

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

CARLA DAL PONT DA SILVA

**INTERVENÇÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA
ANÁLISE DO DEVER DO MUNICÍPIO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO**

CRICIÚMA/SC

2016

CARLA DAL PONT DA SILVA

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA
ANÁLISE DO DEVERDO MUNICÍPIO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO**

Trabalho Monográfico, apresentado para obtenção
do grau de Bacharelado no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira.

CRICIÚMA/SC

2016

CARLA DAL PONT DA SILVA

**INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UMA
ANÁLISE DO DEVER DO MUNICÍPIO NO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO**

Trabalho Monográfico aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharelado, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Sanitário.

Criciúma/SC, 07 de Julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira - Orientador

Prof.^a M.^a Adriane Bandeira Rodrigues - UNESC

Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges - UNESC

Dedico este trabalho ao meu avô Braz, que mesmo não estando presente fisicamente sempre esteve em meus pensamentos e em minhas orações, dando-me forças para alcançar meus objetivos. Não só este trabalho, mas tudo o que faço é dedicado à memória dele.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o esforço e dedicação à mim e à minha irmã, sempre prezando por nossa boa educação e pelos valores e princípios que lhe foram ensinados e, agora, a nós repassados.

À minha irmã Anita e à minha avó Maria, que sempre me ajudaram estiveram dispostas a me ajudarem no que fosse possível, dando-me forças e ânimo para continuar nesta caminhada.

Ao meu namorado Carlos, pela ajuda despendida e por todo o carinho e compreensão que sempre teve comigo, me dando apoio e suporte em todos os momentos difíceis.

À minha chefe e amiga, Dra. Shirlei Baschiroto, por toda ajuda e pela grande contribuição ao meu crescimento pessoal e profissional, mostrando-me a beleza do Direito.

Agradeço, por fim, a todos que de certa forma contribuíram para minha chegada até aqui, que não é um fim, mas apenas o começo de uma trajetória de vida.

*Há homens que lutam um dia e são bons;
Há outros que lutam um ano e são melhores;
Há os que lutam muitos anos e são muitos bons;
Mas há os que lutam toda a vida,
Estes são os imprescindíveis.*

Bertold Brecht

RESUMO

Neste trabalho buscou-se o estudo das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no recorte temporal dos anos de 2010 a 2015, que versavam sobre a responsabilidade dos municípios em fornecerem medicamentos excepcionais e de alto custo. Devido aos dispositivos legais, especialmente o dispositivo da CRFB/1988, e a Lei Orgânica de Saúde, apresentarem divergências quanto a responsabilidade do ente municipal acerca do fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo, buscou-se entender os limites do dever dos municípios neste âmbito. Para ter-se uma melhor compreensão acerca da competência do tema, analisou-se o direito à saúde desde a sua concepção, ressaltando seu caráter transcendental e demonstrando sua concepção como direito fundamental reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Abordou-se a história do Sistema Único de Saúde juntamente com a delimitação da responsabilidade de sua gestão, objetivando demonstrar as divergências havidas entre as legislações brasileiras responsáveis pela garantia do direito à saúde. Em razão da necessidade de políticas públicas para a concretização do direito à saúde, tratou-se da judicialização das políticas públicas, face ao considerável aumento das demandas judiciais versando sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo. Utilizou-se do método de pesquisa dedutivo com a utilização da técnica qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal; ademais, no terceiro capítulo, com o emprego da análise jurisprudencial buscou-se demonstrar a necessidade de estabelecer-se um padrão nas decisões do STJ, em virtude de que a demora na resolução da lide dá-se, principalmente, pelo fato de haver divergência legislativa quanto à responsabilidade dos municípios no fornecimento dos medicamentos considerados excepcionais e de alto custo.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Judicialização das políticas públicas de saúde. Fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo. Direito à saúde.

