balizados da ordem, abandonar a ilusão de uma coerência necessária, de uma completude absoluta; só é possível indicar um certo número de aspectos que, contrastando com os atributos tradicionais do Estado, são a marca, o índice, o signo tangível dessa nova in-determinação. (CHEVALLIER, 2009, p. 21)

Como se pode observar, o Estado pós-moderno adota como um de seus princípios norteadores a noção da complexidade,⁷² que, por sua vez, reconhece a diversidade e a multiplicidade inerente ao corpo social; daí a impossibilidade de erguer como paradigmas de ação pública a simplicidade e a uniformização, aclamadas na era moderna.

⁷¹ A eficácia como afirmada pelo autor abrange também o que se entende por efetividade. Isso porque o autor a utiliza como descrita na doutrina francesa, não comportando o vocábulo as mesmas distinções possíveis na língua portuguesa (CHEVALLIER, 2009, p. 16).

⁷² Sob o paradigma da complexidade disserta Morin (2005, p. 13): “tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico”. Vale dizer que essa realidade complexa é aceita e defendida por Jacques Chevallier em toda a sua obra, como já se mencionou na oportunidade em que se apresentou o marco teórico deste trabalho e ao definir-se o modelo estatal pós-moderno (CHEVALLIER, 2009).

O Estado pós-moderno é um modelo de engajamento na busca pelo equilíbrio social do associativismo e da democracia participativa, desenvolvendo dispositivos de cooperação e participação social como *tendências marcantes de evolução* em todos os Estados (CHEVALLIER, 2009).

Sob tais premissas, faz-se necessário discorrer acerca das nuances que definem a noção contemporânea de democracia e de um Estado democrático, uma vez que a concepção de um Estado pós-moderno determina a redefinição desse liame político, ou seja, da relação entre governantes e governados. Essas nuances espraiam suas luzes sobre todo o ordenamento jurídico e, por via de consequência, sobre toda atividade pública estatal, incluída também, por ser indissociável, a relação entre a Administração Pública e a sociedade.

A maioria dos autores constitucionais, conforme revelam os estudos de Direito comparado, concordam que o Estado Democrático⁷³ de Direito corresponde a uma profunda alteração no paradigma do Estado Constitucional, de tal ordem a autorizar a referência a um estado (neo) constitucional ou mais precisamente a vários (neo) constitucionalismos (CARBONELL, 2005).⁷⁴

Tomado enquanto ideologia, o neoconstitucionalismo é um conjunto de mecanismos normativos e institucionais realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado, mas que depositam sobre a proteção de direitos fundamentais sua maior carga de valor (CARBONELL, 2005).

Trata-se da superação do “Estado de Direito legislativo”, não sendo mais adequada a separação entre lei, justiça e moral. Deve-se, portanto, admitir que o Direito contemporâneo, adequado ao modelo de Estado pós-moderno, compõe-se de regras e de princípios, ambos de idêntica natureza normativa (ZAGREBELSKY, 2005). Essa

⁷³ Inicialmente, imperioso destacar que a democracia é conceito nocional, não comportando delineamento único, e altamente complexo para aqueles que se aventuram em teorizá-lo. Assim é que o discurso aqui proposto opta por um viés majoritário na doutrina jurídica, que repousa a essência da democracia no conceito participativo e inclusivo de efetivação de direitos fundamentais.

⁷⁴ Carbonell trata de três acepções do neoconstitucionalismo: enquanto teoria, enquanto ideologia e, finalmente, como método de interpretação do direito. Em seus estudos, aponta Ronald Dworkin como maior expoente contemporâneo do neoconstitucionalismo, cuja teoria principiológica do direito determina a exigência de que todos os Poderes persigam a realização dos direitos humanos (CARBONELL, 2005, p. 12). O neoconstitucionalismo é um contraponto ao positivismo enquanto ideologia, porque não se coaduna com a posição de soberania da lei e defende a subordinação de todo o ordenamento jurídico à Constituição (STRECK *in* SAMPAIO, 2006, p. 275).

perspectiva transcende a concepção positivista,⁷⁵ individualista e estanque das funções do Estado, uma vez que alcança um sentido atrelado à normatividade dos princípios jurídicos constitucionais de justiça e à efetividade dos direitos fundamentais.

Os princípios jurídicos são valores tomados como ponto de partida da organização política de uma sociedade, diretrizes de natureza normativa que induzem ao raciocínio jurídico e lógico. Sendo assim, os princípios jurídicos constitucionais evidenciam as opções políticas e valorativas de um Estado, a ideologia predominante na sociedade. Constituem as normas que apresentam a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins, normas eleitas pelo constituinte como fundamento e essência da ordem jurídica.

O estudo da ciência jurídica, humana, normativa e aplicada somente é possível se houver conhecimento dos vários princípios que a regem, dedutíveis logicamente do próprio fenômeno jurídico, explícitos ou implícitos no ordenamento, apreendidos historicamente. Ou seja, eles provêm do desenvolvimento histórico da sociedade e se inserem na ordem jurídica por meio de instrumentos normativos implícitos ou explícitos – como a Constituição.

O Direito, em um contexto pós-moderno, assume um substrato principiológico, se torna “transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas que não foram cumpridas na modernidade” (STRECK *in* SAMPAIO, 2006, p. 273), e realinha a democracia representativa inerente ao modelo estatal da era moderna.

Silva (2005) esclarece que o Estado de Direito é a forma de Estado em que são fixadas diretrizes normativas para organizar e limitar o exercício do poder. A noção de democracia, então, surge como um qualificativo de conteúdo material, uma diretriz fundamental à atuação do poder, na medida em que abre espaço para a participação popular com ênfase nos direitos fundamentais.⁷⁶

Enquanto regime político, a democracia elucida quem ostenta o controle do poder político e, diversamente de outros regimes adotados ao longo da história, confere tal carga ao povo,⁷⁷ ou seja, determina sua pulverização pelos vários centros civis e

⁷⁵ O positivismo ideológico sustenta que o direito positivo ou posto, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral (STRECK *in* SAMPAIO, 2006, p. 275).

⁷⁶ Para os fins deste trabalho, comunga-se do entendimento acerca do qual os direitos fundamentais variam conforme a modalidade de Estado, a ideologia e os princípios consagrados na Constituição, sendo, pois, reflexos dos direitos humanos em cada Estado. O tema foi objeto de tratamento no capítulo 2 deste estudo.

⁷⁷ Parágrafo único do art. 1º da CF/88: “Todo o poder emana do povo [...]” (BRASIL, 1988).

políticos dentro da sociedade que a adota enquanto regime. Na sua dimensão social, entretanto, a democracia significa mais, é o sistema político no qual se privilegiam os princípios afirmadores dos direitos fundamentais, especialmente a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.⁷⁸ É garantidora de liberdade de participação dos cidadãos na vida social e pressupõe a observância dos direitos fundamentais, compreensíveis somente a partir de um prisma principiológico.

A contemporaneidade – ou pós-modernidade – vai além da noção de democracia formal meramente representativa, definida a partir de um modelo único de delegação de poder e manifestada primordialmente no exercício do direito político constitucional do voto. Dirige-se a uma noção de democracia considerada sob um viés substancial de elemento legitimador essencial da atuação do poder, na qual o cidadão se insere nos centros de decisão política – democracia substancial. Trata-se da chamada legitimação democrática do poder (SILVA, 2005), o que não se afasta, antes se coaduna com a doutrina que considera a democracia como uma dimensão indissociável do Estado de Direito, cuja eventual cisão torna esse Estado um mero e restrito “esqueleto de princípios e regras formais”.⁷⁹

A compreensão sobre a noção pós-moderna de democracia está entrelaçada com o entendimento acerca da crise⁸⁰ de legitimidade do poder que sofreu a era moderna, tratada, entre tantos autores, por Moreira Neto (1992), para quem o surgimento da crise política se dá no meio de um movimento de gigantismo político, uma concentração de poder que extravasa os domínios políticos e atinge as esferas econômica e social de tal forma que seus contornos éticos e morais se tornam questionáveis e flexíveis. Ao mesmo tempo, tem-se a crise da legitimidade do sistema representativo, uma vez que se mostra suficientemente legitimador da origem ou do nascedouro do poder em exercício,

⁷⁸ Paulo Bonavides considera o princípio da dignidade da pessoa humana como a *síntese dos valores fundamentais vigentes em nosso ordenamento jurídico*, notadamente aqueles compreendidos no rol dos *direitos fundamentais*. Desde os de primeira até os de quarta geração. “Nesta altura da exposição, uma observação é fundamental. Entendemos a preocupação de juristas da maior autoridade em torno da vulgarização ou da banalização do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns chegam a propor que a melhor forma de prestar-lhe homenagem é deixar de referi-lo a todo instante. Não nos parece, com o devido respeito, ser esta a melhor opção. Seria o mesmo que, a título de prestar homenagens ao princípio republicano ou ao princípio da legalidade, deixássemos de investigar o seu conteúdo jurídico e a sua função no ordenamento jurídico brasileiro” (BONAVIDES, 2008, p. 16).

⁷⁹ A despeito da cizânia entre doutrinadores e operadores do Direito que vislumbram reticências entre a integração do Estado de Direito e a democracia, comunga-se da doutrina que conjuga as duas expressões enquanto dimensões qualificadoras do Estado; nesse sentido, cita-se Canotilho (1999, p. 27-28).

⁸⁰ O termo foi utilizado antes neste capítulo e deve ser entendido como uma oportunidade de mudanças e não uma cláusula de bloqueio. Valle (2011, p. 21) afirma que “Se o Estado e o Direito estão em crise, não se pode esperar que a Administração pública e, por consequência, o exercício da função administrativa nos diferentes setores fiquem imunes [...]”.

mas absolutamente insuficiente quanto à destinação e ao exercício do mesmo poder. O sistema democrático representativo parte da presunção de uniformidade na formação da vontade, da ideia, atualmente questionável, de que o delegado do poder (o representante) é capaz, de forma isolada, de traduzir a vontade dos representados e exprimi-la através das decisões que toma e das ações que conduz.

Nas palavras de Moreira Neto (1992, p. 6):

Em consequência, a democracia enquanto regime que se afirma na origem individual e inalienável do poder, também entrou em crise, à medida que se tornava meramente formal – o cumprimento de ritos eleitorais para sacramentar o acesso aos cargos de representação política – segundo a receita do constitucionalismo liberal clássico Lockeano, cristalizada pelo positivismo jurídico, formalista e bidimensional.

Chevallier (2009) também trata da crise de legitimidade do poder na concepção democrática meramente representativa, em que se verifica o desgaste da relação de confiança do sistema representativo não se questionando a capacidade do sistema de intervir ou alterar o curso dos fatos.

Em caminho mais abrangente, a democracia substancial pauta-se na afirmação dos direitos fundamentais, reconhecidos pela observância de valores inerentes à pessoa, indutivos das ações e das escolhas políticas e exigíveis de toda a sociedade e do próprio Estado, e mitiga, porém não afasta, a noção de representatividade como mecanismo suficiente de legitimação do poder.

A concepção de democracia, portanto, foi alargada no contexto social pós-moderno.

Somente pela participação é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com vontade do povo. A representação, em consequência, nada mais é do que técnica de participação, que se apoia na presunção de que o povo está sempre de acordo com todas as decisões políticas de seus mandatários. (MOREIRA NETO, 1992, p. 35).

No mesmo sentido leciona Chevallier (2009, p. 207):

A democracia representativa clássica é fundada sobre a onipotência dos representantes: não apenas eles se beneficiam pela transferência do poderio coletivo da Nação, mas ainda não poderiam sofrer a concorrência de qualquer outra autoridade. [...] A partir de agora, essa dogmática de representação está caduca. A ênfase dada ao respeito ao direito conduz relativamente à legitimidade extraída da eleição: ademais, **é necessário que os atos dos representantes sejam conformes às disposições inscritas nos textos de valor superior**; e, correlativamente, surgem outros princípios de legitimidade paralelos e concorrentes àquele da eleição. (grifo nosso)

No que se refere à essencialidade da linguagem dentro desse contexto democrático substancial, Streck (*in* SAMPAIO, 2006, p. 274) afirma que:

A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos ‘estavam’ nas coisas e na metafísica moderna (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem.

A mesma ideia é desenvolvida por Aragão (*in* SARMENTO, 2005), para quem o Estado de Direito, conforme a concepção da doutrina alemã, colocava assento sobre a sua perfeição do ponto de vista meramente formal, sem dar relevância ao conteúdo das normas, ainda que aceita sua autolimitação. Se embebido pelas teorias da argumentação próprias da concepção pós-moderna e neoconstitucionalista, há uma mudança significativa de seus contornos, porquanto se reconhece a pluralidade de argumentos nas questões mais relevantes do Direito Público e a conseqüente necessidade de se eleger como marco uma Constituição pluralista e, como fim, os direitos fundamentais.

Chevallier (2009), após sua digressão acerca das mudanças paradigmáticas que sofre o Estado no avanço para a pós-Modernidade, apresenta suas considerações sobre a democracia e define a democracia alargada como a comunhão das noções de democracia deliberativa (pautada no princípio da delegação inerente ao modelo representativo) e da democracia participativa (participação indispensável para prevenir as insuficiências e corrigir os defeitos), implicando a confrontação de pontos de vista e a possibilidade de influência nos planos decisórios, sem se afastar da lógica democrática tradicional representativa.

Na democracia alargada, a sociedade sustenta-se e se legitima na medida em que sua normatização é resultado da participação dos indivíduos no processo de produção das normas – os indivíduos, cidadãos, se identificam como autores e destinatários das normas jurídicas que delineiam a sociedade.

Nesse cenário, a democracia vincula o Estado, na formulação e no exercício de suas funções, à sociedade em prol da transformação da realidade social, vislumbrando o compartilhamento de responsabilidades e de esforços (colaboração) para o bem comum em todas as esferas do exercício do poder.

Quando se transforma o modelo de Estado e nele se assume um conteúdo democrático substancial, as relações entre público e privado se redefinem.

Barroso (*in* SARMENTO, 2005) fala de um esforço de superação de legalismo estrito e de assunção de um movimento de constitucionalização do Direito, em que está incluída a normatividade dos princípios, a reabilitação de argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica jurídica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.

O mesmo autor define, a partir daí, o sentido e o alcance da noção acerca do interesse público e sua relação com o interesse privado, apresentando também a definição possível do fundamento da dignidade da pessoa humana. Isso porque seus novos contornos são essenciais ao paradigma democrático contemporâneo (BARROSO *in* SARMENTO, 2005).

No mesmo sentido, Trindade (1999, p. 209) afirma:

A salvaguarda da democracia se encontra íntima e indissolúvelmente ligada à proteção dos direitos humanos. Com efeito, a relação entre a democracia e os direitos humanos tem experimentado uma notória evolução nos continentes americano e europeu nos últimos anos (mormente a partir do fim da estrutura bipolar do mundo), [...]. Talvez nunca como na atualidade a democracia constitucional seja tida cada vez mais como a melhor garantia institucional de respeito aos direitos humanos (ao invés de um simples modelo 'ocidental' importado). Democracia e direitos humanos mostram-se, em suma, indissociáveis [...].

No Estado Democrático de Direito, é a soberania popular que determina a participação do povo na coisa pública, o que afasta a distinção simplória apregoada no paradigma anterior – da modernidade – entre as esferas pública e privada. Aqui, o público não se confunde com o estatal, devendo consistir “numa estrutura intermediária entre o sistema político e os setores privados” (DIAS, 2003, p. 151).

Não se pode falar em uma relação de contradição ou de tensão polarizada entre o público e o privado, como bem pontua Aragão (*in* SARMENTO, 2005); o que se tem é uma relação de conexão estrutural: os interesses públicos e privados não estão em conflito e não se definem de forma abstrata em uma relação de hierarquia. Para o autor, é preciso compreender a multiplicidade de interesses públicos possíveis, consistentes com uma dada situação concreta, e, tendo como norte os valores políticos fundamentais constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais, definir seu contorno.

No entendimento de Barroso (*in* SARMENTO, 2005), o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão, e tal interesse não é passível de ponderação, mas é o parâmetro para a ponderação. O autor continua sua preleção afirmando que, na eleição do interesse

público prevalecente, em face de uma eventual colisão entre público e privado, o intérprete deve observar dois parâmetros: a dignidade da pessoa humana (cada indivíduo deve ser um fim em si mesmo) e a razão pública. Esta última, explica Barroso, pressupõe a utilização de argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por grupos sociais dispostos a um debate com vistas a um resultado comum – consiste na busca de elementos constitucionais sociais e em princípios consensuais de justiça.

Em suma o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover. (BARROSO *in* SARMENTO, 2005, p. xvi)

O paradigma do Estado Democrático de Direito é, portanto, o espaço onde as relações entre Estado e sociedade (público, estatal e privado) são redesenhadas em favor da complementaridade, da realização pessoal do indivíduo e da harmonia das relações sociais, vinculando-se sempre aos princípios e aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais.

Assim explana Barroso (*in* SARMENTO, 2005, p. x):

[...] em um Estado democrático de direito, não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há mais uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes.

Essa conjuntura paradigmática democrática substancial que se afirma remete à aceção de *democracia integral* conduzida por Cortina (1985),⁸¹ em que os interesses plurais e multifacetados podem ser compatibilizados e harmonizados através do argumento e da concertação⁸² social, partindo do reconhecimento da diversidade e da certificação da autonomia dos sujeitos envolvidos visando sempre ao consenso.

A noção de democracia substancial coincide, ainda, com a denominada *democracia deliberativa* (SOUZA NETO *in* BARROSO, 2006), na qual a cidadania não se restringe ao exercício do direito político, mas clama por uma participação social ativa em todo processo democrático de elaboração de leis, de gestão pública e de resolução de conflitos sociais (cidadania social e participativa). Ela tem como corolário a

⁸¹ Cortina (1985) desenvolve a relação entre o princípio da democracia integral e o princípio da ética da responsabilidade, relação essa que se encontra consubstanciada na razão prática dialógica, que possibilita e legitima a democracia, a partir do discurso.

⁸² O termo *concertação*, à míngua de clara definição, resulta de um esforço conduzido no seio de um espaço participativo em favor de uma solução consentida para os conflitos de interesses (LANDI & POTENZA *in* MARTINS JÚNIOR, 2010).

possibilidade de argumentação no espaço público e a justificação das escolhas políticas através de um canal de diálogo e deliberação.

Os instrumentos inerentes à democracia participativa em textos constitucionais surgem como uma resposta às falhas apresentadas pela democracia meramente representativa.⁸³

No Brasil, os ares democráticos advindos da Constituição da República de 1988 proporcionaram a inserção de diversos canais de ligação entre a sociedade e o Estado no ordenamento jurídico, seja no nível constitucional, seja no legal, todos fundamentados na ideia central do regime democrático: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (parágrafo único do art. 1º da CF/88). No nível constitucional, podem ser citados, como exemplos, além do voto, do plebiscito e do referendo, a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos (art. 10); a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, inciso XII); a participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, disciplinada por lei (art. 37, § 3º, com a redação dada pela EC nº 19/98),⁸⁴ o primeiro dispositivo constitucional a prever explicitamente a participação administrativa do cidadão; a denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, § 2º); as ouvidorias

⁸³ Em Portugal, o art. 267, nos itens 1 e 5, da Constituição consagra o princípio participativo: “1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. [...] 5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito” (PORTUGAL, 1976). Na Espanha, o princípio foi previsto no art. 9º, 2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la **participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social**. No art. 23, 1: Los ciudadanos tiene el derecho a **participar en los asuntos públicos**, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.” E, ainda, de maneira genérica no art. 105 da Constituição: “La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado” (ESPAÑA, 1978).

⁸⁴ Concorde-se com Baptista (2003, p. 153-154), que afasta o carácter programático ou eficácia limitada da norma, na medida em que a interpretação sistematizada da Constituição autoriza afirmar a existência de um “direito genérico de participação dos administrados com estatura constitucional, independente de qualquer concretização pelo legislador ordinário”. O raciocínio aplica-se aos demais dispositivos, todos autoaplicáveis, razão pela qual a ausência de lei regulamentadora não é causa bastante a afastar o exercício do direito constitucional à participação. Esse mesmo entendimento foi defendido neste estudo ao tratar-se da eficácia do direito fundamental à saúde, no capítulo 2.

no Poder Judiciário e no Ministério Público (art. 103-B e art. 130-A); a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (art. 187); o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite na seguridade social, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, inciso VII); a participação da comunidade na gestão da saúde (art. 198, inciso III); a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas de assistência social e no controle das ações em todos os níveis (art. 204, inciso II); a colaboração da sociedade por meio da gestão democrática do ensino público, na forma da lei (art. 205 e art. 206, inciso VI); a colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º), a defesa e preservação do meio ambiente impostas à coletividade (art. 225); a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, nos programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem (art. 227).

Na verdade, todos esses dispositivos permitem afirmar a existência de um “princípio participativo”, que, nos dizeres de Silva (2007, p. 141), se caracteriza “pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”. Trata-se de princípio constitucional implícito, decorrente da democracia e da própria noção de Estado Democrático de Direito.⁸⁵ Segundo o autor, a Constituição brasileira tende para a democracia participativa, pois combina representação e participação direta desde o seu primeiro artigo: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa) (SILVA, 2007). Por isso, não sem razão, Bonavides (2008) considera a democracia participativa como a quarta geração de direitos fundamentais.

Moreira Neto (1992), tratando do tema da participação, acolhe-o em seu sentido semântico como sendo uma forma ativa de integração de um indivíduo a um grupo e descreve que a participação de natureza política é gênero do qual são espécies outras formas de participação no espaço público e que pressupõe a transformação qualitativa

⁸⁵ Referindo-se à participação procedimental e fazendo uma análise comparativa ao ordenamento de Portugal, Netto afirma que, ao passo que em Portugal há consagração expressa do próprio direito à participação, no Brasil, tratando-se de participação individual em procedimentos sem caráter litigioso, é preciso fazer a sua submissão ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º, CR/88, “bem como preceitos que veiculam o princípio democrático, a dignidade da pessoa humana, o direito de petição, o direito de informação, procedimentos específicos, a participação em diversas atuações relativas à ‘Ordem Social’ (NETTO, 2009, p. 88).

dos cidadãos incluídos no que ele denomina um *estágio societário*,⁸⁶ Leciona o ilustre cátedro:

[...] a ideia tradicional de participação política, a princípio adstrita à atividade legislativa e à escolha de representantes, evoluiu para uma concepção mais ampla, abrangendo todas as atividades do Estado, desdobrando as hipóteses de provocação de controle do Judiciário e, principalmente, multiplicando-se em inovadoras modalidades de participação administrativa. (MOREIRA NETO, 1992, p. 16)

Chevallier (2009) afirma que a perspectiva participativa modifica categoricamente a relação entre a sociedade e a gestão pública, que, por sua vez, abandona a concepção tradicional administrativa gerencialista e condutora e passa a se definir a partir de uma relação administrativa promotora de direitos fundamentais, considerando como primordiais a cidadania e o associativismo, o que reputa ultrapassada a democracia representativa, por reconhecer sua ineficiência e o direito da pessoa humana de acesso e de participação.

A insuficiência de legitimidade democrática impulsionou o crescimento do fenômeno da participação no âmbito da Administração Pública, até então refratária à colaboração dos cidadãos nos processos de tomada de decisões. Desde então, sob os desígnios de um paradigma de Estado Constitucional Democrático de Direito emergente na pós-modernidade, surgem novos modelos de expressão dos interessados sociais, que extravasam a lógica da democrática formal representativa com fé nas “virtudes da discussão” (CHEVALLIER, 2009) e em busca do consenso reordenando a noção que se tem de cidadania. Após compreender o paradigma sobre o qual se formula o ideário participativo na Administração Pública, é possível definir o que se denomina cidadania administrativa. É o que se fará a seguir.

4.2 O ideário de governança enquanto substrato para a democratização da atividade administrativa

Como já ressaltado, o esgotamento do modelo tradicional de gestão pública herdado do Estado moderno, fundado, entre outras características, na imperatividade, separação entre Estado e sociedade e concentração do poder, deu azo ao surgimento do fenômeno participativo no âmbito das administrações públicas. Esse contexto de

⁸⁶ O autor define que a sociedade ostenta como elemento caracterizador a consciência da existência de interesses que não podem ser satisfeitos individualmente (MOREIRA NETO, 1992).

transição de paradigmas foi propício ao surgimento da noção de “governança”, termo relacionado à nova postura do Estado no que diz respeito ao exercício do poder.

Chevallier (2009) relaciona as noções de governabilidade e governança com as condições do exercício do poder estatal nas sociedades que ingressaram na era da pós-modernidade. Em suas palavras:

As técnicas clássicas de governo, caracterizadas pela imposição unilateral de uma dominação, não coincidem mais com os novos equilíbrios das sociedades contemporâneas: enquanto o princípio da soberania estatal tende a se erodir, as organizações de toda natureza estão à procura de novas tecnologias de poder, **que é doravante adequado de enquadrar sob o termo “governança”** (CHEVALLIER, 2009, p. 273, grifo nosso).

Ao apresentar o termo governança nessa nova conformação pós-moderna, Chevallier (2009) o toma como a eliminação do “muro” entre as esferas pública e privada, enquanto uma ideologia, significando, em apertada síntese, o esforço comum para as soluções consensuais que resultem da associação dos destinatários no processo de elaboração das normas e de escolhas públicas coletivas.

Ainda Chevallier, citando J. G. Padioleau, estabelece interessante distinção entre dois tipos de governança: “governanças instrumentais”, que visariam à eficácia da ação pública, e “governanças procedimentais”, que tenderiam a abrir a ação pública aos cidadãos, aos grupos, às comunidades, na esteira da ideia de “democracia processual” de Habermas. Para Chevallier (2009), essas duas facetas de governança encontram-se imbricadas e levam à conclusão do termo como por ele desenvolvido.

Neste engajamento, a Administração Pública se permite permear pela participação dos cidadãos em um espaço público de procedimentos democráticos, constitutivo de legitimidade e de juridicidade da atividade administrativa, nos quais as decisões surgem como conclusão de uma série de atos ordenados sob o crivo do contraditório e da ampla participação dos interessados, com a exposição dos motivos determinantes para as escolhas políticas e com a submissão à revisão de entendimentos.

A governança no Estado pós-moderno obriga a Administração Pública a se despir de suas antigas premissas, renunciar à característica de ação impositora de projetos e políticas unilaterais e subjetivadas, e a se engajar na busca pelo equilíbrio social do associativismo e da democracia participativa, desenvolvendo dispositivos de cooperação (CHEVALLIER, 2009).

Essa perspectiva modifica profundamente o sentido da relação administrativa e a lógica sobre a qual edifica a instituição administrativa. Abandonando o estatuto de súdito constringido a submeter-se às prescrições administrativas,

ou simples consumidor passivo de prestações cuja consistência não pode negociar o administrado, promovido ao nível de ‘ator’, vê a si reconhecido um direito de fiscalização, uma capacidade de influência sobre o funcionamento dos serviços. (CHEVALLIER, 2009, p. 230)

Não se defende, com tal elucidação, o desaparecimento ou recrudescimento do Estado institucionalmente considerado (o que o autor identifica como sendo a banalização do Estado). Pelo contrário, está-se a reconhecê-lo como antes, em suas particularidades, seja do ponto vista finalístico, seja do ponto vista axiológico e jurídico; porém a redefinir sua relação com o privado, em prol da eficiência e da legitimidade de que carecia no modelo consagrado na modernidade.

Se a distinção público/privado foi durante longo tempo vivenciada em termos de evidência axiomática, essas certezas são doravante comprometidas pela incerteza das fronteiras e o esfacelamento dos signos distintivos que marcam a especificidade do público; é, assim, a constituição simbólica do Estado que se encontra ameaçada. (CHEVALLIER, 2009, p. 82)

Também não se trata, ainda, de reduzir a ação pública a um simples produto de ajustamentos negociados, mas parte-se da constatação da complexidade dos problemas sociais e da existência de múltiplos poderes,⁸⁷ buscando coordenar sua ação e obter sua colaboração ou cooperação em favor de uma solução concertada (CHEVALLIER, 2009).

Sob essa nova premissa, constrói-se um Estado que, no exercício de suas funções, desenha uma relação dialogal com a sociedade em todas as suas conformações, não apenas no plano singular e pessoal (do cidadão individualmente considerado), mas também no plano institucional, permitindo uma nova relação de intersubjetividade que abrange o indivíduo e as instituições públicas e privadas.

Pode-se afirmar que “governança” é a expressão utilizada para designar um novo modelo de exercício do poder pelo Estado na contemporaneidade ou pós-modernidade, calcado basicamente na democratização de suas relações internas e externas no curso dos processos decisórios. O modelo propõe o compartilhamento de decisões tanto entre os atores estatais competentes para atuar nos processos decisórios, quanto entre os atores sociais interessados na construção conjunta do interesse público, com a

⁸⁷ O autor se refere ao aumento do poderio de uma série de atores públicos e privados, internos e externos que tentam influenciar as escolhas coletivas e com os quais deve haver um esforço negociativo, de composição. O que, somado à crescente expectativa dos governados em face de seus governantes, torna a tomada de decisão mais difícil (CHEVALLIER, 2009). Importante destacar que a busca por soluções consentidas somente se faz possível juridicamente quando decorrente da observância dos modelos constitucionais postos na carta magna. Nenhum esforço negociativo pode afrontar a ordem constitucionalizada.

substituição, quando possível, de um modelo de gestão fortemente hierarquizado e vertical, por outro, horizontalizado⁸⁸ e participativo.

A adoção da governança não permite que se interprete o esforço negociativo de modo contrário aos ditames constitucionais. A ordem constitucional deve ser observada, e todo empenho para uma gestão pública aberta ao diálogo e atenta aos interesses de toda uma sociedade deve ter como princípio e fim a realização do modelo constitucional democrático, sob pena de ser eivado de vício indelével de inconstitucionalidade.

No Direito brasileiro, o uso da expressão “governança” pode ser verificado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995), que ostenta a bandeira do reforço à governança e parte do princípio de que o governo brasileiro carece de governança – limitado que se encontra pela ineficiência da máquina administrativa – e não de governabilidade.

Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança - a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão. O governo brasileiro não carece de “governabilidade”, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa. (BRASIL, 1995, p. 13-14).

Percebe-se que o sentido conferido pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado ao termo “governança” é diferente daquele utilizado por Chevallier (2009), pois se vincula à capacidade do Estado de governar com eficiência a máquina estatal. Por essa razão, afirmava-se que um dos objetivos do Plano era incrementar a governança do Estado, isto é, a eficiência na execução das políticas públicas.

O tema veio novamente à tona com o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, cujas diretrizes nortearam a tentativa de remodelação da Administração Pública e sua readequação ao contexto do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2009). Pires (*in* MODESTO, 2010), uma das juristas da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto, afirma que a governança consiste em um conjunto de meios e processos ou formatos de gestão que tendem a conferir maior transparência e legitimidade à atuação estatal por meio da participação dos atores

⁸⁸ Se o Estado moderno podia ser graficamente representado por uma pirâmide, ao Estado da pós-modernidade veste melhor a figura do Estado em rede – diversas entidades com capacidade de ação autônoma, ligadas umas às outras horizontalmente, sem relações verticais de subordinação. Essa é a noção que se pode extrair do termo horizontalidade cunhado por Chevallier (2009).

sociais nas decisões públicas. A autora realça os aspectos da articulação, transparência e participação, inerentes à governança pública:

Independente do modelo que assuma, uma governança pública democrática pressupõe articulação intensa e transparente dos diversos autores e núcleos de poder, participação responsável dos interessados (em processo de autorregulação) para a consecução da eficiência legítima, tudo com o propósito de construção de uma rede de tentáculos da ação pública, na acepção lata da expressão, a partir de matrizes cognitivas e normativas compartilhadas. (PIRES *in* MODESTO, 2010, p. 184)

A jurista relaciona a ideia de governança democrática à necessidade de alteração de algumas práticas decisórias no âmbito do sistema administrativo, para que elas possam refletir o interesse público que emerge da complexidade social. “Nesse sentido, é a trilha da processualidade administrativa que se abre para o percurso de densificação do princípio dialógico discursivo” (PIRES *in* MODESTO, 2010, p. 185).

Assim, a superação de práticas autoritárias e unilaterais e a abertura à participação social nos processos decisórios passa pela noção de governança democrática, que vem se firmando como uma tendência de gestão preocupada com o compartilhamento da autoridade e a democratização de suas estruturas.

Para Valle (2011, p. 113), adequar as atividades administrativas ao paradigma do Estado Democrático de Direito é um esforço para democratizar a Administração Pública; e “democratizar a Administração Pública induz à reflexão sobre governança no âmbito da Administração Pública, a partir de perspectiva participativa, inclusiva e procedimental”.

4.3 Participação na Administração Pública - Um conceito de cidadania administrativa no paradigma democrático enquanto pressuposto de legitimação da gestão pública

Encontra-se pacificado pela doutrina administrativista o entendimento de que a expressão Administração Pública pode ser referida em dois sentidos: objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, a expressão é grafada com letras minúsculas e refere-se ao exercício da função administrativa do Estado, o desempenho da tarefa administrativa de satisfação das demandas e necessidades da sociedade. De outro lado, o termo grafado com letras maiúsculas – “Administração Pública” – ostenta caráter subjetivo, ou seja, refere-se ao conjunto de órgãos e pessoas que exercem a função administrativa do Estado (CARVALHO, 2008).

A noção de participação administrativa, como se discorre, não se refere somente a um esforço para o assentimento social ao comportamento do Estado, um mero ato formal de legitimação do poder. Isso porque a legitimação do comportamento público estatal não deve se restringir a um ato de controle ou revisão lançado *a posteriori*, mas deve se verificar no caso concreto pela análise do respeito aos ditames participativos que se opera desde a escolha dos gestores nos moldes representativos, passando pela elaboração e formação das escolhas públicas, até a consistência da escolha política definida com os ditames constitucionais. Para tanto há que se observar a participação em todas as fases da atuação estatal, em seus conteúdos e determinações mais embrionárias, até a adequação do que restou prescrito no complexo normativo constitucional.

É preciso, porém, estabelecer uma relação qualificada de participação da sociedade, superando-se a ideia de legitimação por aclamação, própria do modelo constitucional anterior, que se caracterizou muito mais por uma transição tutelada em relação ao modelo liberal, objetivando desmobilizar os movimentos sociais, do que uma estrutura sociopolítica incentivadora de uma cidadania emancipadora. (HERMANY *in* REIS & LEAL, 2006, p. 1731).

É possível notar a existência de divergências doutrinárias e de inúmeras receitas de classificação quanto às formas e a extensão da participação. Nessa senda, reconhece-se a pluralidade de classificações possíveis e não se as rejeita. No entanto, para os fins desta proposta de estudo, defende-se uma noção ampla da participação, classificando-a quanto à concepção de modelo democrático em que está ideologicamente envolvida.

No Brasil, Di Pietro (1993), uma das pioneiras na construção doutrinária da matéria no país, analisa a participação popular no Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, afirmando que, neste último, ela ocorre por meio da atuação dos cidadãos diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. Por isso a autora defende que “a participação popular é uma característica essencial no Estado Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade” (DI PIETRO, 1993, p. 32).

A administrativista trabalha com a divisão sugerida por Ferrier (1974) entre a participação direta, realizada sem a presença de intermediários eleitos – por exemplo, o direito de ser ouvido e a enquete (consulta à opinião pública sobre assunto de interesse geral) –, e a participação indireta, realizada por meio de intermediários, eleitos ou indicados, como, por exemplo, a participação popular em órgão de consulta e em órgão

de decisão. A esses a autora acresce, ainda, a participação por meio do *ombudsman*⁸⁹ e por via do Poder Judiciário. Di Pietro (1993, p. 39) propõe a instituição de um *ombudsman* no Brasil à semelhança do modelo escandinavo, por entender que “não tem produzido grandes resultados os ombudsman (sic) brasileiros disfarçados sob as vestes de Tribunal de Contas, Ministério Público, Congresso Nacional e órgãos esparsos”.

Dito isso, sob o foco do Estado Democrático de Direito, mais do que em um simples ato de anuência social para lhe conferir legitimidade formal, a democracia substancial pauta-se na afirmação dos direitos fundamentais. Nela, o cidadão ultrapassa a posição inerte de espectador e de mero reivindicador de direitos e concretizações potenciais da democracia representativa (por delegação) e vai além, assumindo uma postura decisiva na gestão e nas escolhas públicas. Seu fundamento está exatamente no permanente embate entre os interesses e valores emergentes de uma sociedade plural, multifacetada e complexa, operando uma inversão da lógica de delegação de poder para uma lógica de compartilhamento de poder.

Realçando a importância da participação, Dias (2003, p. 164) afirma que a expressão deixa de ser meramente retórica e “passa a representar a medida de legitimação da atuação administrativa mediante a ampliação dos canais de comunicação existentes na periferia da esfera pública para o centro do subsistema administrativo”.

Uma vez que a democracia se assenta no reconhecimento da soberania popular, é indispensável que a sociedade adquira a consciência de cidadania e das formas para ser integrada em um espaço antes adstrito somente aos agentes políticos (participação no espaço público).

Pode se afirmar que o ideário participativo ultrapassa as vestes impostas, até então, pelo comportamento público estatal. O espaço público se torna permeável aos interesses sociais que compõem a sociedade pós-moderna, com o fim de se adequar e se enquadrar à nova realidade complexa⁹⁰ que a contemporaneidade ostenta.

⁸⁹ Segundo Di Pietro (1993, p. 36), o “ombudsman nasceu nos países escandinavos e passou para outros países com denominações diversas, como mediador, ouvidor geral, defensor do povo, ‘prokuratura’. O ombudsman (intermediário, representante) é um órgão de proteção dos cidadãos ligado ao Parlamento e que detém uma série de prerrogativas de controle da Administração Pública. Embora designado pelo Parlamento, ele atua com independência e sem muito formalismo. Ele recebe as denúncias dos administrados mas pode agir *ex officio* quando toma conhecimento de irregularidades por outros meios, como inspeções ou simples leitura de jornais. Verificando a irregularidade, ele não tem poder repressivo nem pode anular ou revogar o ato praticado pela autoridade pública”.

⁹⁰ Sobre o paradigma da complexidade já se discorreu ao analisar a evolução dos modelos de Estado e as conformações da pós-modernidade.

Pode-se afirmar que à transformação dos moldes do Estado seguiu-se uma evolução do modelo administrativo, em que o modelo administrativo patrimonialista, que não distinguia público e privado, evoluiu para um modelo administrativo burocrático, associado à evolução do capitalismo, e mais objetivo e equânime no trato social. No entanto, esse modelo burocrático se mostrou insuficiente e, com a crise dos paradigmas políticos e sociais do Estado moderno, deu lugar ao modelo administrativo contemporâneo, ou pós-moderno, de administração, com conceitos inovadores que permitem a assunção de valores consensuais e participativos. Não se trata de uma ruptura com o modelo burocrático, mas de uma aglutinação de valores que lhe faltavam, alterando sua essência e tornando-o adequado ao paradigma democrático atual (SCHMIDT *in* REIS & LEAL, 2007, p. 1999).

A participação democrática impõe um modelo de articulação entre os interesses políticos, públicos e privados, para agregar credibilidade e eficiência à ação pública estatal, a partir do conceito nocional de eficiência na administração pública.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 consagrou o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no *caput* do art. 37 da CF/88. Assim, ao escolher os meios que empregará na busca pelo bem comum, a Administração Pública deve considerar, entre outros, a eficiência em atingir os objetivos colimados (CARVALHO, 2008).

O princípio da eficiência, definido a partir do paradigma democrático participativo de atenção aos direitos fundamentais, não pode se ater a um conceito econômico de maximizar os resultados com o mínimo de custos. Esse conceito econômico deve ser enriquecido com valores sociais, nem sempre mensuráveis economicamente.

Se entendido dessa forma, o vocábulo eficiência afasta-se de sua noção originariamente relacionada a parâmetros de economicidade, de análise eficiente de recursos e meios para assunção de fins postulados, e se aproxima do termo efetividade.

Na redação bem posta de Gustin e Dias (2010), a efetividade, apesar de muitas vezes ser empregada como sinônimo de eficácia (às vezes, como sinônimo de eficiência), é bem mais abrangente que essas duas outras noções. A efetividade pressupõe não somente a realização das condições de eficiência e eficácia, como, também, a correspondência com as demandas da população ou de determinados estratos populacionais ou de grupos.

Pontua Carvalho (2008, p. 190): “O resultado positivo do comportamento administrativo depende do equilíbrio da equação que se compõe pelos meios empregados e resultados perseguidos com a finalidade de proteção do interesse público”.

No mesmo sentido, o entendimento de Barcellos e Barroso (*in* BONAVIDES, 2003, p. 198):

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos, os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação tão íntima quanto possível entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Portanto a eficiência, constitucionalmente prescrita como princípio norteador da atividade administrativa, a despeito das distintas definições doutrinárias dadas aos vocábulos efetividade e eficácia, dirige-se à maximização do direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88), pelo que não basta a análise dos meios e instrumentos, nem a busca dos fins legais a qualquer preço, é necessário ostentar qualidades humanas e sociais positivas.

A partir do paradigma democrático participativo e do ideário de governança adotado, é possível afirmar que se está diante de uma multiplicidade de interesses, públicos e privados, não sendo mais possível definir de forma rígida o que seja o interesse público único e homogêneo a ser perseguido. Assim, faz-se o compartilhamento do interesse público entre o Estado e a sociedade, devendo ser sempre conformado na sociedade e não internamente no aparelho estatal, porque é nela que ele surge e é em função dela que ele é definido e satisfeito (MARTINS JÚNIOR, 2010).

Nesse aspecto, é imperioso buscar a eficiência desde o momento prévio à consagração de um determinado dever em norma legal. Para tanto, é preciso que haja integração entre as diversas esferas públicas com competência na seara, bem como a efetiva participação social, a fim de que se tenha uma concepção e gestão democráticas.

A mera atitude participativa sem instrumentos que a efetivem é motivo de frustrações e indignações, já que a simples presença não garante o poder de influência. De mesmo modo, a institucionalização de canais de participação sem que haja uma verdadeira atitude participativa de nada vale, é simplesmente decorativa, simula uma aparência de democracia (MOREIRA NETO, 1992).

A definição dos contornos e das formas de operacionalização da participação na gestão pública é fulcral para que deixe de ser um improfícuo ideal teorizado e se torne

uma prática transformadora da realidade. Há, portanto, que se definir o modo pelo qual a participação deve ser concretizada e, somente a partir dessa compreensão, conceituar a cidadania administrativa ativa e responsável.

Nessa linha de raciocínio, vale relembrar que a noção tradicional de cidadania se dá pelo somatório de duas qualidades juridicamente conferidas ao cidadão: o vínculo de nacionalidade (territorial) e a plena capacidade de exercício dos direitos políticos (pessoal).

Chevallier (2009, p. 257) ensina:

A concepção tradicional da cidadania caracterizava-se por uma grande rigidez: um único espaço de cidadania: o Estado-Nação; um estrito enquadramento do acesso à cidadania, por via da condição de nacionalidade; um estatuto concebido de maneira limitativa, através dos direitos cívicos.