ABSTRACT

This work aimed to study the decisions rendered by the Superior Court of Justice (STJ), in the time frame of the years 2010 to 2015, that focused on the responsibility of municipalities to provide special drugs and high cost. Due to legal provisions, especially the CRFB device / 1988, and the Organic Law of Health, present differences as the responsibility of the municipal entity on the provision of special drugs and high cost, we sought to understand the limits of the duty of municipalities in this scope. To have a better understanding of the issue of competence, the right to health was analyzed from its conception, emphasizing its transcendental character and demonstrating its design as a fundamental right recognized by the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 was addressed, the history of the National health System with the delimitation of the responsibility of its management, aiming to demonstrate the havidas differences between Brazilian legislation responsible for ensuring the right to health. Because of the need for public policies for the realization of the right to health, treated the judicialization of public policies, given the considerable increase in lawsuits dealing on the provision of special drugs and high cost. We used the deductive research method using the qualitative technique with the use of library materials and legal documents; in addition, in the third chapter, with the use of jurisprudential analysis sought to demonstrate the need to establish a pattern in the Supreme Court's decisions, because of the delay in the resolution of the dispute occurs mainly because there divergence legislative as to the responsibility of the municipalities in the supply of medicines considered exceptional and expensive.

Keywords: Unifield Health System. Legalization of public health policies. Provision of special drugs and high cost. Right to health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ART. - Artigo

CAP – Caixas de Aposentadorias e Pensões

CEME – Central de Medicamentos

CONASEMS – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IAP – Institutos de Aposentadorias e Pensões

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS – Instituto Nacional da Previdência Social

MG – Minas Gerais

MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

P. - Página

PCDT – Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

REMUME – Relação Municipal de Medicamentos

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

RS – Rio Grande do Sul

SAS – Secretaria de Assistência à Saúde

SC – Santa Catarina

SINPAS – Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social

SP – São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUNDS – Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

WHO – World Health Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	14
2.1 DIREITOS HUMANOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	14
2.2 O RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL PELO ESTADO BRASILEIRO	20
2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	24
2.3.1 Criação do SUS	26
2.3.2 As competências dos entes federativos na gestão do SUS	28
3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	33
3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS	33
3.2 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	36
3.3 AS TESES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À JUDICIALIZAÇÃO	41
3.3.1 As teses contrárias à judicialização	41
3.3.1.1 O princípio da reserva do possível	41
3.3.1.2 Princípio da separação dos poderes	43
3.3.2 As teses favoráveis à judicialização	45
4 A OBJEÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO PELO MUNICÍPIO	46
4.1 A RELAÇÃO DE MEDICAMENTOS RENAME	46
4.2 OS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO	50
4.3 AS DECISÕES DO STJ NOS ANOS DE 2010/2015 SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO PELOS MUNICÍPIOS	54
4.3.1 Das decisões do STJ acerca da (i) legitimidade dos municípios em fornecerem medicamentos excepcionais e de alto custo	56
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe avanços ao Direito Brasileiro, especialmente quanto aos direitos fundamentais dos cidadãos, ampliando-os e garantindo a eficácia dos mesmos. O direito à saúde sofreu grandes mudanças quando da promulgação da Carta Magna, pois foi efetivamente reconhecido como direito fundamental ligado umbilicalmente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana e integrando o núcleo constitucional de cláusula pétreia, sendo fundamentado no artigo 6º da Constituição Federal.

Sua efetividade foi marcada pela criação do Sistema Único de Saúde (SUS), instituído como uma política pública que buscava garantir o acesso universal aos serviços de saúde, constituído de maneira a formar uma rede hierarquizada e regionalizada (art. 198, CRFB/1988), conforme princípios e diretrizes próprias. Apesar de a criação do SUS ocorrer pela Constituição Federal de 1988, sua regulamentação ficou por conta da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde).

As diversas mudanças no cenário brasileiro, combinado com as necessidades da população contribuíram veementemente para a instituição do SUS e a garantia da universalidade do direito à saúde. Apesar de existirem políticas públicas que objetivam a execução e garantia do direito à saúde, hoje, após mais de vinte anos da promulgação da CRFB/1998 e da ruptura do modelo de seguro social, que regia o direito à saúde, o que pode-se perceber é o aumento considerável nas ações ajuizadas em face dos entes federados onde os cidadãos pleiteiam a efetividade na sua integralidade do direito à saúde.