Sucedem que a falência dos modelos meramente representativos e a mudança estrutural e organizacional pela qual a sociedade passou, e ainda passa velozmente, decretou a necessária reformulação dos paradigmas sobre os quais esses conceitos foram formulados e os aniquilou de adequação, tornando imperiosa sua reformulação. Rever o conceito de cidadania sob o paradigma de um Estado de Direito Democrático é perfilhar novos lineamentos para este instituto, de modo a compatibilizá-lo com esse novo e complexo paradigma democrático e participativo.

A noção de cidadania não se coaduna mais com a definição vinculada ao nacional, que mantém um vínculo político com o Estado, porquanto se definirá a partir do que se consignou como paradigma democrático participativo, que, por sua vez, alterou a visão da Administração Pública e a contornou sob as luzes do Estado Democrático de Direito.

Para Chevallier (2009) o conceito de cidadania deve ser ampliado e perpassa uma redefinição dos vínculos políticos e cívicos, englobando o reconhecimento de uma nova gama de direitos e ampliando o quadro de beneficiários que deles usufruem, permitindo um afrouxamento do vínculo de nacionalidade. A par desse espectro, tem-se o novo perfil de participação do administrado no funcionamento da Administração, que parte de uma concepção de cidadania ativa, política e ampliada e que define, não somente aquele para quem se dirigem as decisões públicas deliberadas, mas aquele capaz de contribuir na sua deliberação (CHEVALLIER, 2009).

Assim, a relação com a Administração, antes construída sobre um ideário de submissão, passa a se manifestar sobre a base de uma dimensão cívica, ou seja,

sobrelevando a cidadania ampla e afastando uma ideia de sujeito meramente desfrutador do resultado das decisões tomadas pela Administração Pública (CHEVALLIER, 2009). O que se entende por cidadania se amplia e se redefine, abarcando em seu conteúdo o reconhecimento de uma nova e ampla gama de direitos, como o direito de manifestação de opinião. O cidadão deve ser aquele que interfere na esfera política por intermédio da institucionalização procedimentalizada de canais de comunicação entre os atores sociais, permitida a expressão social, a fim de sustentar a democracia sob uma nova perspectiva de gestão consensual. É o surgir de uma concepção emancipadora da atuação social, do comportamento social, em que o cidadão transcende a figura de um ser requisitador, alcançando a projeção de um sujeito transformador de seu próprio destino.

A ideia é que à junção do diálogo e da consensualidade se atribui a emancipação do cidadão. A partir do arcabouço teórico de governança que se elegeu, o cidadão é parte, meio e fim de suas decisões e ações na construção de sua emancipação social.

É através das ações de governanças que os cidadãos devem possuir sua participação amplamente valorizada nos momentos de colaborarem em fóruns que visem ao diagnóstico e às definições elaborativas de políticas públicas. (HERMANY & COSTA *in* REIS & LEAL, 2008, p. 2409)

A questão foi analisada também por Netto (2012, p. 166), para quem:

As exigências colocadas pelo princípio democrático ganham interessante reforço em face do princípio da juridicidade, igualmente estruturante do Estado de Direito democrático e Social, que impõe e justifica juridiscização [sic] do processo de formação da vontade administrativa e sua abertura para participação dos interessados, como sujeitos e não como meros objetos da atuação estatal.

Não basta, entretanto, o discurso teórico sobre as novas premissas epistemológicas⁹¹ a que se dirige a inovação democrática. É imperioso que se apresentem os critérios para a concretização da cidadania administrativa democrática e efetivamente ativa.

O exercício da participação política ativa do corpo social nos centros de poder deve ser precedida de autonomia privada, de reconhecimento do cidadão como sujeito autor e diretor da realidade social.

A autonomia privada é, portanto, pressuposto para o exercício da autonomia pública ou política, elemento formador da cidadania administrativa, devendo ser assegurada para o exercício do direito de participação democrática.

⁹¹ Premissas teóricas e práticas relacionadas ao conhecimento científico.

A autodeterminação e a emancipação do cidadão são elementos basilares para o exercício da cidadania administrativa, na medida em que a inserção do cidadão no processo decisório o torna cogestor público, e não mero destinatário de algo que lhe foi imposto sem que pudesse, de alguma forma, influenciar em seu conteúdo. A ideia fundamental é a de que, através da participação, ocorre um efeito social reflexo, verificável individualmente, e que consiste na autorresponsabilização dos indivíduos participantes.

Cortina (1985, p. 156) assevera a ampla capacidade humana de assumir a responsabilidade de suas ações almejando a felicidade. Sua noção caminha para o princípio da ética argumentativa, visto que o homem é capaz de responsabilizar-se pelas suas ações. Através do diálogo, ele responde por elas, e é também através do diálogo que o homem verifica se seus interesses e necessidades podem ser defendidos subjetivamente. Caso essa necessidade subjetiva possa ser defendida objetivamente, poderá constituir-se como fundamento para a norma da vida pública.

Ora, mais uma vez acertada a condução de Cortina (1985), para quem é no espaço dialógico, mediante a defesa de argumentos e vontades, ainda que potencialmente divergentes, que a autonomia se realiza, uma vez que é o processo de argumentação que permite aos sujeitos se reconhecerem mutuamente como detentores de direitos que merecem a mesma consideração.

É possível asseverar que a autonomia, essencial ao conceito que se propõe de cidadania administrativa e responsável, demanda o reconhecimento e o respeito à dignidade humana (*eficiência administrativa*),⁹² através da realização dos direitos fundamentais constitucionais. Mais ainda, se a autonomia se realiza em um espaço argumentativo e dialógico, faz-se mister que se institucionalizem espaços dialógicos *procedimentalizados*.

Não se descuida das críticas que sofre uma nova conformação de cidadania a partir de um modelo de Administração Pública consensualizada e condizente com o novo modelo de Estado Democrático de Direito, que conta com instrumentos de participação para a sua realização e assume o ideário de governança.

Valle (2011, p. 47) sintetiza essas críticas em suas palavras:

No conjunto de argumentos contrários à proposta de abertura democrática da função administrativa, merecem relevo: 1. A imputação de risco democrático,

⁹² Vale lembrar, como já se expos em notas anteriores, que o que se define como eficiência administrativa é a diretriz de ação voltada ao reconhecimento e valorização da dignidade humana.

pela desconsideração ou redução do papel das autoridades eleitas e da representação parlamentar; 2. O alegado desinteresse da cidadania pela participação no processo de escolha pública; 3. O alto custo da oferta de mecanismos amplos e permanentes à referida abertura democrática; 4. O esvaziamento do papel do estado; 5. A diluição das esferas de responsabilidade, pelas escolhas públicas coletivamente formuladas.

A mesma autora sai em defesa do modelo participativo:

Não se pode negar que as preocupações externadas nos argumentos de contradita são pertinentes e oportunas – mas não parecem insuperáveis, nem podem servir para descartar-se a alternativa de **governança**, em favor de um estado de coisas que, sabidamente, apresenta outras deficiências. (VALLE, 2011, p. 47, grifo nosso).

Cabe aqui contra-argumentar tais críticas de maneira pontual, a fim de afirmar suas vantagens em relação ao modelo até então solidificado e restritivo.

Ao que denomina crítica da *erosão da democracia representativa*, Valle responde com a afirmação da democracia participativa. Ora, o paradigma democrático não admite a sua manifestação somente na faceta representativa. É o que já se expôs quando se discorreu acerca das transformações paradigmáticas que levaram à assunção de um modelo de Estado Democrático Constitucional. Por isso, ainda que se operem conflitos, a resposta reside na soma das duas formas de manifestação da democracia, representativa e participativa, complementares e não incompatíveis. Explana a autora: “Soa paradoxal, portanto, o argumento contrário à participação cívica e democrática da cidadania (representada), porque isso supostamente acarreta o risco de desprestígio à legislatura (representante)” (VALLE, 2011, p. 48).

O mesmo entendimento é perfilhado por Chevallier (2009), para quem os procedimentos próprios da democracia representativa tendem a ser reforçados pela deliberação, distanciando-se da ideia de monopólio deliberativo tradicional dos representantes eleitos. Essa tendência, contudo, não afasta o modelo clássico representativo, mas flui em seu meio.

Tampouco se compartilha da ideia crítica à participação de que há, no corpo social, um suposto desinteresse no esforço de implementação da cidadania administrativa. A crítica repousa lastros no ceticismo quanto aos benefícios do processo de participação, no despreparo e nas dificuldades de mobilização, que teriam o condão de diminuir o foco na democracia participativa e tornar a sociedade *indiferente*.

Moreira Neto (1992) também trata dessa indiferença social, identificando-a como um fator cultural de motivação psicossocial *do homem* para a participação, quando ensina sobre as condições para a participação: a *admissibilidade* (fator

institucional de oferta de estrutura para a participação) e a *motivação* (fator psicossocial para a participação) O autor afirma que essa inércia política é identificada em um *estrato apolítico*, em que se concentram os avessos à participação, subdividido em três níveis: *apatia*, *abulia* e *acracia* políticas, fenômenos da ciência política ligados ao afastamento do cidadão da vida pública que impedem o aperfeiçoamento democrático. Explica ele que a apatia política é a falta de sensibilidade, de interesse para com o político; a abulia é a falta de desejo de atuar politicamente, hipótese em que o interesse não motiva suficientemente para a ação; por fim, a acracia é a falta de condições para agir na prossecução de interesses políticos, o que se relaciona diretamente à falta de consciência cidadã (MOREIRA NETO, 1992). Como consequência desse desinteresse político, há uma tendência de aceitação incontestada de tudo que vem do “Estado”, além do risco de abertura de espaços “para as falsas lideranças, para o extremismo, para a demagogia e para o aventureirismo políticos, que constituem a patologia dos regimes democráticos” (MOREIRA NETO, 1992, p. 23).

Entretanto, vale repisar que a democratização do espaço público e da gestão faz imperiosa a operacionalização de espaços e instrumentos de comunicação a partir da atuação prévia da Administração na correção de distorções sociais, econômicas e culturais, na busca pelo incremento do nível de consciência cívica capaz de engajar o corpo social e permitir a cooperação do cidadão.⁹³ Somente uma sociedade autônoma dispõe de meios para atuar pronta e efetivamente na coisa pública. Desse modo, é parte da competência do Estado instituir e ofertar conhecimento e ampliar as potencialidades dos atores sociais para estimular seu engajamento no modelo ideológico de governança.

Chevallier (2009) destaca que é preciso que se desenvolvam fórmulas diversas de participação, centrando a relação administrativa em torno dos direitos dos cidadãos e apelando para a sua participação ativa.

Além da necessária elevação da autonomia privada, está entre os obstáculos a serem vencidos para o exercício da cidadania administrativa o déficit de conhecimento e de técnica. O que remete à identificação do princípio da transparência administrativa, fundamental à atuação administrativa pública estatal, passível de concretização através da publicidade (informação) e da ampla motivação.

⁹³ Em opinião contraposta encontra-se Dias (2003), no sentido de que a abertura de canais de participação na esfera pública não deve ser feita com a “iniciativa” da Administração Pública, mas sim partir dos cidadãos, que devem conscientizar-se do papel de participantes da vida pública.

Significa dizer que sobre os gestores públicos pesa o encargo de incentivar a participação e o exercício rotineiro da cidadania e da autonomia política, institucionalizando espaços dialógicos procedimentalizados, suprimindo deficiências sociais, econômicas e culturais e ofertando ampla e irrestrita informação sobre seus atos e estrutura organizacional. Ao cidadão é dado saber sobre os atos e fatos que circundam a ação pública e, procedida a decisão sob tal desiderato, impõe-se a motivação adequada jurídica e moralmente.

A amplitude e a qualidade das informações disponíveis aos sujeitos ativos do processo de decisão política dará o tom à efetiva participação democrática na formação da vontade estatal. E os atos de gestão pública, resultantes desse processo dialógico e construtivo, serão a emanção de uma vontade pública adequadamente motivada – ônus de argumentação técnico-jurídica (MIRAGEM, 2011), que conduz ao entendimento acerca das decisões formatadas e tem como lastro o conteúdo advindo das manifestações trazidas no processo de participação dos administrados.

São pertinentes as palavras de Valle, para quem a mesma crítica de que há desinteresse social pode ser feita a um modelo não participativo, meramente representativo: “O processo há de ser de construção da cidadania – sem vezo paternalista, que exclua as possibilidades de escolhas, com o subterfúgio de protegê-la contra as ‘próprias incompetências’” (VALLE, 2011, p. 51).

Finalmente, ao defender a ideia de abertura democrática da Administração, com a formulação de uma noção de cidadania administrativa, não se está a comungar com qualquer movimento de esvaziamento do Estado ou de assunção de certa neutralidade nas ações públicas estatais. Ora, se se debruçar sobre um conceito nocional de governança,⁹⁴ visto como um esforço agregador dos valores decorrentes da participação da cidadania, o Estado é sujeito imprescindível como ordenador e garantidor desse processo inclusivo, que intenta a colaboração dos diversos envolvidos para uma vontade coordenada. Dito isso, a cidadania administrativa resguarda os elementos essenciais da figura do Estado, único ator capaz de superar oposições inconciliáveis e ofertar o conhecimento da máquina administrativa, sem os quais a função administrativa e coordenadora pode se inviabilizar. O Estado pós-moderno e democrático não deixa de ser Estado, guarda, assim, a forma e os atributos de um Estado, ainda que sua lógica se encontre modificada (CHEVALLIER, 2009).

⁹⁴ Termo já estudado no tópico que disserta acerca do marco teórico deste estudo e sobre o tema desenvolvido neste capítulo.

Vale dizer, consoante Chevallier (*apud* VALLE, 2011, p. 53), que:

A governança jamais prescindirá do Estado – mas certamente exigirá um conjunto de novos atributos para o desenvolvimento dessa função que exige proximidade, capacidade de arbitrar conflitos, tudo na trilha do estabelecimento de condições propícias à elaboração de um justo equilíbrio entre os interesses sociais, públicos e privados.

Assim também caminha Barroso, ao afirmar que a redefinição do Estado e sua conformação a princípios jurídicos constitucionais e valores democráticos não lhe imputam uma significância secundária:

Mesmo quando se fala em centralidade de direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas na proteção frente à atuação abusiva dos particulares.

O Estado, portanto, ainda é protagonista na história da humanidade, seja no plano internacional seja no plano doméstico. (BARROSO *in* SARMENTO, 2005, p. x)

As questões que implicam a tomada de decisões sobre assuntos e temas de interesse público e geral, não podem ser reduzidas a soluções e debates de cunho eminentemente técnico e burocrático, afastadas as influências do cidadão comum. Portanto, revitalizar a democracia é construí-la a partir dessa consciência e mobilizar todo o potencial de racionalidade comunicativa dos cidadãos.

Sendo assim, uma maior consecução dos ideários democráticos, somados ao capital social fomentado pela governança, formam um lócus de desenvolvimento de um Direito social horizontalizado (condensado) entre o grupo e o Estado. (HERMANY *in* REIS & LEAL, 2008, p. 2412)

No contexto democrático, o Estado está presente como responsável pelas políticas e serviços públicos, mas não é mais o único responsável pelo desenvolvimento e pela sustentabilidade da sociedade.

Entremeada a tais premissas – de participação e da concepção pós-moderna de cidadania, de inclusão nos centros de poder, elevando o conteúdo emancipador da democracia e de soberania popular –, incorpora-se a larga inclusão dos sujeitos nos destinos da demanda pública. Constrói-se a noção da cidadania administrativa como elemento orientador do comportamento social e de autodeterminação política do cidadão, consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito, com os ditames da governança e com os princípios de *eficiência* e da *transparência* na Administração Pública. Por meio dessa cidadania administrativa, o indivíduo é capaz de

expressar seus anseios em um espaço público institucionalizado e procedimentalizado para o diálogo, e, então, vê-los relevados e incorporados pela Administração Pública.

A democracia pressupõe a existência de uma comunidade política, quer dizer, o fato de que os indivíduos que compõem a sociedade possam se reconhecer e se identificar pela referência a valores comuns: é essa comunidade que sustenta a instituição do poder e funda a sua legitimidade: é ela que torna possível a integração social, por via de superação dos particularismos e das singularidades. O vínculo político repousa, portanto, sobre uma consciência mais difusa de pertinência, tocando as próprias raízes de identidade individual e coletiva, que traduz o conceito de cidadania. Conceito central e fundador, sobre o qual foi construído no ocidente o vínculo político e, para mais além, o liame social, a cidadania aparece como o verdadeiro cimento da sociedade, aquilo que liga os seus diferentes elementos constitutivos e lhe permite permanecer unida. (CHEVALLIER, 2009, p. 196-197)

Por óbvio que a assunção de um ideário de governança com exercício de cidadania administrativa e ampla participação social demanda uma mudança de paradigma e se consubstancia em um movimento de construção de um novo molde de gestão pública e de ação estatal. No entanto, as dificuldades para implementar um modelo participativo democrático não podem ser tomadas como empecilhos aos avanços, mas como propulsores de um processo de evolução gradual. E o primeiro passo para sua admissão é sua previsão legislativa e seu enraizamento na cultura administrativa. Como aqui já se expôs, a participação é um fenômeno que exige a formação de cidadania com o foco na sociedade, tanto quanto nas ações públicas, para permitir a motivação em desenvolver atos responsáveis de intervenção na esfera pública.

Nas palavras de Moreira Neto (1992, p. 189-190):

Até alcançarmos o modelo idealizado, proposto pela vinheta que ilustrou a introdução deste trabalho, será necessário, no Brasil, como em qualquer país em vias desenvolvimento, que a educação escolar não apenas desenvolva a pessoa como o cidadão.

[...]

Se é certo que só se aprende política exercitando os direitos políticos, o *learning by doing*, dá a dimensão pedagógica da democracia, não é menos certo que o aprendizado é um processo cultural, que exige tempo e paciência para vencerem-se as etapas necessárias para a plena e sadia conquista dos institutos de participação.

A efetividade da participação, entretanto, demanda “proximidade” (CHEVALLIER, 2009), e também um esforço de descentralização e desconcentração administrativas de modo a aproximar o nível de decisão aos administrados e construir unidades administrativas próximas dos problemas a serem resolvidos.

A partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito, em que a gestão pública adote o ideário de governança, é possível determinar modelos de gestão pública permeáveis à influência dos cidadãos e, portanto, eficientes na condução das políticas públicas, como aquela voltada à realização do direito fundamental à saúde. É o esforço por eficiência na gestão que direciona a Administração Pública a definir modelos de atuação consensualizada e participativa, capazes de enfrentar a realidade da judicialização da saúde.

5 A PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

5.1 Definição de autotutela administrativa

A autotutela é definida pelo Direito Administrativo como o poder-dever de a Administração rever seus atos e comportamentos considerados equivocados, a fim de restaurar sua legalidade e sua regularidade. É um desdobramento dos princípios constitucionais administrativos expressos da legalidade, da moralidade e da eficiência⁹⁵ e se encontra inserida entre os mecanismos de controle da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2002).

No entendimento de Carvalho Filho (2002), controle é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, por meio dos quais é possível fiscalizar e rever a atividade administrativa. Tem natureza de princípio fundamental da Administração Pública e pode ser classificado quanto à natureza do controlador (legislativo, judicial ou administrativo), quanto à extensão do controle (interno ou externo), quanto à natureza do controle (de legalidade ou de mérito), quanto ao âmbito da Administração (por subordinação ou por vinculação), quanto à oportunidade (prévio, concomitante ou posterior) e quanto à iniciativa (de ofício ou provocado).

A autotutela compreende um controle administrativo interno que considera a análise de aspectos de legalidade, de conveniência e de oportunidade de atos administrativos provenientes da mesma estrutura de Poder, a fim de aferir se o ato praticado se encontra eivado de vícios que o tornam ilegal, pelo que deverá ser anulado; ou inoportuno, pelo que se deve definir pela conveniência de sua manutenção determinando sua correção, ou de sua retirada do mundo jurídico através de um ato de revogação (CARVALHO FILHO, 2002).

Originariamente considerada, dentro da própria estrutura administrativa, um poder-dever de revisão interna de atos ilegais ou inoportunos, a autotutela está consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conforme o enunciado das Súmulas n. 346 e 473:

Súmula 346: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (BRASIL, 1963)

⁹⁵ Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 1969)

A autotutela configura um meio de a Administração zelar pela licitude de seus atos e comportamentos em favor de uma célere recomposição da ordem jurídica e da readequação ao interesse público, entendido sempre como aquele surgido no seio da sociedade e correspondente ao paradigma de Estado Democrático de Direito. E Estado Democrático de Direito é paradigma que impõe a eficácia de ordem jurídica constitucional e o direcionamento da estrutura pública e privada para a promoção de direitos fundamentais. Portanto, toda a estrutura administrativa se move no sentido de redesenhar seu comportamento em busca da efetividade dos direitos fundamentais e se reinventa, traçando novos moldes de atuação que se adequam ao modelo constitucionalizado de democracia participativa.

Dito isto, a autotutela administrativa assume papel de fundamental importância num contexto em que é necessário abrir espaços dialógicos dentro da estrutura administrativa.

A autotutela administrativa, em um cenário democrático constitucionalizado e de um ideário de governança, redefine seus fins e passa a ostentar um caráter que supera sua concepção meramente revisional, mas impõe a prevenção de reflexos funestos de atos equivocados no seio da sociedade.

É o que defendem Landi e Potenza (*in* CARVALHO FILHO, 2002), ao anotarem a insuficiência de um comportamento administrativo que almeja exclusivamente sanar vícios, sendo necessário que também a Administração os previna, tendo sempre como pressuposto sua adequação ao modelo constitucionalizado de sociedade.

Nesse contexto, é possível erguer uma definição mais ampla da autotutela como um poder-dever de a Administração Pública zelar e controlar – *a posteriori*, concomitante ou preventivamente – seus atos, condutas e atividades, com vistas a evitar lesão aos direitos de terceiros, com escopo de restaurar a juridicidade, de atender ao interesse público e de efetivar os direitos fundamentais (PARADA, 2013).

Nas palavras de França (2011), entende-se a autotutela ou o autocontrole administrativo enquanto o dever da Administração de exercer supervisão sobre seus atos

não coincidentes com valores constitucionais e com a garantia constitucional da “boa administração”.

5.2 Escopos da participação na Administração Pública e a procedimentalização da autotutela administrativa no combate à judicialização da política de assistência farmacêutica

Uma vez compreendida a autotutela administrativa e conformada sua definição consoante os paradigmas democráticos, é possível estabelecer sua importância como um instrumento alternativo de solução de conflitos advindos do fenômeno da judicialização da saúde, mais especificamente da assistência farmacêutica. E a realização da autotutela administrativa na sua concepção de análise preventiva da adequação dos atos administrativos aos ditames constitucionais, demanda a procedimentalização de espaços dialógicos de participação social para a avaliação da juridicidade dos atos e comportamentos administrativos afetos à concreção da política pública de assistência farmacêutica.

Os escopos atribuídos à participação da sociedade na administração pública dirigem-se à formação de um conceito ativo de cidadania, sobre o qual se dissertou antes, e cumpre o propósito de realizar a democracia, com lastro em uma administração baseada no ideário de governança.

Pode-se sistematizar os fins almejados por uma participação efetiva conforme a orientação de Martins Júnior (2010). O autor afirma que a participação popular na Administração Pública está umbilicalmente ligada ao princípio de transparência e, assim, apresenta diversas finalidades: exerce o controle e a fiscalização social, dá o parâmetro de juridicização e de racionalidade na tomada de decisões, na medida em que abraça os demais princípios administrativos no seu comportamento (moralidade, razoabilidade, eficiência, imparcialidade, legalidade), renova o modelo de administração e reformula a sua relação com a sociedade, dá efetividade aos direitos fundamentais e legitimidade de sua atuação pelo compartilhamento na condução política do espaço público.

Uma vez que possui relação instrumental com a transparência, a participação aperfeiçoa a gestão pública e a aproxima dos ditames constitucionais democráticos de envolvimento social no espaço público. Daí a importância de estudar as alterações paradigmáticas pelas quais o Estado pós-moderno passa até atuais dias.

Não bastasse isso, a participação permite um aprofundamento técnico e jurídico das decisões quando estabelecidos instrumentos de oitiva e apreciação de argumentos diversos apresentados pelas tantos atores sociais. Daí o tom de eficiência administrativa que se mencionou.

Diga-se, ainda, que a contribuição da sociedade no processo de tomada de decisão realiza a noção de interesse público como sendo aquele advindo dos meios sociais, aquele almejado pela sociedade e fim de toda atuação pública, na medida em que dá a conhecer os anseios e interesses, ainda que antagônicos e divergentes, que amarram a sociedade plural e complexa. A participação tem o condão, não menos importante, de corrigir disfunções, organizativas e burocráticas, proporcionando o consenso (MARTINS JÚNIOR, 2010).

Entre todas essas finalidades, a participação opera uma abertura da Administração Pública e minimiza os efeitos sociais e econômicos deletérios da mídia que se oportuniza no desconhecimento. Sobre a participação social no seio da Administração Pública, ensina Martins Júnior (2010, p. 3380):

É o antídoto institucional à periculosidade da participação oculta pelo princípio ativo da igualdade de visibilidade de acesso, fatores de entrosamento com a moralidade administrativa e a consecução objetiva e imparcial do interesse público.

Outros autores discorreram sobre o tema, como Siendentopf (*apud* SOARES, 1997), que bem sintetizou os objetivos da participação dos cidadãos em seis categorias: a) racionalização das decisões administrativas por meio de uma informação melhor e disponível; b) previsibilidade do cidadão quanto ao conteúdo das decisões administrativas; c) vontade reforçada da ação administrativa por meio da publicidade e transparência; d) maior legitimação da decisão administrativa tomada; e) integração do cidadão e grupos de cidadãos à decisão administrativa tocada pelo bem comum; f) desenvolvimento da autodeterminação e da emancipação do cidadão na sua comunidade.

Baseado nessa sistematização, Duarte (1996) propõe a ordenação dos objetivos da participação em torno de três eixos principiológicos: princípio democrático (racionalização das decisões e controle da ação administrativa proporcionada pela abertura e transparência); princípio do Estado de Direito (previsibilidade do conteúdo da decisão pelo particular e possibilidade de defesa em tempo útil) e princípio do Estado

Social (integração dos indivíduos na decisão do bem comum e desenvolvimento da sua autodeterminação e emancipação social).

Aos escopos listados e sistematizados pelos autores mencionados acresça-se o papel que a participação exerce na busca pela melhor decisão possível para o caso concreto, aquela deliberada mediante cooperação de todos os interessados, afastando-se um modelo impositivo unilateral, impassível de sofrer influências. A melhor decisão possível, de fato, é a única que reconhece os interesses envolvidos e, consensualmente, busca atender os direitos fundamentais e as premissas constitucionais com eficiência.

A participação do cidadão nos processos decisórios torna claro o que sem ela seria feito em ambientes fechados e restritos. A participação de cidadãos em conselhos, a execução de parcela do orçamento de acordo com votação popular, a realização de consultas e audiências públicas para debates sobre assuntos relevantes da vida em comunidade, entre tantos outros canais participativos, tornam a atividade administrativa mais transparente, na medida em que o público passa a conhecer e a ter acesso aos meandros burocráticos, podendo expor suas considerações e influenciar na tomada de decisões. Embora não seja o objetivo principal perseguido pela participação, a transparência é inerente ao fenômeno participativo. Por isso, parece correto afirmar que a Administração que se abre à participação, no mínimo, expõe sua estrutura e publiciza sua intenção, o que se revela um interessante contraponto às críticas apostas à participação.

Portanto, destaque-se que se está diante de um modelo que densifica a transparência na ação administrativa e que permite a ampliação dos espaços participativos através do exercício de uma cidadania administrativa ativa, ampliam-se os mecanismos de controle da Administração, externos e internos, em esforço para combater a corrupção e a centralização de poder, o arbítrio e o desperdício de recursos públicos e de recursos humanos.

A importância da transparência no processo de democratização da administração pública, tendo como premissa o ideário de governança, foi bem tratada por Pires (2011) para quem a transparência é pressuposto de um ação pública democrática.

Boa fé é o pilar sobre o qual devem sustentar os instrumentos de promoção da transparência. Aliás, os instrumentos de promoção da transparência que devem fomentar a boa-fé. A diminuição da opacidade das instituições públicas não se faz com a exposição dos miasmas, mas, antes, com o fomento à confiança. Ensina o gênio dos anexins que confiança não se impõe, conquista-se. Conquistá-la é, pois, o horizonte que se deve ter em mira. Cativar o sentido de pertencimento à cidadania, cultivar o civismo e o

humanismo. Ir além da divulgação dos frios holerites de execução orçamentária, que pouco ou nada dizem ao cidadão, tampouco se prestam a bons frutos as penas simbólicas e a execração pública dos ditos corrompidos. (PIRES, 2011, p. 72)

Anastasia (2011) realça a importância do diálogo e da transparência na (re)construção do Direito Administrativo no paradigma do Estado Democrático de Direito, efetivamente comprometido com a cidadania plena e a participação cidadã para a descoberta do interesse público constantemente transformado pela complexidade social. Ao final do ensaio, lembra o professor a saudosa lição de Paulo Neves de Carvalho: “ou o Direito Administrativo serve para a vida ou ele não serve” (CARVALHO *apud* ANASTASIA, 2011, p. 9).

É nesse contexto de abertura da Administração Pública à participação social e ao compartilhamento de decisões com os cidadãos que se insere o objeto do presente estudo.

É possível asseverar que a autonomia, essencial ao conceito proposto de cidadania administrativa e responsável, demanda o reconhecimento e o respeito à dignidade humana (eficiência administrativa),⁹⁶ através da realização dos direitos fundamentais constitucionais e se realiza em um espaço argumentativo e dialógico, fazendo-se mister que se institucionalizem espaços dialógicos procedimentalizados.

Está-se referindo a um procedimento administrativo para além de uma concepção meramente formalista,⁹⁷ mas como um instrumento capaz de garantir a objetividade e imparcialidade na formação da vontade administrativa, por meio da participação dos interessados, uma relação jurídico-procedimental (NETTO, 2012).

A concepção de um procedimento juridicamente formado capaz de permitir a efetiva participação cidadã nos espaços públicos não tem previsão na Constituição da República de 1988; sua aceitação demanda um estudo sistemático do ordenamento jurídico pátrio, tanto quanto o reconhecimento de sua essencialidade no caminho participativo de formação da vontade administrativa, inserindo, no âmbito da esfera administrativa, o devido processo legal (NETTO, 2012).

⁹⁶ Vale lembrar, como já se expôs em notas anteriores, que o que se define como eficiência administrativa é a diretriz de ação voltada ao reconhecimento e valoração da dignidade humana.

⁹⁷ O formalismo que se tenta evitar é aquele que possui caráter ordenador, organizador e disciplinador, destituído de finalidade e sentido. Consoante ensinamentos de Oliveira (2006), o formalismo, assim como o processo de que é ferramenta, deve ser sempre polarizado pelo fim e é indissociável de reflexão.

Com fundamento nesse princípio, é que se afirma que a efetividade do direito à participação e a concepção de uma cidadania administrativa demanda a disciplina de um procedimento ordenado e justo de expressão da vontade dentro do espaço público.

A procedimentalidade na formação do direito é o que lhe atribui legitimidade, juridicidade, com a concretização de garantias como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e pressupõe que os atores e sujeitos da norma façam parte do debate acerca de sua elaboração. Portanto, essa procedimentalidade mostra-se necessária à efetividade/eficiência administrativa, porquanto a ausência de um procedimento administrativo permite que se desenvolvam ideias informais extremadas com o potencial de comprometer a moralidade, a impessoalidade e razoabilidade administrativas (CARVALHO, 2008).

Netto (2012) elenca como elementos imprescindíveis, porém não exclusivos e taxativos, para a garantia da participação procedimental: o *aviso*, a *informação procedimental*, a *previsão normativa de meios “participatórios”*, a *audiência* e a *assistência*.

O aviso consiste em dar ciência aos interessados sobre determinado procedimento e fornecer as informações de que precisam para seu acesso. A informação procedimental se consubstancia no direito de publicidade *erga partes*. A previsão normativa de meios participativos significa a previsão de instrumentos que permitam ao particular formalizar sua manifestação, juntando alegações e documentos, e a possibilidade ampla de produzir provas em favor de seus argumentos durante o procedimento. A audiência, por sua vez, é o auge do procedimento como proposto; nessa oportunidade procedimental se dará o diálogo. Por fim, a autora defende que a natureza dos interesses envolvidos e o tipo de procedimento adotado podem demandar que o interessado seja assistido por profissional especializado, seja um advogado, seja um perito em área diversa do conhecimento. Tal conduta se conforma com o direito de se fazer acompanhar em prol de um melhor resultado da participação (NETTO, 2012).

Em suas conclusões finais, a autora leciona:

No quadro do Estado de Direito Democrático e Social a procedimentalização da atividade administrativa e a participação administrativa procedimental são imposições jusfundamentais inafastáveis, mas não basta criar previsões normativas de procedimento e de participação, é preciso estruturá-las segundo as exigências dos direitos fundamentais e a axiologia que imprimem à ordem jurídica. (NETTO, 2012, p. 190)

Os processos administrativos devem ser transparentes, acessíveis aos cidadãos, permitir-lhes acompanhar a tomada de decisão administrativa e, mesmo na presença de incertezas e controvérsias, possibilitar-lhes aferir se a decisão se mostra racional e justa. Tais medidas ou providências estatais tendem a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Quando a Administração Pública se permite permear pela realidade da sociedade, desenhando espaços dialógicos e criando estruturas procedimentalizadas de acesso à informação e de manifestação de vontade, que serão considerados na elaboração de atos e comportamentos administrativos, implicando uma decisão tomada sob o crivo do diálogo e da concertação social; ela está se harmonizando com os ditames do paradigma democrático e da governança.

Diante de uma realidade contenciosa de judicialização de políticas públicas, em que a administração do contingente judicializado é um desafio e milita em desfavor da efetividade de direito fundamental à saúde, produzindo conflitos jurídicos em escala massificada, é necessário viabilizar outras possibilidades de solução de conflitos que concretizem direitos fundamentais, ao mesmo tempo que definam um modelo de administração pública pautado na governança.

É muito menos restritivo e mais positivo que a própria estrutura administrativa do Estado se aperceba dos vácuos que existem na normatização acerca da assistência à saúde e permitam criar um espaço de autocontrole, onde se possam analisar os requerimentos no caso concreto. Trata-se de erguer uma forma sistematizada administrativa em que o próprio Estado estabeleça em um procedimento o modo de captar as insuficiências e vácuos na realização do sistema.

A realização de um autocontrole administrativo através da procedimentalização de um espaço de debate pode estabelecer um desestímulo à judicialização, na medida em que permite um comportamento público pautado na eficiência. É o que defende Carvalho (2012a, p. 296), ao afirmar que: “A existência de procedimentos e de órgãos capazes de eficientemente responder às diversas demandas permite que as partes reflitam se a melhor saída é realmente levar o conflito ao judiciário”.

E a autora prossegue em sua explanação, ao discorrer sobre a eficiência na Administração Pública:

Cabe ao Estado otimizar resultados e maximizar as vantagens de que se beneficiam os administrados, mediante uma melhor utilização dos recursos públicos, substituição de mecanismos obsoletos, bem como uma maior produtividade e melhor qualidade nas atividades. Para tanto, é mister que

haja uma gestão com efetiva participação democrática, capaz de, senão evitar, diminuir a burocratização e lentidão administrativas e, ao mesmo tempo, de obter um maior rendimento funcional e rentabilidade social, sem desperdício de material ou de recursos humanos. (CARVALHO, 2008, p. 183)

A realização procedimentalizada de autotutela administrativa significa reconhecer a necessidade de a Administração Pública, por meio de sua estrutura, assegurar a correção de seus atos e comportamentos e se concretizar em uma alternativa de combate à judicialização de conflitos sociais, entre eles os que debatem o direito fundamental à saúde.

Como leciona Chevallier, o Judiciário encontra-se saturado e, ainda que se reconheça sua essência democrática na solução dos conflitos sociais, modelos alternativos de composição de conflitos adquirem importância crescente:

Todas essas medidas não poderiam ser consideradas como indicio de um movimento de des-judicialização: trata-se, ao contrário, de permitir ao aparelho judiciário funcionar, favorecendo a composição amigável dos litígios [...] (CHEVALLIER, 2009, p. 132-133)

A instituição de um espaço próprio dentro da estrutura administrativa, em que os cidadãos possam apresentar seus interesses e o Poder Público possa analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas pertinentes, viabiliza a formação de uma decisão estatal devidamente fundada na realidade, nas normas e nas demandas dos interessados, evitando a manutenção de escolhas preliminares equivocadas e insuficientemente fundamentadas, permitindo a correção de erros e adequando o comportamento público ao ideário de governança e de democracia (CARVALHO, 2012a).

Como observa Mancuso (2010), permite-se a avaliação se, ao fim, “vale a pena” judicializar o conflito, considerando-se o contexto de duração excessiva e indefinida do processo, a angústia ante a imprevisibilidade do desfecho, a pendência do estado litigioso sobre a coisa ou a relação jurídica, bem como a incerteza quanto à real efetividade prática do comando após o trânsito em julgado.

Sintetizando os benefícios de um exercício procedimentalizado da autotutela, Carvalho (2012a) expõe que:

1. O método tem o potencial de garantia célere da juridicidade e de viabilizar a coleta de dados técnicos e objetivos que embasem a decisão administrativa, o que implica maior segurança jurídica para os cidadãos e órgãos envolvidos;
2. A possibilidade de o Estado evitar uma deliberação em caráter definitivo viciada e em descompasso com a Constituição;

3. Cada litígio que deixa de ser levado ao Poder Judiciário, por obter solução adequada na via administrativa, equivale a uma outra demanda, cujo julgamento poderá ocorrer de forma mais célere, justa e eficiente, o que é de interesse da sociedade e do Estado;

4. Há redução dos custos com verbas honorárias, estruturação da representação dos entes administrativos e dos gastos com a prestação jurisdicional;

5. Na hipótese de o debate permanecer na via jurisdicional, o Poder Público terá como apresentar os sólidos fundamentos que embasaram sua recusa, facilitando a defesa por parte do órgão de representação judicial, a fiscalização pelos órgãos controladores, bem como a própria prestação jurisdicional.

É fundamental esclarecer que a ideia não é a de que se criem óbices ao acesso à justiça mascarados na forma de um tipo de condição de ação que imponha o necessário prévio esgotamento das vias administrativas, o que, diga-se, já restou rechaçado pelos tribunais. Certo é que o inconformismo com a decisão tomada, mesmo após o procedimento da autotutela administrativa, é passível de ser questionado na via jurisdicional.

No mesmo diapasão, Mancuso (2010, p. 92-93) observa:

Os chamados meios alternativos ou complementares, ou ainda equivalentes jurisdicionais, não visam, direta ou indiretamente, concorrer (no sentido de disputar espaço) com a justiça institucionalizada, mas antes, e precipuamente, se oferecem como estradas vicinais por onde podem e devem transitar os conflitos que, por sua singeleza, valor envolvido, opção dos interessados ou outro critério consistente, consentem resolução fora e além da estrutura judiciária estatal. Se porventura não resulte dirimido o conflito nesses patamares intermediários, ele restará, quando menos, melhor definido e maturado, pavimentando o caminho para que as partes decidam com mais segurança o que fazer, o que não exclui, em *ultima ratio*, o ajuizamento da demanda. [...]

Aliviada a justiça estatal do peso das controvérsias resolúveis por outros meios, é razoável esperar, como externalidade positiva, que os juízes e Tribunais tenham mais tempo para o exame e deslinde de temas realmente afeiçoados à jurisdição estatal, que demandem cognição ampla no sentido da extensão e exauriente, no sentido da profundidade [...].

5.3 Uma proposta de autotutela administrativa na saúde para o Estado de Minas

Gerais

Reconhece-se que a política nacional de distribuição de medicamentos, se ainda não atingiu patamares ideais quanto às necessidades da população, já se mostra digna de reconhecimento, principalmente se comparada à de outros países com características

semelhantes às do Brasil (FIGUEIREDO, M., 2007). Entretanto, é cediço que o tema do fornecimento de medicamentos envolve problemas profundos e um debate complexo, que supera a qualidade da política de assistência farmacêutica já estabelecida. Assim, conquanto seja possível afirmar que não há omissão estatal em relação ao estabelecimento de uma política de medicamentos, é necessário reconhecer que ela não é suficiente para as demandas que a sociedade apresenta. Ainda, que a Administração Pública deve se tornar permeável ao debate para além do que resta estabelecido e realizar um procedimento de avaliação dos interesses plurais na própria sede administrativa, com celeridade e eficiência, em vez de relegar as soluções ao Judiciário.

Não há dúvida de que todos os aspectos em debate quando se tratou da judicialização e de suas objeções são melhor equacionáveis em sede de autotutela administrativa, no lugar de centenas de milhares de ações processadas, de modo isolado, em Juízos diversos, com claro risco de perda da visão sistêmica da política pública.

É preciso definir a forma de prestação, o montante e as condições para a fruição dos direitos, entre outros fatores, em apreciação conjunta com outros valores e direitos em contrário, bem como com diferentes pressupostos ou dados reais: os recursos humanos e materiais disponíveis; a distribuição dos bens e da riqueza; o estilo de vida etc. Afinal, direitos possuem conteúdo dinâmico, sofrem influxos de transformações sociais e econômicas de cada momento histórico, o que se acentua em se tratando de prestação de serviços públicos de saúde, sujeitos a transformações e evoluções científicas diversas, bem como à capacidade econômica do Estado que implica o estabelecimento de prioridades de modo organizado (FRASCATI, 2007).

A pertinência do tema foi objeto de análise do II Encontro do Fórum do Judiciário para a Saúde, realizado no ano de 2011 pela Justiça Federal, em que se sugeriu que os Comitês Executivos estaduais criassem “Núcleos de Apoio Técnico”, seja através da análise de viabilidade da utilização de núcleos já existentes, seja por meio da criação de um novo núcleo, composto por médicos do Estado, selecionados a partir de um esforço comum do Judiciário e do Conselho Regional de Medicina (CRM), mediante convênio (CARVALHO, 2014).

É possível elaborar um modelo de ação que assumira tais contornos no âmbito das Secretarias Estaduais de Saúde.

Em Minas Gerais, a Consultoria Jurídica da AGE elaborou uma proposta para que fossem criadas Juntas Administrativas da Saúde (JAS), com competência para receber, processar e decidir acerca de pedidos, reclamações e impugnações de cidadãos

que não obtiverem assistência médico-hospitalar ou acesso a medicamentos prescritos regularmente.

A Junta seria auxiliada por Câmaras Técnicas, com aptidão para realizar análises técnicas dos pedidos dos cidadãos, bem como elaborar pareceres que avaliem as condições dos serviços de saúde nas unidades do Estado, visando, entre outros fins, ao aperfeiçoamento dos tratamentos médicos e de saúde disponibilizados pelo Estado aos cidadãos. Também teriam como função servir de apoio técnico diretamente ao Judiciário, mediante a celebração de convênios.