Dentro deste contexto insere-se o acesso da população aos medicamentos essenciais, estes elencados na Política Nacional de Medicamentos, e que são fornecidos gratuitamente aos cidadãos que deles necessitarem, constituindo uma forma de atendimento à saúde fornecida pelo Estado.

Contudo, não são todos os fármacos que estão contemplados na relação de medicamentos essenciais do SUS (RENAME), vez que muitos medicamentos possuem valor elevado, sendo considerados de alto custo até mesmo para o Estado e, conseqüentemente, para o cidadão que fica impossibilitado de arcar com os valores do fármaco e/ou do tratamento médico e, portanto, não pode manter sua saúde de forma digna. Dessa forma, "muitos pacientes passaram a recorrer a processos administrativos ou judiciais perante órgãos governamentais para fazer valer suas necessidades de medicamentos." (MELAMED; PIOLA, 2011, p. 253).

“O controle judicial das políticas públicas no Brasil se constitui num elemento indispensável de estabilização das relações sociais” (APPIO, 2009, p. 223). No que se refere à intervenção do Judiciário nas questões relativas ao fornecimento de medicamentos, tal ato tem como base o direito subjetivo que cada indivíduo tem de receber todo e qualquer tratamento de que necessita. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196 concretiza o direito à saúde “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, 2015).

Contudo, há certa dúvida quanto à propositura da ação contra o município, pois conforme determinado pelo Ministério da Saúde em sua Política Nacional de Medicamentos, os municípios tem o dever de disponibilizar os medicamentos constantes no RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), sendo que o fornecimento dos fármacos excepcionais e de alto custo é de responsabilidade dos estados e da União. Ademais, há a disposição constitucional do art. 23, inciso II combinada com o estabelecido no artigo 196 do mesmo dispositivo legal, que determinam a responsabilidade solidária entre todos os entes federados no que compete à garantia do direito à saúde.

Tendo em vista a contradição legislativa, o Poder Judiciário, mais precisamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresenta decisões divergentes quanto da responsabilidade dos municípios na questão do fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo, fato este que pode vir a prejudicar o cidadão que espera pelo medicamento para poder ter uma vida com o mínimo de qualidade possível.

Por isso, é de grande relevância entender o referido tema, haja vista que a demora nos julgamentos se dá, em parte, em decorrência da tentativa do referido ente (município) em eximir-se da responsabilidade, juntamente com a própria União, sendo que ambos alegam que tal dever compete apenas ao estado.

Diante de tal impasse, busca-se através deste trabalho tal questão, buscando através do método dedutivo e uso da técnica qualitativa com o emprego de material bibliográfico e documental legal analisar as decisões dos últimos cinco anos (2010 – 2015) do Superior Tribunal de Justiça, vez que procura-se realizar análise das decisões mais recentes, para uma melhor visualização da importância da pesquisa, com o objetivo de que se possa estabelecer um padrão nos julgados, no intuito de identificar a responsabilidade, ou não, do município no fornecimento de fármacos excepcionais e de alto custo, os quais não estão incluídos na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS.

Para a seleção das jurisprudências analisadas utilizou-se principalmente os seguintes termos: ilegitimidade do município; RENAME e legitimidade, além de outros termos não tão específicos para a realização da pesquisa.

Em decorrência de o direito à saúde ser direito social fundamental de todo e qualquer ser humano, sendo direito ligado diretamente ao direito à vida e, considerando que o fornecimento de medicamentos é aspecto essencial na garantia à saúde da população, a divergência legislativa e jurisprudencial no âmbito da responsabilidade dos entes federativos, especialmente com relação aos municípios, quando se é analisado o dispositivo constitucional o qual confronta o disposto em lei específica (Lei Orgânica da Saúde), acaba por gerar uma demora ainda maior na resolução das demandas judiciais propostas quando da negativa dos entes governamentais ao fornecimento de medicamento excepcional e de alto custo que não é fornecido pelo Sistema Único de Saúde.

O trabalho será desenvolvido em três capítulos, sendo cada um com objetivos específicos em si.

Com o primeiro capítulo intitulado como “Direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde”, busca-se a compreensão do conceito de direito fundamental à saúde, trazendo sua previsão junto aos direitos humanos e fundamentais, baseando-se nos estudos de Sarlet (2012), além de demonstrar a história de afirmação da saúde como direito fundamental, e o processo de criação do Sistema Único de Saúde, ressaltando as competências de cada ente federativo dentro da rede regionalizada e hierarquizada do SUS.