A proposta inicial apresentada na AGE delinea Juntas centralizadas na sede da Secretaria de Saúde, com função revisional dos pedidos negados na via administrativa.

Neste estudo, considera-se que tal modelo merece ampliação e aperfeiçoamento, a fim de prestar célere atendimento, desburocratizar o sistema e atender, com isso, a uma demanda de autotutela preventiva. Portanto, recomenda-se que as Juntas de Saúde deveriam ser organizadas a partir de um modelo de descentralização administrativa, nas localidades onde houver Regionais estaduais de saúde, o que otimizaria o atendimento e o tornaria mais efetivo, tanto quanto célere.

Determinado pedido será avaliado com maior presteza, adequando o sistema de atendimento administrativo e viabilizando a adaptação da política pública de assistência farmacêutica a situações específicas, pela própria Administração, o que importará numa autotutela administrativa concretizadora de maior eficiência.

A par do exposto, é necessário que se estabeleça um modelo desburocratizado de solicitação direta de medicamentos nas Regionais Estaduais de Saúde, com prazo máximo para apreciação de quinze dias, com vistas ao atendimento mais célere dos pleitos concernentes a medicamentos já constantes das listas de padronização do Estado. Assim, somente os pleitos referentes a medicamentos não constantes das listas organizadas no âmbito estadual ou que não atendam aos protocolos clínicos e de diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde seriam imediatamente remetidos às Juntas de Saúde para análise.

Do ponto de vista de sua estrutura de pessoal, as JAS seriam integradas por turmas colegiadas e multidisciplinares, cada uma composta por um número ímpar de membros, no mínimo três: um Procurador do Estado, um médico e um farmacêutico. Os integrantes devem ser servidores estáveis com atuação exclusiva na JAS.

A JAS também deverá contar com um estrutura administrativa, composta de servidores, técnicos e estagiários, responsáveis pelo trâmite administrativo em favor das turmas.

As Câmaras Técnicas de Saúde (CTS), por sua vez, seriam integradas por profissionais relacionados à área específica da saúde: médicos, farmacêuticos, enfermeiros, assistentes social, psicólogos.

De extrema importância para funcionamento do modelo é a elaboração de tecnologia em que se concentrem as informações afetas à tramitação administrativa dos pedidos apresentados às JAS e das solicitações de laudos às Câmaras. É importante que o sistema de tecnologia (*software*) desenvolvido permita um registro integrado das informações, de modo que todos os órgãos do Estado envolvidos na atenção à saúde, SES (sede e regionais) e AGE, terão acesso simultâneo a dados técnicos e objetivos acerca dos temas a serem tratados. Essa tecnologia permite um fluxo real e desburocratizado de informações, entre os órgãos do Estado, com economia de tempo, bem como o mapeamento das ações dos interessados, evitando fraudes e ações criminosas tanto quanto ensejando uma avaliação segura das demandas de cada região do Estado, de modo a auxiliar na elaboração de novas políticas de assistência à saúde.

A proposta demanda que haja um primeiro momento, de elaboração e estruturação dos atos normativos para a instituição dos órgãos; um segundo momento, para a convergência com a atuação da Defensoria Pública, por meio de convênios, de modo a dar visibilidade e prestigiar a nova conformação de atuação administrativa do Estado; um terceiro momento, em que se disponibilizarão os serviços das Câmaras Técnicas ao Judiciário, mediante convênio; e um último momento, quando deverão ser publicizadas, com cartilhas e orientações práticas, as novas conformações de atuação do Estado na área de saúde.

Trata-se uma proposta preliminar de atuação, plenamente exequível e em funcionamento em outros Estados, com adaptações claras de cada região. Certamente é necessário o debate do modelo para seu aperfeiçoamento e para a definição quanto aos atos normativos necessários para sua realização. Entretanto, a realidade da judicialização da saúde que se mostrou neste estudo requer a tomada de providências concretas e céleres antes de seu agravamento.

5.4 Relato sobre experiências bem-sucedidas de autotutela administrativa no Brasil

Neste tópico serão indicadas algumas práticas desenvolvidas com sucesso por entes federados brasileiros que adotaram a procedimentalização da autotutela (CARVALHO, 2012b).

5.4.1 Conselho de Administração de Pessoal Mineiro

O Estado de Minas Gerais possui a experiência de autotutela administrativa realizada pelo Conselho de Administração de Pessoal (CAP). O atual Procurador do Estado, Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos, publicou artigo explicitando a evolução na atuação do referido órgão, bem como alguns dos seus principais aspectos jurídicos (CAMPOS, 2008).

O CAP foi instituído e organizado segundo o disposto na Lei nº 4.594/67 (MINAS GERAIS, 1967). Originariamente era presidido pelo Advogado Geral do Estado e composto por um representante da Assessoria Técnico-Consultiva do Governador, um representante da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais –, dois servidores públicos estaduais escolhidos pelas respectivas associações de classe e dois técnicos de administração, indicados pelo Secretário de Estado da Administração, sendo que a um desses técnicos cabia a função de secretário executivo do órgão.⁹⁸ À exceção do Presidente, o mandato dos Conselheiros era de três anos, com possibilidade de renovação, não restringindo a norma o número dos mandatos que cada membro poderia exercer, ou seja, não havia disposição limitativa do número de vezes que um Conselheiro poderia ser reconduzido para composição do Plenário. Tal dispositivo foi mantido pelo Decreto nº 17.301/75 (MINAS GERAIS, 1975a) e teve vigência até a Lei Delegada nº 28/85 (MINAS GERAIS, 1985), que reduziu o mandato dos membros do Conselho para dois anos e limitou a possibilidade de recondução a apenas a uma vez (CARVALHO, 2012b).

Observe-se que, no primeiro momento, o Conselho foi considerado um órgão administrativo, ao qual competia decidir sobre as reclamações apenas dos servidores públicos estaduais contra os atos que afetassem os interesses e direitos funcionais; não havia extensão aos servidores das autarquias e das fundações públicas. Em 1975, com a

⁹⁸ A Lei nº 6.708/75 (MINAS GERAIS, 1975b), alterou o caput do art. 3º da Lei nº 4.594/67.

edição do Decreto nº 17.301, é que o CAP foi definido como órgão de jurisdição administrativa intermediária. Nesse momento, as funções de Conselheiro passam a ser declaradamente consideradas de relevante interesse público, e seu exercício, quando atribuído a servidor do Estado, passou a ser considerado prioritário em relação às atividades próprias do cargo de que é ocupante (*caput* do art. 4º do citado Decreto).

Através da Lei Delegada nº 28/85 (MINAS GERAIS, 1985), o Conselho passou a decidir reclamações dos servidores públicos civis do Estado e das autarquias estaduais, bem como dos aposentados. Outras introduções foram realizadas pela referida lei, tais como: exigência de título de bacharel em direito para os representantes da Secretaria de Estado da Administração e dois anos de inscrição na OAB/MG; limitação da escolha do representante da Assessoria Técnico-Consultiva do Governador ao Quadro de Consultores; exclusão da possibilidade de nomeação os servidores que detenham poder decisório em suas respectivas áreas de atuação; além da previsão de indicação de suplente para os Conselheiros.

Como bem explicita Campos (2008), trata-se de jurisdição administrativa intermediária, vale dizer, de uma instância recursal entre a primeira reclamação feita pelo servidor junto ao seu órgão ou entidade de provimento e a reclamação em grau de recurso final, a ser analisada pelo Governador do Estado em última instância.

O CAP foi definido como um órgão coletivo, cujo Plenário é paritário, composto por sete membros, a saber: Advogado Geral do Estado (Presidente), seis efetivos e seis suplentes designados pelo Governador, dentre estes um representante da OAB/MG, dois oriundos da SEPLAG, um da Secretária da Fazenda e dois servidores públicos, todos preferencialmente possuidores de títulos de bacharel em direito. Segundo Campos (2008, p. 36), “O CAP tem por incumbência acolher, analisar e decidir reclamações e pleitos dos servidores, na ativa e aposentados, das Secretarias de Estado, das autarquias e das fundações públicas, em relação a atos que afetem seus direitos funcionais”, donde se infere que não atinge servidores e empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas, nem possui atribuição disciplinar.

Destaca-se como importante tarefa do CAP a competência para propor ao Advogado Geral do Estado a edição de enunciados de súmulas administrativas, que funcionam não apenas como fonte jurídica orientadora/persuasiva, mas como fonte de Direito, a ser efetiva e obrigatoriamente observada no âmbito estadual:

A súmula administrativa pode ser considerada um dos mecanismos de aplicação da isonomia, na medida em que visa a uniformizar as decisões

sobre casos idênticos. Com efeito, a uniformização da jurisprudência administrativa evita as contradições nos julgados, evitando, por conseguinte, que casos idênticos sejam solucionados de maneiras diferentes e injustas. Não bastasse isso, as súmulas administrativas evitam a repetição de processos administrativos idênticos, eis que a sua observância pode inibir a instauração do litígio administrativo. Logo, a súmula administrativa funciona com um efeito intimidatório e pedagógico de práticas contrárias à Ciência Jurídica e ao interesse da própria Administração Pública, reduzindo o conflito de interesses. (CAMPOS, 2008, p. 39).

Com a redução dos conflitos de interesses improcedentes, tem-se melhor eficiência do serviço público, maior celeridade processual, efetivação do direito de todos à razoável duração do processo, com meios de garantirem celeridade de tramitação (art. 5º, LXXVII da CF/88, com redação dada pela EC nº 45/04), além de maior segurança jurídica, que confere estabilidade ao sistema, porquanto excluídas decisões sazonais em prol de interesses momentâneos divorciados do verdadeiro ideal de *justiça administrativa*.(CAMPOS, 2008)

Quanto ao trâmite dos processos no CAP, a norma determina que:

As atribuições do CAP começam pela reclamação de um servidor irressignado com a decisão de seu pleito negado por um agente público estadual da Administração direta, das autarquias ou das fundações públicas, sendo de 120 (cento e vinte) dias consecutivos o prazo para apresentação de reclamação ao Conselho, contados do dia seguinte ao que ocorrer a publicação no Órgão Oficial dos Poderes do Estado, do ato impugnado, ou, quando não publicado, de sua ciência por parte do servidor (art. 41 do RICAP).

A reclamação pode ser subscrita pelo próprio servidor ou por advogado habilitado com poderes especiais (procuração), sendo simples os requisitos exigidos: reclamação em 3 vias; dados informativos sobre identidade do reclamante, situação funcional, endereço correto; indicação do ato recorrido; exposição fundamentada do direito do servidor, declaração de que não postulou o mesmo pedido em juízo.

Há o dever de o reclamante informar ao CAP, todo o tempo, a existência de ação judicial de teor idêntico, no todo ou em parte, ao da reclamação; isso porque, evidenciada essa hipótese, ocorrerá extinção do processo administrativo sem análise do mérito.

Na ausência de ação judicial semelhante, autua-se o feito, com distribuição à assessoria para requisitar informações às autoridades e instruí-lo mediante diligências (preparação do processo para os Conselheiros julgarem).

Há previsão de relatório conclusivo, bem como informação sobre deliberações similares ou idênticas, para orientar Conselheiros a manter coerência nos julgamentos, sem prejuízo da lícita convicção.

Concluídos trabalhos da assessoria, o feito será distribuído ao conselheiro relator, que tem prazo de 30 (trinta) dias para análise, eis que até o final deste prazo deverá ser incluído em pauta de julgamento. (CAMPOS, 2008, p. 41-42)

Registre-se a previsão de julgamento semanal, com quórum de instalação de maioria absoluta (quatro membros), sendo que, proclamado o resultado da votação, o conselheiro não poderá mais modificar seu voto. Há previsão de cabimento de recurso

ao Governador, por parte do reclamante (se negado pedido) e por parte da Administração (se decisão favorável ao reclamante). Nesse segundo caso, o recurso é voluntário, ou seja, interposto pelo servidor que praticou o ato ou seu superior hierárquico. O prazo recursal é de trinta dias consecutivos, sendo possível apresentação de contrarrazões também no período de trinta dias, devido ao princípio da isonomia. Se a decisão do Presidente for favorável à Administração e este for vencido, o recurso será de ofício (verdadeiro reexame necessário administrativo). Se não for interposto recurso, a decisão transitará em julgado na esfera administrativa (CAMPOS, 2008).

Trata-se de experiência que pode ser reproduzida, com incremento de efetividade ainda mais significativo, em se tratando de autotutela administrativa no setor de saúde pública (CARVALHO, 2012b). Campos define bem as virtudes que verifica na implementação de mecanismos de controle administrativo interno preventivo na tutela de direitos:

O controle da Administração Pública é garantia de efetividade dos direitos fundamentais do ser humano e medida de sua eficiência. No contexto de um Estado Democrático de Direito a função do Poder Judiciário como limitador da atividade administrativa assume significativa relevância. Nada obstante, considerando a existência de matérias administrativas insindicáveis pelo Judiciário (mérito administrativo) e considerando o excesso de feitos em tramitação perante este Poder, a via judicial para solução de conflitos não pode ser a única, sendo necessários a criação, a manutenção e o fortalecimento de mecanismos de controle interno da Administração Pública, dentre eles os órgãos colegiados de solução de conflitos administrativos. (CAMPOS, 2008, p. 45)

5.4.2 Junta Administrativa de Indenizações de Porto Alegre

A Junta Administrativa de Indenizações do Município de Porto Alegre foi criada pelo Decreto Municipal nº 12.619/99 (PORTO ALEGRE, 1999), com competência para examinar os pedidos administrativos de indenização, decorrentes de danos causados pelos órgãos da administração centralizada do município a terceiros, segundo o art. 37, § 6º, da CF/88. Assim, resulta do art. 2º do referido Decreto a admissibilidade de reclamação direta ao Poder Público Municipal, sem necessidade de ingresso no Judiciário.

Tal órgão é composto de duas turmas, integradas por três Procuradores Municipais; sendo um deles sorteado como relator, enquanto os outros dois revisam o voto e manifestam sua opinião, submetida ao Procurador Geral do Município, autoridade que detém a palavra final (CARVALHO, 2012b).

O art. 2º, § 1º, do Decreto Municipal nº 12.619/99, prevê a competência da Junta Administrativa para diligenciar junto aos demais órgãos municipais, podendo, inclusive, requisitar a oitiva e o auxílio técnico de servidores municipais, a fim de instruir o procedimento administrativo de indenização. Constitui sua tarefa encaminhar as providências para apurar eventual falta funcional dos servidores envolvidos nos fatos, objeto de pedido indenizatório, nos termos da legislação disciplinar vigente, independente da procedência deste, bem como das medidas de exercício do direito de regresso em favor do Município (art. 2º, § 2º). Observe-se, ainda, que o art. 2º, § 3º, veicula delegação ao Procurador Geral da competência para deferir ou indeferir o pedido de indenização administrativa, cabendo pedido de reconsideração na espécie. No caso de deferimento do pedido de indenização no valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), da decisão caberá reexame necessário ao Prefeito Municipal (art. 2º, § 4º) (CARVALHO, 2012b).

Denota-se que o exame dos pedidos dá-se por um órgão colegiado, o que outorga maior transparência e segurança jurídica da decisão administrativa, bem como assegura a devida apuração dos eventos danosos, causas e conseqüências. Com efeito, para apuração de responsabilidade ressarcitória, é imprescindível o exame do nexa causal, que vincule o dano ao evento. (CARVALHO, 2012b, p. 38)

O pleito administrativo protocolado junto à municipalidade se processa da seguinte forma:

1. Apresenta-se pedido de indenização perante o Protocolo Central da Prefeitura.
2. O pedido é encaminhado diretamente à Procuradoria-Geral do Município, para distribuição à Junta (art. 7º).
3. Após distribuição do processo a um Relator, esse procederá a um exame preliminar do processo no prazo máximo de 30 (trinta) dias, determinando as providências que entender necessárias para instrução, inclusive a oitiva de servidores municipais, se entender necessário (art. 8º). Caso sejam solicitadas informações aos órgãos da Administração Municipal, o prazo máximo para resposta será de 15 (quinze) dias, nos estritos termos em que determina o § 2º do artigo 8º do Regimento Interno da JAI.
4. Incluído o processo em pauta para audiência de instrução, deverá ser notificado o requerente, sendo certo que, em caso da prova documental ser incontroversa, poderá ser dispensada a realização de audiência para coleta de provas testemunhais e depoimento pessoal do autor (artigo 9º, “caput”, § 1º e § 2º do Regimento Interno da JAI).
5. As decisões serão tomadas pelo voto da maioria dos membros da Junta (artigo 10).
6. Encerrada a produção da prova testemunhal, o relator decidirá, ouvidos os demais membros da Comissão, a respeito da necessidade de provas complementares, podendo, inclusive, solicitar orçamentos e laudos periciais (artigo 13). Se o relator e os demais membros considerarem desnecessária a produção de provas complementares, será declarada encerrada a instrução (artigo 14).

7. Nos termos do artigo 15 do Regimento Interno, o parecer da Junta será submetido ao Procurador-Geral do Município que poderá acolher, deferindo ou não o pedido de indenização administrativa, conforme competência delegada pelo § 3º do art. 2º do Decreto nº 12.619, de 28.12.99. No caso de deferimento do pedido de indenização no valor superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), da decisão do Procurador-Geral caberá reexame necessário ao Prefeito Municipal (artigo 15, parágrafo único do Regimento Interno da JAI). É lícito ao Procurador-Geral requerer nova diligência ou reexame de ofício à Junta (artigo 16), sendo que, com a decisão final do Procurador-Geral, o requerente será notificado, na forma prevista no artigo 9º, § 1o, deste Regimento (artigo 17). Não havendo pedido de reconsideração do requerente, o expediente será remetido à Secretaria Municipal da Fazenda, para fins de pagamento da indenização e, em caso de indeferimento, será arquivado (artigo 17, parágrafo único). (CARVALHO, 2012b, p. 38-39)

Como elucidada Carvalho (2012b, p. 39):

A estrutura e o modo de atuação da JAI enseja claramente a diminuição das ações judiciais em que o Município figura como réu, o que reduz os prazos judiciais e viabiliza incremento de qualidade no trabalho realizado. Além disso, tem-se clara economia decorrente do não pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e juros sobre a indenização em face da demora no procedimento judicial. Não se ignore, ainda, que cidadãos prejudicados por omissões ou ações administrativas logram obter restituição na esfera administrativa, sem necessidade de intervenção de advogados, nem mesmo de mobilização do Judiciário. Permite-se, também que o próprio Município perceba os serviços públicos que ensejam maior número de pedidos indenizatórios e que, portanto, requerem aperfeiçoamento. Assim sendo, a atuação da Junta permite combate às deficiências nos comportamentos públicos e maior efetividade na atuação administrativa do Município.

5.4.3. A autotutela no setor da saúde pública no Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo também identificou o crescimento da demanda judicial em saúde e debateu fortemente o controle judicial da saúde pública. Juliana Yumi Yoshinaga, Procuradora do Estado de São Paulo, é autora de artigo doutrinário que serve como substrato para a análise levada a efeito no presente subitem (YOSHINAGA, 2011).

Diante do incremento das ações de medicamentos, em outubro de 2008, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituiu dentro da Área de Contencioso da Capital um setor especializado em saúde pública. A Secretaria de Saúde investiu na criação de uma equipe multidisciplinar (Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS – CODES), que funciona junto ao Gabinete do Secretário Estadual de Saúde. Os dois grupos especializados passaram a se comunicar. Organizou-se visita dos Procuradores à chamada Farmácia de Ação Judicial, centro de distribuição de

medicamentos e insumos criado exclusivamente para viabilizar o atendimento de ordens judiciais. Ocorreu a implantação de um sistema informatizado para o controle das ações, forjado dentro da própria Secretaria Estadual de Saúde, sem grandes custos, denominado Sistema de Controle Jurídico (SCJ). O *software* concentra em seu banco de dados informações fundamentais, como o nome do paciente, o nome do médico prescriptor, a unidade de saúde de atendimento, o tipo de medicamento, material ou tratamento requerido, o tipo de enfermidade, os dados do processo judicial, o nome do advogado do paciente, o *status* do atendimento da ordem judicial, a eventual condenação solidária com outros entes federados (YOSHINAGA, 2011).

Segundo Yoshinaga (2011), o acesso fácil às informações constantes do SCJ permitiu ao Estado de São Paulo uma visão panorâmica da judicialização da saúde sendo, por isso, o grande responsável pela adoção de importantes medidas na área.

Algumas dessas medidas são citadas pela autora:

1. **Parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo:** uma vez identificado que a Defensoria Pública era a maior patrocinadora de ações no Estado de São Paulo, firmou-se uma parceria e a Secretaria de Saúde passou a disponibilizar técnicos e farmacêuticos para atuar dentro do prédio da Defensoria. Dessa forma, os pacientes, antes do ajuizamento da ação, começaram a passar por uma triagem visando a identificar:

- -Se o medicamento está disponível no SUS: neste caso, os servidores da Secretaria indicam ao paciente o local de sua dispensação;
- -Se há alternativa terapêutica: ela é ofertada ao paciente pelos servidores;
- -Se o medicamento não é padronizado, ou seja, não está incluído nas listas do SUS, e é a única alternativa, conforme parecer de médicos da Secretaria: o fornecimento passou a se dar pela via administrativa (YOSHINAGA, 2011, p. 8).

Após a adoção desses procedimentos, o número de ações ajuizadas pela Defensoria no Município de São Paulo caiu de 150 a 180 ações por mês para 15 a 18 ações por mês, ou seja, uma redução de 90%.

2. **Identificação de demandas forjadas:** o já mencionado *software* SCJ tornou simples identificar coincidências entre enfermidade narrada, medicamento requerido, advogado e médico.

De fato, permitindo o cruzamento de dados que antes eram percebidos apenas individual e isoladamente, referidos *software* tornou simples detectar a coincidência recorrente entre a enfermidade narrada, o medicamento requerido (e o laboratório farmacêutico interessado), o advogado patrocinador da causa e o médio prescriptor.

Esse monitoramento e a possibilidade de identificação de ações orquestradas que enxergam na judicialização das ações e serviços de saúde fonte infinita de obtenção de lucro, em detrimento do erário e da saúde da população, resultou na operação policial “Garra Rufa”, que em 1º de setembro de 2008 identificou três organizações criminosas, integradas por médicos, advogados, organizações não-governamentais e representantes de laboratórios, que atuavam na região do Município de Marília. (YOSHINAGA, 2011, p. 11)

3. **Incorporação de novos medicamentos à lista do SUS:** a iniciativa de integração de informações tornou possível detectar medicamentos que mereciam integração. Nas palavras da autora:

Ainda em razão do banco de dados disponível no SCJ foi possível perceber a recorrência de alguns pleitos legítimos e, com isso, atualizar, de forma criteriosa, a lista oficial do SUS (incorporando novos produtos aos programas já existentes) e, até mesmo, criar protocolos para tratamento de diversas enfermidades antes não abrangidas pelas políticas anteriores. (YOSHINAGA, 2011, p. 12)

4. **Instrumento de trabalho dos Procuradores do Estado de São Paulo:** A autora fala da utilização do sistema de informações integradas enquanto instrumento otimizador do trabalho dos Procuradores do Estado de São Paulo. A disponibilização de um *software* integrado permite aos Procuradores a consulta a informações técnicas imprescindíveis à defesa do Estado, tais como se o medicamento é ou não registrado na ANVISA, se é comercializado no país, se realmente apresenta benefícios ao tratamento da enfermidade apresentada, se existe alternativa terapêutica etc. O acesso é *online* e significou economia de tempo e qualidade das defesas.

Além de conter referida reunião de dados que possibilitou a adoção das medidas acima descritas, esse sistema informatizado disponibiliza aos Procuradores do Estado responsáveis por realizar a defesa do Estado de São Paulo nesses processos acesso a relatórios com informações técnicas específicas sobre o caso consultado (YOSHINAGA, 2011, p. 13)

5. **Pedido Administrativo:** visa à criação de uma instância administrativa para o fornecimento espontâneo de medicamentos, ainda que não disponibilizados pelo SUS, e para o condicionamento da demanda judicial ao pleito na seara administrativa. O paciente comparece ao posto onde são feitos os pedidos, munido de receita médica da rede pública ou privada. Cadastrado o pedido, a Secretaria procede da seguinte maneira:

- Se o medicamento é padronizado: é indicado o local para retirada;
- Se há alternativa terapêutica: é orientado a consultar seu médico sobre a viabilidade de modificação da prescrição;
- Se não for padronizado e sem alternativas: o paciente recebe um laudo a ser preenchido pelo médico que prescreveu o fármaco. Tal laudo solicita informações completas sobre o pedido, tais como o diagnóstico, terapias já utilizadas, urgência, etc. O pedido, então, é analisado por uma equipe

multidisciplinar da Secretaria composta por médicos e farmacêuticos e o resultado é enviado ao paciente por telegrama.

Resta, portanto, patente que, embora a implantação dessa via administrativa a princípio implique o aumento de fornecimento de medicamentos pelo Estado de São Paulo, já que, se demonstrada a real necessidade, é possível obter medicamento não padronizado pelo SUS, a adoção dessa estratégia não objetiva atender indiscriminadamente todos os pedidos administrativos formulados. Muito ao contrário, cuida-se de tentativa de racionalizar o fornecimento de medicamentos pelo Estado, selecionando as demandas que alcançarão a via judicial” (YOSHINAGA, 2011, p. 15).

Com o propósito de efetivar as mudanças de comportamento estatal em São Paulo, instituiu-se uma parceria entre a Defensoria do Estado de São Paulo e Secretaria de Estado de Saúde para o recebimento de medicamentos, privilegiando-se o procedimento administrativo. A Defensora Pública, então coordenadora do projeto, Renata Tibyriçá, relata que, após a implantação do programa, houve redução de mais de 80% do número de ações judiciais, conforme já noticiado acima. Informa que há planos de ampliar o projeto para todas as cidades onde haja Defensoria Pública no Estado de São Paulo. A iniciativa foi vencedora do prêmio Innovare de 2009, criado para disseminar práticas positivas realizadas no campo da prestação jurisdicional (TIBYRIÇÁ, 2012).

Para a defensora, ainda falta planejamento na área da saúde pelo Poder Público no Brasil.

É importante que sejam realizados censos e até estatísticas sobre doenças crônicas sem previsão de cura para que o Poder Público possa planejar, com base em números, a aquisição dos medicamentos por meio de licitações, evitando-se o desabastecimento de medicamentos. Também é necessário aprimorar o sistema de distribuição dos medicamentos a fim de que estejam disponíveis em todos os postos. Por fim, acredito que seja necessária ainda uma reavaliação de protocolos clínicos de atendimento de algumas doenças, visando adotar alguns medicamentos que já vêm sendo utilizados em larga escala pela população. (TIBYRIÇÁ, 2012, p. 24)

O modelo que se ergueu no Estado de São Paulo cuida de tentativa de racionalizar o fornecimento de medicamentos pelo Estado, selecionando demandas que alcançarão a via judicial e erigindo estratégias e parcerias entre os diversos atores envolvidos na realidade da judicialização da saúde, tendo como lastro o diálogo e perspectivas de ações conjuntas.

Dá análise dessa experiência paulistana, infere-se que a tentativa de solucionar as tensões entre as limitações dos recursos públicos e a infinidade de carências relacionadas à saúde da população, por envolver escolhas complexas, não prescinde do diálogo e de ações conjuntas dos diversos setores da sociedade.

Além disso, esse desafio demanda crescente investimento, por parte do Estado, em tecnologia e métodos de racionalização dos dados relacionados à judicialização, para diferenciar legítimas demandas que devem ser, na medida do possível incorporadas pelas políticas públicas, daquelas patrocinadas por verdadeiras redes criminosas interessadas em enriquecer às custas do erário (YOSHINAGA, 2011, p. 17)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da saúde faz parte de um fenômeno amplo de judicialização de políticas públicas inerente ao paradigma democrático social, que impõe papel de relevância social e política ao Judiciário e aumenta a demanda por eficiência das ações públicas.

Essa realidade contenciosa tem como causas principais, erigidas pelos estudiosos do tema: a redemocratização do país, a partir da Constituição de 1988; a constitucionalização de direitos fundamentais sob o signo da democracia social, o incremento do acesso à justiça e o déficit de democracia sentido nas ações e nos comportamentos públicos ineficientes na condução de seus objetivos e na realização de direitos fundamentais erigidos como valores fundantes da sociedade.

As objeções à judicialização podem ser sintetizadas em: 1) ausência de legitimidade democrática; 2) politização do Direito; e 3) limites da capacidade institucional do judiciário (BARROSO, 2008b, p. 10).

O tema assume importância quando se tem em vista as ações públicas relativas ao direito à saúde, especialmente no que se refere à prestação de assistência farmacêutica – parte integrante do conjunto de ações públicas sanitárias –, fundamental para a integridade do Sistema Único de Saúde, cuja atuação tem caráter misto, mas cujo financiamento é exclusivamente público.

Ao fenômeno caracterizado pelo acionamento do Poder Judiciário para o fornecimento de medicamentos, insumos e demais tratamentos de saúde ao cidadão dá-se o nome de “judicialização da saúde” ou de “judicialização de medicamentos”.

A análise dos dados coletados junto à Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais e à Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, permitiu concluir que a Política Nacional de Assistência Farmacêutica é a mais judicializada dentro de todo o complexo de prestações do sistema de saúde pública, sendo responsável por mais da metade das ações judiciais de saúde no estado,⁹⁹ Há, portanto, uma enorme e crescente demanda por medicamentos no âmbito do SUS.

As objeções edificadas pela doutrina quanto ao movimento de judicialização foram compendiadas nas seguintes: a *particularização*, a *construção de uma estrutura paralela par atendimento da judicialização* e a *ausência de segurança do paciente*.

⁹⁹ Tal afirmação foi comprovada com dados apresentados no capítulo 3 deste estudo em que se desenhou um perfil da judicialização da saúde em Minas Gerais.

1. A *particularização* caracteriza o afastamento de uma política pública nacional e universal de atendimento integral, que é substituída por uma ordem de atendimento particular e hipersubjetivada. Não fosse o exposto, verifica-se a inobservância das normas organizativas da política nacional de medicamentos, com a consequente duplicidade de gastos e o desperdício de produtos e recursos já empregados dentro do arranjo estabelecido na organização administrativa original, que continua sendo disponibilizada. Pelo dados coletados na presente pesquisa é possível afirmar que a judicialização da saúde tem aumentado progressivamente a cada ano. Em Minas Gerais, entre os anos de 2006 e 2013 o aumento foi de 900% no número de ações. Os gastos públicos com a judicialização da saúde no estado, no ano de 2013, atingiram a exorbitante quantia de R\$204.932.778,69 (duzentos e quatro milhões, novecentos e trinta e dois mil, setecentos e setenta e oito reais e sessenta e nove centavos);

2. A estruturação de um organismo de atenção à saúde paralelo ao organismo público estabelecido pelas políticas de atenção do SUS, na via administrativa, nada mais é do que a construção de um mundo paralelo. Ora, tem-se uma ordem de fornecimento de medicamentos judicializada, hipersubjetivada e indene de qualquer organização administrativa efetiva, e, ao mesmo tempo, uma política pública nacional estabelecida e em funcionamento, que permanentemente é desconsiderada pelo Judiciário. Essa realidade é responsável pela duplicidade insustentável de gastos públicos e pelo atendimento assistemático de pacientes que concorrem entre si: os que estão aguardando atendimento nas vias administrativas *versus* os que estão sendo atendidos na via judicial;

3. Com a judicialização da saúde, muitas das vezes, o bem da vida que se busca proteger é o mais atingido, porquanto a determinação judicial para fornecimento de medicamentos não leva em consideração uma avaliação pormenorizada do fármaco almejado pela comunidade científica e, por vezes, tem como lastro somente um único laudo prescritivo. Opera-se, portanto, em detrimento da segurança do paciente e se sujeita a ser influenciada por interesses manifestamente lucrativos do mercado farmacêutico. Afirmou-se que a excessiva demanda pela disponibilização de medicamentos e insumos médicos caracteriza também a conjuntura de *medicalização excessiva*, fator de preocupação não só na esfera jurídico-política, mas também no meio médico, devido a sua capacidade de ofender a saúde individual e coletiva da população, bem como se mostrar a serviço de forças deletérias do mercado farmacêutico. No âmbito do Sistema Único de Saúde, pautado que está nos princípios da legalidade, da

universalização e da isonomia, a “medicalização” excessiva imprime terríveis efeitos, dada a complexidade envolvida nas escolhas públicas e na aquisição dos insumos médicos e dos medicamentos a serem disponibilizados a população.

Conhecidas as objeções erigidas ao controle das políticas públicas pelo Judiciário, tem-se que a noção acerca de seus riscos e problemas não afasta a conclusão de que o fenômeno é intrínseco a um movimento de democratização e conscientização de direitos que se impõe sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, afeto à inclusão social e ao reconhecimento e fortalecimento dos direitos fundamentais. Portanto, o debate deve perseguir mais do que apenas apontar riscos ou objeções a uma realidade inafastável do modelo democrático social estabelecido constitucionalmente.

Faz-se portanto, absolutamente relevante que se debatam meios alternativos de tratamento da realidade judicializada, capazes de imprimir efeitos tão deletérios ao sistema público de assistência farmacêutica, erigindo mecanismos de atuação administrativa pautados em um modelo condizente com o Estado Democrático de Direito.

Vislumbra-se daí a importância que possui a assunção de um modelo de atuação da Administração Pública pautado no ideário da governança. Se a democracia se realiza na sociedade, tendo em vista que encontra no povo a gênese do poder, pressupõe uma comunidade e um esforço cooperativo e de corresponsabilidade para o alcance dos fins do Estado e do bem comum. Assim é que somente a governança, enquanto um ideário de governo e de gestão públicas orientadas pela participação, pelo diálogo e pela consensualidade, permite a realização da democracia e emancipa o cidadão.

É através das ações de governança que os cidadãos devem possuir sua participação amplamente valorizada nos momentos de colaborarem em fóruns que visem ao diagnóstico e às definições elaborativas de políticas públicas. A governança constrói a coalizão entre os atores sociais, é a compreensão de que a capacidade de governar não está adstrita ao aparato formal e a estrutural estatal.

Tendo com premissa a assunção de um ideário democrático participativo de governança, onde se constrói a noção de uma cidadania administrativa ativa, se elegeu como objeto de estudo a autotutela administrativa como instrumento de enfrentamento da judicialização da saúde. Questionou-se, nesta pesquisa, se a procedimentalização de autotutela administrativa se consubstancia em mecanismo de enfrentamento da judicialização da saúde e de efetivação do direito fundamental à saúde, em especial no

que concerne à política pública de assistência farmacêutica amplamente judicializada e responsável por mais da metade das ações judiciais em saúde.

A análise bibliográfica e de dados a que se propôs a pesquisa torna possível afirmar que, em um contexto democrático participativo em que se adote a governança na gestão pública e se edifique uma noção de cidadania administrativa, todas as formas de controle interno exercido pela própria Administração são mecanismos eficientes para se alcançar a melhor atuação executiva do Estado e promover a cidadania.

A autotutela administrativa enquanto mecanismo de controle interno preventivo, a partir do qual se abrem espaços de manifestação social para que o cidadão apresente seus interesses a serem debatidos de forma dialógica pela Administração, é meio absolutamente condizente com o paradigma de Estado Democrático de Direito e permite que se realize a cidadania.

Suplanta-se a ideia equivocada de que a ação estatal está adstrita às listas padronizadas de medicamentos e a um modelo burocratizado de atendimento aos cidadãos, fazendo-a assumir uma característica de eficiência, em que os vários interessados são ouvidos em um procedimento equânime, participativo e deliberativo, no qual suas demandas podem ser analisadas e respondidas pela própria Administração. Esse modelo fortalece o sistema e evita que se imponha a concentração de poder de decisão intolerável em um Estado de Direito. A prestação dos serviços públicos de saúde volta a ser protagonizada pela Administração Pública, a quem compete tal desiderato originariamente, com eficiência.

Formulou-se, no presente estudo, a partir de sugestões de atuação edificadas no seio da AGE de Minas Gerais e do estudo de modelos de autotutela bem-sucedidos no Brasil, um padrão de atuação que assuma este contorno e torne procedimentalizada a autotutela administrativa em favor da eficiência das ações de saúde, especialmente no que respeita a dispensação gratuita de medicamentos.

Propôs-se a criação de Juntas de atuação desconcentrada de atenção à saúde, compostas por equipes multidisciplinares, com competência para analisar os pedidos de fornecimento de medicamentos no âmbito do estado, bem como assessorar o Judiciário com informações técnicas nos pleitos judiciais de saúde, além, é claro, de possibilitar o diagnóstico das ações de saúde em Minas Gerais, apontando virtudes e deficiências, com vistas ao aperfeiçoamento do sistema estadual de assistência farmacêutica.

O sucesso de um modelo como o proposto pela Consultoria Jurídica da AGE implica eficiência administrativa e remodelamento da Administração Pública, que passa

a atuar de forma concertada, além de determinar em médio prazo a diminuição gradativa do número de demandas ajuizadas, com o encurtamento da máquina administrativa, estruturada para atendimento exclusivo da judicialização (menor número de funcionários e servidores, menor número de Procuradores do Estado com atuação exclusiva) e com a diminuição dos gastos públicos relativos à judicialização (despesas processuais por sucumbência e mora). A configuração de atuação definida tem como efeito permitir o auxílio técnico e fundamentado das demandas propostas, ofertando embasamento capaz de interferir no resultado da lide. Finalmente, a ideia ofertada tem o condão de ampliar os mecanismos de avaliação e fiscalização da atenção à saúde no Estado, identificando demandas e organizando novos mecanismos de atenção eficiente.

Quando a Administração Pública se permite permear pela realidade da sociedade, desenhando espaços dialógicos e criando estruturas procedimentalizadas de acesso à informação e de manifestação de vontade, que serão considerados para a elaboração de atos e comportamentos administrativos, implicando uma decisão tomada sob o crivo do diálogo e da concertação social, ela está se coordenando em consonância com os ditames do paradigma democrático e da governança.

O novo marco da administração estadual coaduna-se com os desafios enfrentados pelo Direito Administrativo na atualidade, mais especificamente na vertente que visa conferir maior relevo e importância à participação de atores sociais nos processos decisórios.

A realização procedimentalizada de autotutela administrativa significa reconhecer a necessidade de a Administração Pública, por meio de sua estrutura, assegurar a correção dos seus atos e comportamentos e se consubstanciar em uma alternativa de combate à judicialização de conflitos sociais, entre eles os que debatem o direito fundamental à saúde em uma de suas mais importantes manifestações, a assistência farmacêutica.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Direito Sanitário*. Volume 1. 458 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (coord.). *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 247-269.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Desafios do direito administrativo. *Jornal Hoje em Dia*, Belo Horizonte, 5 dez. 2011, 1º Caderno, p. 9.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 1-22.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BONAVIDES, Paulo. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. n. 2, p. 167-210, jul./dez. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *R. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva. Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

Revista Procuradoria-Geral Município de Juiz de Fora – RPGMJ, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 37-66, jan./dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, publicado em 26 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil>. Acesso em: 19 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Palestra. In: STF. Audiência Pública sobre Saúde. *Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 6 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. vii-xviii.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008. Ano do STF. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Consultor Jurídico*, publicado em 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 19 set. 2014.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 1, 30 jun. 2004. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alícia Domingues. 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. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, jan. 2010.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alícia Domingues. 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. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59-69, jan. 2010.

BRASIL. *Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2009.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

BRASIL. *Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 22 mar. 2011.

BRASIL. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 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/18142.htm>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BRASIL. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Oficial, set. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Decreto nº 5.813, de 22 de junho de 2006*. Aprova a Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5813.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 346*. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Aprovada em 13/12/1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 12 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 473*. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Aprovada em 3/12/1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 5 out. 2014.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista de Economia Política*, v. 17, n. 3 (67), jul./set. 1997. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/67-3.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAMARGO, Sérgio Alexandre Cunha. A legitimação pragmática: os princípios vazios da igualdade, ponderação e razoabilidade. *Revista EMERJ*, v. 12, n. 45, p. 204-225, 2009.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito. A experiência do Conselho de Administração de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, n. 1/2, p. 35-45, jan./dez. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*, Fundação Mário Soares. Gradiva: 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p 144-160, jan./mar. 1991.

CARBONELL, Miguel Angel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca, ESTEVES, Júlio César dos Santos; FORTINI, Cristiana. *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008. p. 107-125.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n. 9.784, de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A autotutela como instrumento de aperfeiçoamento administrativo. In: PIRES, Maria Coeli Simões; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha (coords.). *Paulo Neves Carvalho: suas lições por seus discípulos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 279-327.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Novas perspectivas sobre o controle da saúde pública. *Revista Trimestral de Direito Público-RTDP*, Belo Horizonte, Malheiros e IDAP, ano 2012 n. 57, out. 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Parte geral: intervenção do Estado e estrutura da administração. In: _____. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Direito Sanitário: desafios do serviço de saúde em Minas Gerais*. Apostila elaborada para o curso virtual Sustentabilidade Jurídica, ofertado pelo Canal Minas Saúde, no ano de 2014, em Belo Horizonte.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Subsídios para a campanha “Não à medicalização da vida”*. Medicalização da educação. 2012. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Caderno_AF.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Subsídios para a campanha “Não à medicalização da vida”*. Medicalização da educação. 2012. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Caderno_AF.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada I de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014, São Paulo-SP. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. *Assistência de Média e Alta Complexidade*. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colecao_progestores_livro9.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2011. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011, v. 1). Disponível em: <http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

CORTINA, Adela. *Razón comunicativa y responsabilidad solidária*. Salamanca: Ediciones Sígueme S.A., 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; PASSOS, Carolina Pagani. O controle das políticas públicas de saúde, por intermédio da ação civil pública, sob a ótica da jurisprudência mineira. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9. n. 98, p. 40-51, abr. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

ESPAÑA. Constitución Española, de 29 de Diciembre de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 17 out. 2014.

FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na administração pública: conselhos gestores de políticas públicas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 94, p. 259-272, jul./dez. 2006.

FERRIER, Jean Pierre. La participatin des administrés aux décisions de l'administration. *Revue du Droit Public et la Science Politique*, Paris, n. 3, 1974.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador, n. 11, ago./set./out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; PEPE, Vera Lúcia Edais; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 101-118, 2010.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração Pública* - discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Perieto Guhur. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Coimbra Editora, v. 48, ns. 1 e 2, p. 395-447, 2007. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=zFAKd2su_nI%3D&tabid=266>. Acesso em: 12 out. 2014.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Funcionamento e financiamento do SUS. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 35, abr. 2010. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao035/maria_gadelha.html>. Acesso em: 12 out. 2014.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. *Revista de Processo*, ano 35, n. 179, p. 217-236, jan. 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009.

HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e o direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. t. 6. p.1731-1754.

HERMANY, Ricardo. Os novos paradigmas da governança solidária local na construção de um direito social condensado. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. t. 8. p. 2396-2429.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, p. 144-154, jun. 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A noção de *status processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. v. 7. p. 2092-2020.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde –Por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6. p. 1525-1542.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 9, n. 2, p. 73-91, jul./out. 2008.

MALACHIAS, I.; LELES, F. A. G.; PINTO, M. A. S. *Plano Diretor de Regionalização da Saúde de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Livro%20Plano%20Diretor%20de%20Regionalizacao%20-%20ultima%20versao.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 98, v. 888, p. 1-80, out. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Interesse Público*. Belo Horizonte, Fórum, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maira; SOUZA, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. *Revista AGU Virtual*, n. 117, out. 2011. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>. Acesso em: 20 jul. 2014.

MÉDICI, André. A seguridade social e a saúde. In: BRASIL. Ministério da Previdência Social. *A previdência social e a revisão constitucional*. Brasília: CEPAL, 1994. (Debates, v. 2). p. 219-241.

MINAS GERAIS. *Decreto nº 17.301, de 30 de setembro de 1975*. Contém o regulamento do Conselho de Administração do pessoal. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=17301&comp=&ano=1975>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

MINAS GERAIS. *Lei Delegada nº 28, de 28 de agosto de 1985*. Dispõe sobre o Conselho de Administração do Pessoal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LDL&num=28&comp=&ano=1985&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 20 set. 2014.

MINAS GERAIS. *Lei nº 4.594, de 5 de outubro de 1967*. Dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho de Administração do Pessoal, previsto no artigo 125 da Constituição do Estado. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=4594&comp=&ano=1967&aba=js_textoAtualizado>. Acesso em: 20 set. 2014.

MINAS GERAIS. *Lei nº 6.708, de 3 de dezembro de 1975*. Dá nova redação ao artigo 3º da Lei número 4.594, de 5 de outubro de 1967. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=6708&comp=&ano=1975&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 19 set. 2014.

MINAS GERAIS. Secretaria do Estado de Saúde de Minas Gerais. *Resolução nº 3203, de 3 de abril de 2012*. Dispõe sobre o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para tratamento da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica - DPOC Estável e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.smpct.org.br/images/arquivos/b3ea81pq9q68.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional de Plantas Mediciniais e Fitoterápicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. (Série B – Textos Básicos de Saúde)

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013*. Dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html>. Acesso em: 10 out. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011*. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>. Acesso em: 10 out. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 2.981, de 26 de novembro de 2009*. Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/dirhum/arquivos/medicamentosospecializados.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em: 4 ago. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Déficit democrático do Estado brasileiro. *Revista Interesse Público-IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 15-29, jul./ago. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA, Henrique Maciel dos Santos; CAPANEMA, Itália Viviani de Lacerda; RABELLO, Vânia Farmean. O tratamento experimental e os riscos à saúde do cidadão. In: AITH, Fernando; SATURNINO, Luciana Tarbes Mattana; DINIZ, Maria Gabriela Araújo; MONTEIRO, Tammy Claret (orgs.). *Direito Sanitário: saúde e Direito, um diálogo possível*. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010. 401-428.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31, p. 199-209, jul./set. 1983.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Aprovada pela Assembleia Geral em 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 8 out. 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental – natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Procedimentalização e participação - imposições jusfundamentadas à atividade administrativa. *RPGMH*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 166, jul./dez. 2012.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-32, jul. 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Feita em New York, em 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 8 out. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Trabalhando juntos pela saúde*. Relatório Mundial de Saúde 2006. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: <http://www.who.int/whr/2006/06_overview_pr.pdf>. Acesso em: 8 out. 2014.

PARADA, André Luís Nascimento. A procedimentalização da autotutela administrativa como meio alternativo de solução de conflitos. *Fórum Administrativo* [recurso eletrônico]: direito público. Belo Horizonte, v. 13, n. 148, jun. 2013. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/6487/pdiexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2 ago. 2013.

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 5, p. 2405-2414, ago. 2010.

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIRES, Maria Coeli Simões. Governo integrado. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 11 out. 2011. 1º Caderno, p. 7.

PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano 29, v. 81, n. 4, p. 60-74, out./nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1335.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

PORTAL DA SAÚDE. *Assistência farmacêutica*. Publicado em 17 de abril de 2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/470-ctie-raiz/daf-raiz/daf/12-daf/12125-assistencia-farmaceutica>>. Acesso em: 19 out. 2014.

PORTAL DA SAÚDE. *Elenco de Referência Nacional do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica*. Atualizada em 28/08/2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/agosto/28/Lista-medicamentos-CGAFME-082014.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

PORTAL DA SAÚDE. *Elenco de Referência Nacional do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica*. Atualizada em 28/08/2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/agosto/28/Lista-medicamentos-CGAFME-082014.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

PORTAL DA SAÚDE. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. RENAME. Atualizada em 08/08/2013. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/outubro/21/renome-anexos-versao-08-08-2013.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

PORTO ALEGRE. *Decreto Municipal nº 12.619, de 28 de dezembro de 1999*. Cria a Junta Administrativa de Indenizações, junto à Procuradoria Geral do Município e aprova seu Regimento Interno. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000023712.DOCN.&l=20&u=/netahtml/sirel/simples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: 21 out. 2014.

PORTUGAL. *Constituição da República de Portugal, de 2 de Abril de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.doc>>. Acesso em: 17 out. 2014.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Fórum, ano 5. n. 22, p. 147-165, out./dez. 2005.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. *Revista Brasileira de Direito Público-RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 35-64, jul./set. 2012.

SANTOS, Adriana C.; REBOUÇAS, Gabriela M. Direitos humanos, neoliberalismo e política judiciária: marco teórico e estratégias do conselho nacional de justiça no âmbito da justiça brasileira (2011-2012). In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA PIBIC/CNPq, 9., 2012, Aracaju/PE. *Anais...* Aracaju/PE: UNIT, out. 2012,

SANTOS, Antonio Raimundo dos. *Metodologia científica: a construção do conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, set. 2009.

SANTOS, J. S; BLIACHERIENE, A. C.; UETA, J. A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários do Sistema de

Saúde e da Indústria. *BIS Boletim do Instituto de Saúde* (Impresso), v. 13, p. 66-75, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 19 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: Elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. v. 7. p. 1988-2032.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. v. 8. p. 2307-2368.

SECRETARIA DO ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS – SES/MG. *Municípios habilitados em Gestão Plena do Sistema Municipal – GPSM*. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/municipios_gestao_plenagpsm.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

SECRETARIA DO ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS – SES/MG. *Relação de Medicamentos do Estado de Minas Gerais*. Rede Farmácia de Minas. Versão junho 2011. Disponível em: <<http://www.portalamm.org.br/files/Sa%C3%BAde/Assist%C3%AAncia%20Farmac%C3%AAutica/Rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20Medicamentos%20SES.MG%202011.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

SECRETARIA DO ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS – SES/MG. *Resolução nº 3203, de 3 de abril de 2012*. Dispõe sobre o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para tratamento da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica - DPOC Estável e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.smpct.org.br/images/arquivos/b3ea81pq9q68.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$800 mil. *Revista Época*, 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 12 set. 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Aspectos processuais do acesso a medicamentos e tratamentos médicos: tutela judicial do direito fundamental à saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 902, p. 66-86, dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e Processo: A Legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação – cidadania, direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285-325.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. v. 8. p. 2259 a 2280.

STRECK, Lenio Luiz. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 45-MC /DF*. Rel. Min. Celso de Mello. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Publicado em 4.5.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 20 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no RE nº 271.286-8-RS*. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Diná Rosa Vieira. Publicado em 24.11.2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 20 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão de tutela antecipada n. 175/CE*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Requerente: União. Requerido: MPF. Publicado em 25.6.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=117&dataPublicacaoDj=25/06/2009&incidente=2570693&codCapitulo=6&numMateria=96&codMateria=7>>. Acesso em: 20 out. 2014.

TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. A judicialização das políticas públicas. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 2, p. 153-161, jul./dez. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no Direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

TIBYRIÇÁ, Renata Flores. Projeto da Defensoria Pública de São Paulo garante à população o direito à saúde. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 137, jan. 2012.

TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado*. São Paulo: Renovar, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. v. 2.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à boa administração e Governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Desafios à reforma do Poder Judiciário na América Latina. Justiça para os mercados e/ou para a sociedade? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 2, p. 1603-1614, 2014. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_02_01603_01614.pdf>. Acesso em: 6 out. 2014.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIAL, Sandra Regina Martini; STURZA, Janaína Machado. O direito fundamental à saúde: uma análise sob a ótica do direito fraterno. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. t. 8. p. 2465-2486.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paulo. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In; SANTOS, Lenir (org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas, SP: Saberes Editora, 2010. p. 101-142.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

**ANEXO A – PROCESSOS JUDICIAIS DE SAÚDE E MINAS GERAIS –
TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR (2014)**

Tabela 1 – Relatório quantitativo de processos judiciais de saúde de Minas Gerais –
Tratamento médico-hospitalar (2014)

UNIDADES RESPONSÁVEIS	QUANTIDADE
Advocacia Regional em Contagem	
Tratamento Médico-Hospitalar	73
Total de processos na unidade responsável	73
Advocacia Regional em Divinópolis	
Tratamento Médico-Hospitalar	464
Total de processos na unidade responsável	464
Advocacia Regional em Governador Valadares	
Tratamento Médico-Hospitalar	78
Total de processos na unidade responsável	78
Advocacia Regional em Ipatinga	
Tratamento Médico-Hospitalar	155
Total de processos na unidade responsável	155
Advocacia Regional em Juiz de Fora	
Tratamento Médico-Hospitalar	140
Total de processos na unidade responsável	140
Advocacia Regional em Montes Claros	
Tratamento Médico-Hospitalar	54
Total de processos na unidade responsável	54
Advocacia Regional em Uberaba	
Tratamento Médico-Hospitalar	52
Total de processos na unidade responsável	52
Advocacia Regional em Uberlândia	
Tratamento Médico-Hospitalar	394
Total de processos na unidade responsável	394
Advocacia Regional em Varginha	
Tratamento Médico-Hospitalar	108
Total de processos na unidade responsável	108
DDCM-Procuradoria IPSEMG	
Tratamento Médico-Hospitalar	1
Total de processos na unidade responsável	1
Escritório Seccional em Muriaé	
Tratamento Médico-Hospitalar	46
Total de processos na unidade responsável	46
Escritório Seccional em Passos	
Tratamento Médico-Hospitalar	61
Total de processos na unidade responsável	61
Escritório Seccional em Patos de Minas	
Tratamento Médico-Hospitalar	165

UNIDADES RESPONSÁVEIS	QUANTIDADE
Total de processos na unidade responsável	165
Escritório Seccional em Poços de Caldas	
Tratamento Médico-Hospitalar	52
Total de processos na unidade responsável	52
Escritório Seccional em Pouso Alegre	
Tratamento Médico-Hospitalar	21
Total de processos na unidade responsável	21
Escritório Seccional em São João Del Rei	
Tratamento Médico-Hospitalar	33
Total de processos na unidade responsável	33
Escritório Seccional em Sete Lagoas	
Tratamento Médico-Hospitalar	39
Total de processos na unidade responsável	39
Procuradoria de Obrigações	
Tratamento Médico-Hospitalar	365
Total de processos na unidade responsável	365
	2301

Período de registro: 01/01/2014 a 31/07/2014

Fonte: AGE/MG (2014).

**ANEXO B – PROCESSOS JUDICIAIS DE SAÚDE E MINAS GERAIS –
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS (2014)**

Tabela 2 - Relatório quantitativo de processos judiciais de saúde de Minas Gerais –
Fornecimento de medicamentos (2014)

UNIDADES RESPONSÁVEIS	QUANTIDADE
Advocacia Regional em Contagem	
Fornecimento de Medicamentos	163
Total de processos na unidade responsável	163
Advocacia Regional em Divinópolis	
Fornecimento de Medicamentos	525
Total de processos na unidade responsável	525
Advocacia Regional em Governador Valadares	
Fornecimento de Medicamentos	79
Total de processos na unidade responsável	79
Advocacia Regional em Ipatinga	
Fornecimento de Medicamentos	313
Total de processos na unidade responsável	313
Advocacia Regional em Juiz de Fora	
Fornecimento de Medicamentos	354
Total de processos na unidade responsável	354
Advocacia Regional em Montes Claros	
Fornecimento de Medicamentos	82
Total de processos na unidade responsável	82
Advocacia Regional em Uberaba	
Fornecimento de Medicamentos	143
Total de processos na unidade responsável	143
Advocacia Regional em Uberlândia	
Fornecimento de Medicamentos	275
Total de processos na unidade responsável	275
Advocacia Regional em Varginha	
Fornecimento de Medicamentos	308
Total de processos na unidade responsável	308
Advocacia Regional no Distrito Federal	
Fornecimento de Medicamentos	1
Total de processos na unidade responsável	1
Escritório Seccional em Muriaé	
Fornecimento de Medicamentos	35
Total de processos na unidade responsável	35
Escritório Seccional em Passos	
Fornecimento de Medicamentos	164
Total de processos na unidade responsável	164
Escritório Seccional em Patos de Minas	
Fornecimento de Medicamentos	162

UNIDADES RESPONSÁVEIS	QUANTIDADE
Total de processos na unidade responsável	162
Escritório Seccional em Poços de Caldas	
Fornecimento de Medicamentos	114
Total de processos na unidade responsável	114
Escritório Seccional em Pouso Alegre	
Fornecimento de Medicamentos	30
Total de processos na unidade responsável	30
Escritório Seccional em São João Del Rei	
Fornecimento de Medicamentos	53
Total de processos na unidade responsável	53
Escritório Seccional em Sete Lagoas	
Fornecimento de Medicamentos	92
Total de processos na unidade responsável	92
Procuradoria de Obrigações	
Fornecimento de Medicamentos	1106
Total de processos na unidade responsável	1106
	3999

Período de registro: 01/01/2014 a 31/07/2014

Fonte: AGE/MG (2014).

ANEXO C – Os CEM MEDICAMENTOS MAIS DEMANDADOS PELO SUS EM MINAS GERAIS (2014)

Tabela 3 – Os cem medicamentos mais demandados pelo SUS em Minas Gerais (2014)

ORDEM	MEDICAMENTO	PACIENTES EM USO
1º	Ranibizumabe (Lucentis®)	795
2º	Cinacalcete 30mg (Mimpara®)	421
3º	Tiotrópio Brometo 2,5mcg (Spiriva Respimat)	285
4º	Mofetil, Micofenolato 500mg	257
5º	Ácido Ursodesoxicólico 300mg (Ursacol)	247
6º	Bevacizumabe 25mg/ml (100mg/4ml) - (Avastin)	228
7º	Insulina Glargina 100ui/ml (Lantus®)	193
8º	Trastuzumab 440mg (Herceptin)	176
9º	Adalimumabe 40mg (HUMIRA®)	166
10º	Clopidogrel 75mg	155
11º	Ácido Zoledrônico 5mg (Aclasta)	140
12º	Rituximabe 500mg/50ml**	136
13º	Insulina Asparte 100ui/ml (Novorapid Penfill)	129
14º	Duloxetina, cloridrato 60mg (Cymbalta)	118
15º	Azatioprina 50mg	112
16º	Rivaroxabana 20mg (Xarelto)	111
17º	Insulina Lispro 100ui/ml (Humalog®)	108
18º	Temozolomida 100mg (Temodal)	107
19º	Citalopram 20mg	105
20º	Infliximabe 10mg/ml (Remicade)	101
21º	Palivizumabe 100mg	100
22º	Metilfenidato Cloridrato 36mg (Concerta)	94
23º	Teriparatida 250mcg/ml (Forteo)	92
24º	Pregabalina 75mg (Lyrica)	91
25º	Sunitinibe Maleato 50mg (Sutent)	91
26º	Insulina Asparte 100ui/ml (Novorapid)	89
27º	Abiraterona, Acetato 250mg**	87
28º	Etanercepte 50mg (Enbrel®)	85
29º	Gabapentina 300mg	81
30º	Omalizumabe 150mg/ml (Xolair)	78
31º	Rituximabe 100mg/10ml**	77
32º	Metilfenidato Cloridrato 10mg (Ritalina)	76
33º	Cetuximabe 5mg/ml (Erbixux)	73
34º	Divalproato de Sódio 500mg (Depakote)	70

ORDEM	MEDICAMENTO	PACIENTES EM USO
	ER)	
35°	Sorafenibe Tosilato 200mg (Nexavar)	70
36°	Baclofeno 10mg	69
37°	Risperidona 1mg	66
38°	Etanercepte 25mg (Enbrel®)	64
39°	Metilfenidato Cloridrato 20mg (Ritalina LA)	60
40°	Somatropina 12mg -36ui (Genotropin)	57
41°	Denosumabe 60mg/ml (Prolia)	56
42°	Pregabalina 150mg (Lyrica)	55
43°	Quetiapina 25mg	54
44°	Risperidona 2mg	54
45°	Aripiprazol 15mg (Abilify)	54
46°	Olanzapina 10mg	53
47°	Insulina Lispro 100ui/ml (Humalog)	53
48°	Enoxaparina Sódica 40mg/0,4ml (Clexane)	53
49°	Sertralina Cloridrato 50mg	53
50°	Insulina Detemir 100ui/ml (Levemir Flexpen)	52
51°	Ácido Tióctico 600mg (Thioctacid®)	52
52°	Metilfenidato Cloridrato 18mg (Concerta)	52
53°	Gefitinib 250mg (Iressa)	50
54°	Pantoprazol Sódico 40mg	50
55°	Trimetazidina 35mg (Vastarel MR)	50
56°	Insulina Glargina 100UI/ml (Lantus®)	49
57°	Venlafaxina Cloridrato 150mg	49
58°	Venlafaxina Cloridrato 75mg	49
59°	Temozolomida 20mg (Temodal)	48
60°	Memantina Cloridrato 10mg	47
61°	Propatilnitrato 10mg (Sustrate®)	47
62°	Losartana Potássica 50mg	46
63°	Metoprolol Succinato 50mg (Selozok)	46
64°	Boceprevir 200mg (VICTRELIS)	46
65°	Metilfenidato Cloridrato 30mg (Ritalina LA)	46
66°	Topiramato 100mg	44
67°	Omeprazol 20mg	43
68°	Ácido Acetilsalicílico 100mg (AAS)	43
69°	Luteína 3,0mg + Zeaxantina 0,25mg (Neovite Lutein)	43
70°	Insulina Asparte 100ui/ml (Novorapid Flexpen)	42
71°	Clopidogrel 75mg (Plavix®)	42
72°	Oxcarbazepina 300mg	42

ORDEM	MEDICAMENTO	PACIENTES EM USO
73°	Ranelato de Estrônico 2g (Protos)	42
74°	Dabigatrana, Etxilato 110mg (Pradaxa)	40
75°	Enoxaparina Sódica 40mg/0,4ml	40
76°	Quetiapina 100mg	39
77°	Dabigatrana, Etxilato 150mg (Pradaxa®)	39
78°	Sulfato de Glicosamina + Condroitina 1500+ 1200mg (Condroflex®)	39
79°	Vildagliptina 50mg (Galvus)	39
80°	Liraglutida 6mg/ml (Victoza)	39
81°	Memantina Cloridrato 10mg (Alois)	39
81°	Paroxetina Cloridrato 20mg	39
83°	Rosuvastatina Cálcica 10mg (Crestor)	39
84°	Sinvastatina 20mg	37
85°	Rivastigmina 18mg/10cm ² - equivalente a 9,5mg/24h (Exelon Patch 10)	37
86°	Paricalcitol 5mcg/ml (Zemplar)	37
88°	Propafenona Cloridrato 300mg (Ritmonorm)	37
89°	Metformina 850mg+Vildagliptina 50mg (Galvus Met)	36
90°	Trazodona Cloridrato 50mg (Donaren)	36
91°	Oxcarbazepina 600mg (Trileptal)	35
92°	Tocilizumabe 200mg/10ml	35
93°	Travoprost 0,04mg/ml; (Travatan)	35
94°	Sulfato de Glicosamina + Condroitina 500 + 400mg (Artrolive®)	34
95°	Abatacepte 250mg (Orencia)	33
96°	Oxcarbazepina 300mg (Trileptal)	33
97°	Sertralina Cloridrato 100mg	33
98°	Ustequinumabe 45mg (Stelara)	33
99°	Lamotrigina 100mg	32
100°	Olanzapina 10mg (Zyprexa®)	32

Fonte: AGE/MG (2014).

ANEXO D – NOTA TÉCNICA SES/AT N° 2296/2013**GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS SECRETARIA DE ESTADO DE
SAÚDE****NOTA TÉCNICA SES/AT n°. 2296/2013**

Em atenção à solicitação de informação, na qual o Ilmo. procurador Sávio de Aguiar Soares requer informações acerca do fornecimento do medicamento **Spiriva Respimat® (brometo de tiotrópio) 2,5 mcg**, em favor da paciente Ione da Silva Santos, portadora de DPOC (doença pulmonar obstrutiva crônica), processo n° 0024.11.271.147-8, vimos prestar os seguintes esclarecimentos:

O medicamento de nome de marca Spiriva Respimat®, comercializado pelo laboratório *Boehringer Ingelheim*, é constituído pelo fármaco BROMETO DE TIOTRÓPIO. Esse fármaco corresponde a um agente anticolinérgico antimuscarínico específico, de ação prolongada, que se une de modo competitivo e reversível a vários subtipos de receptores muscarínicos, possuindo ação broncodilatadora.

Esse medicamento possui indicação formal em bula para o tratamento de manutenção de pacientes com Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC - incluindo bronquite crônica e enfisema), da dispneia associada, e para a prevenção de exacerbações.

O fármaco tiotrópio está padronizado pela SES/MG para fornecimento por meio de seu Programa de Assistência Farmacêutica. O fornecimento desse medicamento está autorizado para atendimento aos pacientes portadores de DPOC que atendam aos critérios previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para tratamento da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica – DPOC (Resolução n° 3203 de 03 de abril de 2012).

A padronização dos medicamentos, estabelecidos na referida Resolução, foi realizada com base em análises e requisições de especialistas, os quais decidiram essas serem as

opções terapêuticas satisfatórias para atendimento aos pacientes portadores de DPOC no âmbito do Estado de Minas Gerais.

O acesso ao medicamento tiotrópio é realizado por meio de formalização de processo de solicitação de medicamento na Superintendência/Gerência Regional de Saúde (SRS/GRS) de referência do município em que reside o paciente, no caso a SRS/Belo Horizonte, mediante a apresentação da documentação necessária. Em seguida, o processo é encaminhado à SES/MG, onde é devidamente analisado por médicos especialistas quanto à compatibilidade diagnóstica estabelecida pela resolução e protocolo clínico de tratamento e atendimento aos critérios previstos.

Conforme o protocolo supracitado, os critérios de inclusão para os pacientes receberem administrativamente Tiotrópio são: *“pacientes que apresentem sintomas clínicos e que realizaram o exame de espirometria e tiveram diagnóstico confirmado de DPOC e, que demonstrem obstrução do fluxo aéreo com: VEF1/CVF pós BD < 0,7 e que cumpram os critérios definidos no item 5 desse protocolo. Deverá ser preenchido o relatório presente no Anexo III deste protocolo.”*

De acordo com a inicial da ação judicial supracitada a paciente apresenta condição clínica compatível com DPOC, condição para a qual o tiotrópio é disponibilizado administrativamente. Dessa forma, foi realizada consulta ao Sistema de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica (SIGAF) do Estado, sendo que não foi encontrado registro de processo administrativo protocolado pela paciente em questão solicitando o medicamento tiotrópio.

Belo Horizonte, 04 de novembro de 2013.

Daniele de Souza Dayrell
Farmacêutica

Fonte: SES/MG (2013).

ANEXO E – PROMOÇÃO

Belo Horizonte, 27 de abril de 2011

Exmo. Sr. Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli

Os procuradores da Coordenadoria de Direito Sanitário da Procuradoria de Obrigações vêm apresentar a realidade das condições de trabalho vivenciadas e solicitar que medidas urgentes sejam adotadas em razão do crescente número de demandas envolvendo pedidos de medicamentos.

A Coordenadoria de Direito Sanitário como idealizada tem por fim o enfrentamento direto e especializado do movimento conhecido como Judicialização da saúde e conta hoje com um total de doze procuradores.

A tabela em anexo demonstra como vem aumentando o número de ações judiciais e, conseqüentemente, o de peças processuais a serem elaboradas.

No mês de março de 2011 foram distribuídas 40 (quarenta) novas pastas por Procurador (481 pastas recebidas em março de 2011, divididas por 12 Procuradores). Contudo, a se considerar a escala de férias regulares, sempre temos, no mínimo, 2 Procuradores de férias, o que, na prática, importa que cada Procurador recebeu 48 pastas em um único mês.

Considerados os dias úteis, isso importa numa média de 2,4 novos processos a cada dia por procurador! Cada pasta gera, no mínimo, um agravo, uma contestação e pelo menos dois e-mails para a Secretaria de Estado de Saúde (fora os prazos decorrentes da Capital, como especificação de prova, quesitos, apelações e outros), além de uma série de rotinas e controles administrativos, como elaboração de formulários de requisição de cópias às ARES e atos processuais.

Estima-se, assim, que cada procurador elabora uma média de 5 (cinco) peças por dia. O mais preocupante, entretanto, é que tais números estão em crescimento contínuo e exponencial, bastando para tal constatação averiguar o crescimento histórico anual das demandas judiciais de saúde.

Mais sério ainda é o fato de que não se vislumbra qualquer sinal de arrefecimento no crescimento do número de novas ações. Antes pelo contrário, com o advento dos Juizados Especiais da Fazenda, conjugado com uma perceptível

imobilidade da política farmacêutica da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais, aguarda-se um aumento ainda mais explosivo do número de ações judiciais da espécie.

Esse crescimento progressivo reflete o movimento da Judicialização da saúde em Minas e conseqüentemente o volume de trabalho e a responsabilidade da Coordenadoria especializada, que, não esqueçamos, lida com o direito à vida, bem maior em nossa sociedade.

A relação entre o número de ações ajuizadas mensalmente e o número de procuradores é clara e desproporcional.

Quanto maior o número de ações, mais difícil fica a realização de uma defesa pormenorizada e combativa, logo, maior será o número de condenações em honorários advocatícios.

A par do exposto, é de conhecimento amplo que a qualidade de nosso trabalho demanda estreita relação com a Secretaria de Saúde, órgão responsável pelo cumprimento das ordens judiciais proferidas e pelo apoio técnico das defesas. Atualmente, entretanto, nos vemos desprovidos desse atendimento.

A Secretaria de Saúde não atende nossas solicitações em tempo, não nos oferece qualidade de informações e não se mostra apta a cumprir prontamente as ordens judiciais. Tal fato impede a elaboração de defesas técnicas de qualidade, impõe excesso de trabalho aos procuradores e enseja a potencial responsabilização de procuradores pela mora. Não somente isso se mostra oneroso para o Estado, vez que incorrendo em penas moratórias.

A Coordenadoria vem perdendo sua essência, apresentando defesas e insurgências generalizadas, já que desprovidas de informações essenciais, por isso, temerárias.

A conseqüência é óbvia: a sucumbência e o descrédito do trabalho especializado junto ao Judiciário, que passa a enxergar a atuação da Coordenação de Direito Sanitário em Minas como inespecífico e sem conteúdo técnico relevante, bem como contrário ao entendimento pacífico dos Tribunais Superiores em diversos temas.

Já é notável a exacerbação dos valores arbitrados pelo Judiciário a título de multa pelo descumprimento, bem como a exasperação geral dos Juízes, o que vem incrementando a tendência de mandarem apurar eventuais responsabilidades penais e funcionais dos envolvidos no processo.

É notável também que as defesas do Estado, que um dia já foram feitas de forma eficaz e especializada, hoje estão perdendo visibilidade nos tribunais.

Somos hoje uma Coordenação aguerrida, incansável, combativa e atuante, mas que padece da ausência de estrutura, seja física, seja de recursos humanos capaz de absorver a demanda que tende a aumentar drasticamente em Minas, vez que não há neste Estado uma política de saúde estabelecida para combate desse movimento de busca pela assistência de saúde em âmbito administrativo.

Tais fatos geram muita insegurança e apreensão aos Procuradores do Estado de Minas Gerais que atuam na Coordenação de Direito Sanitário, principalmente em razão das sucessivas e crescentes e já mencionadas situações de descumprimento de ordens judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos em saúde, invariavelmente relacionados a situações aflitivas, extremas, não raro de vida ou morte da parte autora.

São reais e crescentes os riscos de imposição pessoal de multa ou da caracterização de crime de desobediência ou prevaricação aos responsáveis pela mora injustificada no cumprimento de decisões judiciais, sendo que, paralelamente, a estruturação do serviço da forma atual não confere a segurança necessária ao Procurador do Estado para eventualmente provar a ausência de responsabilidade pessoal em face da mora no cumprimento.

Por essas razões, nós procuradores da Coordenadoria de Direito Sanitário, nos vemos compelidos a solicitar a intervenção imediata do Sr. Advogado-Geral do Estado, apresentando sugestões de medidas no sentido de viabilizar as condições de trabalho da Coordenação de Direito Sanitário que vislumbra um futuro funesto caso algo não seja implementado urgentemente.

Cumpramos destacar que estamos prontos e imersos em nossas responsabilidades funcionais, negligenciando toda e qualquer outra incumbência em prol do serviço aqui realizado. Contudo, estamos certos, e demonstramos por meio de documentos anexos, que nosso trabalho tem se tornado inviável e não tarda o momento em que não conseguiremos atuar por incapacidade de absorver a demanda do Estado de Minas Gerais, e logicamente nos eximimos da responsabilidade pelas conseqüências advindas dos problemas relatados.

Apresentamos, assim, algumas sugestões:

1. Imediata designação de novos procuradores

Conforme já mencionado, no mês de março de 2011 foram distribuídas quarenta e oito novas pastas para cada procurador. Mês a mês o número de novas ações vem quebrando recordes. Acreditamos que um número limite de pastas a serem distribuídas

por mês por procurador seria vinte e cinco. Para isso seria necessária a designação de ao menos mais nove procuradores, nesse momento.

2. Contratação de assessores jurídicos e funcionários administrativos

A rotina de trabalho depende demasiadamente da Secretaria de Estado de Saúde e do fluxo de documentos solicitados das ARE's, o que exige comunicações diárias e inúmeros trabalhos burocráticos que, na falta de servidores, vem sendo todos realizados pelos próprios procuradores. Estima-se que cada procurador gasta no mínimo duas horas e meia por dia apenas organizando papéis e ofícios para serem elaborados e armazenados, fazendo consultas a andamentos processuais na internet, buscando pastas nos arquivos, providenciando cópias de processos ou de documentos, redigindo e-mails, etc.

3. Contratação de mais estagiários

Hoje cada procurador tem apenas meio estagiário, e assim mesmo por somente meio período. Na prática, portanto, cada procurador da Coordenação de Direito Sanitário pode contar com $\frac{1}{4}$ de estagiário por dia de trabalho. É absolutamente imperioso e urgente que cada procurador possua pelo menos meio estagiário ao dia, ou seja, que ao menos possa contar com um estagiário durante meio expediente (quatro horas).

4. A aprovação de dispensas genéricas, inclusive daquela que já se encontra no Gabinete acerca de RE e RESP retidos em agravo de instrumento. A experiência diária e maciça dos Procuradores do Estado lotados na Coordenação de Direito Sanitário indica que há várias questões jurídicas que, por sua natureza, não justificam a persistência em insurgências por parte do Estado de Minas Gerais, sob pena de lesão ao legítimo interesse público e de descrédito da Advocacia Geral do Estado junto ao Poder Judiciário e à sociedade. Por isso sugerimos o seguinte:

. Dispensa Genérica de agravo de instrumento nos seguintes casos:

- Medicamentos ou procedimentos médicos padronizados pelo SUS
- Medicamentos ou procedimento médicos sem alternativa terapêutica padronizadas no SUS
- Medicamentos ou procedimentos médicos que possuem alternativa terapêutica disponibilizada desde que: exista prescrição médica subscrita por profissional vinculado ao SUS e haja representação pela Defensoria Pública; exista prescrição médica que descreva tentativas anteriores frustradas de utilização dos medicamentos considerados alternativa de tratamento ou, finalmente, exista

laudo técnico do MP ou parecer técnico idôneo favorável ao pleito do autor em caso semelhante.

- Exames e internações já realizados em sede administrativa
- Fornecimento de Leite e Alimentos, em razão da política de nutrição ampla já regulamentada pelo SUS
- Pedido de Internação em UTI

***Em todos esses casos, será feito agravo retido contra eventual fixação de multa por descumprimento**

- . Dispensa de recurso especial em Mandado de Segurança de 2ª Instância, em prol da pacífica jurisprudência firmada nos Tribunais Superiores
- . Dispensa de recurso especial contra ilegitimidade do Ministério Público, em observância à pacífica jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores

Acreditamos que tais medidas, se aprovadas e implementadas, podem resultar numa melhoria das sofríveis condições de trabalho a que estão sujeitos os procuradores da Coordenação de Direito Sanitário na atualidade, que poderão voltar à essência de seu trabalho especializado, combatendo abusos em prol do erário.

Atenciosamente,

Fonte: Documento interno (SES/MG, 2011).

ANEXO F – PALESTRA DE LUÍS ROBERTO BARROSO NO STF EM MAIO DE 2009

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO – Excelentíssimo Senhor Presidente, Ministro Gilmar Mendes, é um prazer e uma honra participar deste debate. Felicito Vossa Excelência não só pela convocação, mas, no caso específico, por ter sido o autor do anteprojeto que resultou na Lei nº 9.868 e que previu esta figura importante que é a audiência pública.

Gostaria de declinar, em primeiro lugar, o meu ponto de observação no tratamento desta matéria. Sou professor – como alguns saberão – de Direito constitucional. Meu primeiro ponto de observação da vida em

Geral é a partir da Constituição e, portanto, da centralidade e da dignidade da pessoa humana e do dever do Estado de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Sou filosoficamente convencido de que o papel do Estado e o da sociedade é assegurar às pessoas que vivam os seus projetos existenciais e ajudar a fazer com que as pessoas sejam o melhor que elas podem ser.

Em segundo lugar, e o meu segundo ponto de observação. Falo aqui em nome do Colégio Nacional de Procuradores do Estado, por delegação do Dr. Rafael Francisco. E, conseqüentemente, também estarei olhando para este problema à luz dos limites e possibilidades dos Estados-membros da Federação, do compromisso que esses Estados devem ter com a promoção, na maior extensão possível do direito à saúde, mas dentro de políticas públicas que possam ser organizadas.

A pior coisa que existe para o sistema é a sua desarrumação; a pior coisa que existe para o sistema é que as pessoas não queiram ser, por exemplo, secretários de saúde por medo de estarem sujeitos à prisão arbitrária ou sujeitos à ação de improbidade.

Portanto, eu acho que é preciso olhar para o sistema de modo a procurar equilibrar as demandas legítimas e as circunstâncias dos gestores públicos de uma maneira geral.

E eu faço um comentário prévio, Senhor Presidente, sobre a questão em si da judicialização. A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o

Judiciário não pode se negar a apreciar e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela.

A natureza desta audiência me impõe passar ao largo de um debate que seria muito relevante em teoria constitucional e em políticas públicas acerca da judicialização, da legitimidade democrática do Judiciário, porque certas decisões devem ser tomadas por quem tem votos e das capacidades institucionais, porque muitas vezes os juízes não são mais capazes do que os gestores públicos.

Mas esse seria um desvio que aqui não seria possível fazer. De modo que eu gostaria de aceitar a judicialização como um fato e, a partir de termos aceitado a judicialização como um fato, de pensar em que situações o Judiciário deve ser ativista, e em que situações o Judiciário deve se mover com autocontenção.

Mais que tudo, penso que o que nós precisamos nessa matéria é estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais que tem tornado, no âmbito dos Estados, o sistema extremamente disfuncional e desigual.

Eu começo, Senhor Presidente, fazendo, paralelamente à questão da judicialização, uma reflexão que acho extremamente importante: a questão prévia do orçamento. Há no Brasil um vazio, que é o debate público sobre a elaboração do orçamento. Há um momento na vida democrática de todos os Estados no qual se tomam as decisões e se fazem as escolhas - as boas e as trágicas - e esta discussão é negligenciada no Brasil. E, portanto, em um momento do segundo semestre de cada ano, médicos, ONGs, pacientes, as pessoas envolvidas no sistema têm que participar de um debate que tem que ser público e transparente, que é a definição de quais políticas públicas de saúde serão prestigiadas e quais os recursos serão alocados àquelas políticas públicas. Portanto, nós temos judicializado e tornado este debate na ponta final mais importante do que o debate prévio, que é estabelecer quanto, onde e para que serão investidos os recursos. Todas as sociedades democráticas debatem: quanto vai para educação, quanto vai para a construção de estradas, quanto vai para a publicidade

institucional. E nós temos que estabelecer o quanto vai para a saúde e procurar determinar qual é o justo em saúde naquele momento e naquele determinado lugar.

Portanto, eu chamaria a atenção para um debate que, paralelamente à judicialização, precisa ser feito no Brasil, o debate no momento da elaboração do orçamento. Ali, sim, é o espaço do grande debate público sobre as políticas de saúde no país.

Feitas essas reflexões, eu gostaria de apresentar algumas ideias relativamente simples e objetivas que podem contribuir para dar uma maior racionalidade ao sistema.

A primeira proposta relativamente simples é a definição de quem será o sujeito passivo nas demandas por prestações de saúde.

Há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos. Embora esta possa parecer uma decisão libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isto cria grande dificuldade administrativa e grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda Pública.

De modo que, quando na distribuição do sistema, seja clara a responsabilidade de um ente, seja por ser um medicamento relacionado a atendimento básico, estratégico ou excepcional, quando o sistema for claro, a jurisprudência precisaria, em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação e ponto. Com isso se evitam as multiplicações de atuações administrativas. As Procuradorias dos Estados vivem assoberbadas em muitas situações que não precisariam atuar. Penso que, quando haja dúvida razoável sobre quem é responsável, aí, sim, parece natural que a jurisprudência se incline pela solidariedade.

A hipótese típica de atuação judícia e reflexão é aquela que pode ser expressa da seguinte forma: onde o sistema se comprometeu a entregar um medicamento, uma terapia, um determinado procedimento e não o entregou, evidentemente a parte tem o direito de ir a juízo e obter esta prestação. De modo que este não é um espaço controvertido e penso que isto seja fora de dúvida espaço controvertido - e penso que isto seja fora de dúvida.

A questão ganha complexidade quando alguém vai a juízo postular um medicamento ou um procedimento que não é oferecido pelo sistema. Aqui, portanto, é que eu gostaria de concentrar as minhas reflexões finais de modo a construir um modelo

em que ninguém seja vencedor nem perdedor; um modelo que realize o justo na maior extensão possível.

A mim, parece-me fora de dúvida que, se alguém vai a juízo postular um determinado medicamento ou procedimento, simplesmente porque não existe uma política pública em relação àquela necessidade, ou a política pública é manifestamente inadequada, o Judiciário deve agir. E acho que o Judiciário deve agir não apenas atendendo à postulação individual, mas, onde não exista política pública, o Judiciário deve ser responsável por deflagrar um diálogo institucional e compelir a autoridade pública a ter alguma política articulada em relação àquela demanda.

Portanto, onde não haja um mínimo de atuação razoável, acho que a judicialização é possível e desejável não apenas para atender à postulação individual, mas para contribuir para a criação de alguma política pública.

A questão mais complexa, no entanto, não é essa. A questão mais complexa é a hipótese em que a Administração Pública, por seus órgãos competentes e fazendo as avaliações técnicas e financeiras necessárias, já instituiu uma política pública que considera adequada.

O único problema é que esta política pública elaborada pela Administração muitas vezes pode não atender a determinadas necessidades individuais ou pode não atender às necessidades de determinado grupo, de um determinado segmento.

Pois bem. Penso - e essa é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política para atender àquela necessidade.

Porque é importante transformar essa disputa de individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm um privilégio - o que é extremamente negativo.

Em segundo lugar, esta fórmula - com o respeito devido e merecido a quem pensa diferente - da judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do

sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.

Quando eu elaborei, há pouco mais de um ano, um estudo para a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro - a pedido da Procuradora-Geral, Doutora Lúcia Léia, sustentei que, fora das listas e dos procedimentos, só se deveria aceitar a ação coletiva. Eu gostaria, talvez aqui, de flexibilizar ligeiramente esse ponto de vista para dizer que é possível se admitir que haja a postulação individual de algum medicamento ou de algum procedimento que não esteja dentro do sistema e é até possível admitir que o juiz, diante de risco de vida iminente ou de grave risco para a saúde, até atenda àquela prestação. Mas acho que esse não é o ponto. O ponto - e esta é a minha sugestão - é pensar um mecanismo pelo qual aquela prestação individual, aquela postulação individual possa ser transformada numa ação coletiva para um debate público. Isso pode se dar - talvez - pela decisão do juiz de oficiar ao Ministério Público e este, então, atuar transformando aquilo numa ação coletiva - isso, de **lege lata**, já é possível pelo Direito vigente - ou, quem sabe até de **lege ferenda**, permitir que o juiz transforme aquela ação individual numa ação coletiva, intimando as partes que ele reputa interessadas. E aí se dará a oportunidade ao Poder Público, transparentemente e no espaço público, defender a sua política pública e demonstrar - passo a concluir, Senhor Presidente - por que ela é adequada, por que ela é justa. Ou seja, onde exista uma política pública adequada, a oferta de benefícios fora do sistema exige a demonstração de que aquela política pública não é justa em relação a alguma situação específica. E se isso for reconhecido, a decisão, em vez de favorecer uma pessoa, favorecerá a todas as pessoas em igual situação.

Eu concluo - e vou ler - com as conclusões que me parecem pertinentes.

1. A judicialização é uma circunstância atual da vida brasileira; todavia, em matéria de dispensação de medicamentos, ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. A intervenção do Judiciário pressupõe a existência de um litígio, de um conflito do não-atendimento espontâneo de uma pretensão. Portanto, é mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e

administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa. Então, ninguém pode estar conformado que a solução para o modelo seja a judicialização.

2. O Judiciário deve reconhecer como parte passiva legítima em ações envolvendo direito à saúde o ente estatal que, nos termos da constituição das leis e dos atos administrativos, tem o dever de entregar o bem jurídico postulado.

3. O debate sobre o direito à saúde e políticas públicas de dispensação de medicamentos deve ter um momento prévio: o da elaboração do orçamento. Historicamente este tem sido um espaço democrático negligenciado pela sociedade brasileira em geral e, no caso específico, pelas entidades médicas de pacientes e interessados no funcionamento do sistema em geral.

4. No caso de descumprimento das regras vigentes do sistema, a judicialização é inevitável e necessária.

E, por último, medicamentos e procedimentos que não estejam previstos no sistema podem ser providos - mas isso deve envolver mecanismos processuais um pouco mais sofisticados. Sem se impedir peremptoriamente eventual decisão individual, o juiz deve provocar a instauração de demanda coletiva que permita ao Poder Público justificar sua política pública na matéria e dar transparência aos seus critérios de decisão.

Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros.

Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.

Muito obrigado!

Fonte: Barroso (2009b).