Para o segundo capítulo rotulado de “Judicialização das políticas públicas de saúde”, tomou-se como base de estudo a Dissertação de Mestrado da Professora Mestre Adriane Bandeira Rodrigues (2016), onde ir-se-á analisar o conceito de políticas públicas, juntamente com o processo de judicialização das mesmas, tomando conta, ainda, das teses contrárias e favoráveis à judicialização, buscando demonstrar a possibilidade, ou não, da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

O terceiro capítulo assim denominado como “A objeção de fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo município”, ir-se-á analisar os julgados do STJ no período compreendido entre 2010 a 2015, no que concerne ao dever do município em fornecer medicamentos excepcionais e de alto custo, demonstrando a tentativa do Poder Judiciário em estabelecer um padrão de decisões e questionando as obrigações municipais perante a política de medicamentos.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O direito fundamental à saúde possui caráter de direito social, o qual foi reconhecido a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Todavia, atualmente é comum a confusão entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, tendo em vista que ambos referem-se “aos direitos essenciais do indivíduo” (RODRIGUES, 2016, p. 51). Portanto, faz-se necessário estabelecer a relação entre tais expressões, a fim de ter-se uma melhor compreensão do tema.

2.1 DIREITOS HUMANOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Direitos humanos, sob a ótica de Siqueira Junior e Oliveira (2009, p. 43) são “direitos fundamentais da pessoa humana [...], direitos mínimos para que o homem viva em sociedade”. Para eles, os direitos fundamentais “são aqueles imprescindíveis ao homem no seio da sociedade. São direitos indispensáveis à condição humana. São direitos básicos, fundamentais”.

Canotilho (1998, p. 542) assim explica:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Os direitos humanos “[...] são oriundos das reivindicações morais e políticas que todo ser humano almeja perante a sociedade e o governo” (SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 22). Tais direitos geram os chamados direitos subjetivos, os quais são reconhecidos pelos sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

Siqueira Junior e Oliveira (2009, p. 22) afirmam que os direitos subjetivos (direitos humanos) reconhecidos pelo Estado são denominados de direitos fundamentais, pois “são inseridos na norma fundamental do Estado, a Constituição”.

Os direitos humanos que são incorporados ao texto constitucional têm o intuito de limitar o poder do Estado e quando são unidos a outros direitos subjetivos formam os direitos fundamentais, os quais são indispensáveis para a formação de todo Estado Democrático, pois “formam sua base, sendo inerentes aos direitos e liberdades individuais”, funcionando para todos os povos e constituindo as “cláusulas mínimas que o homem deve possuir em face da sociedade em que está inserido (SIQUEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 22).

Severino (1994, p. 98) afirma que os direitos humanos são sinônimo da construção da cidadania e da democracia, e que, o cidadão é aquele que

Compartilha efetivamente dos bens que constituem os resultados da tríplice prática histórica, isto é, das efetivas mediações de sua existência. Ele é cidadão se pode efetivamente usufruir dos bens materiais necessários para a sustentação de sua existência física, dos bens simbólicos necessários para a sustentação de sua existência subjetiva e dos bens políticos necessários para a sustentação de sua existência social.

Segundo Portela e Salgado (2016, p. 92) a raiz da cidadania está nos direitos humanos, pois este último contempla especificações de direitos a serem protegidos mundialmente, como, por exemplo, a saúde, a educação, o trabalho, a segurança, entre outros.

Os direitos humanos são necessários para se fazer uma análise dos impactos das violações dos direitos fundamentais, além de que, “a promoção e a proteção do direito à saúde estão intrinsecamente ligadas à promoção e proteção dos direitos humanos” (MANN, 1996, p. 141).

O mesmo autor afirma ainda que é necessário ampliar as pesquisas no sentido de verificar “[...] como e até que ponto as violações dos direitos humanos, assim como as violações da dignidade, têm impactos identificáveis e mensuráveis sobre a saúde” (MANN, 1996, p. 140).

Assim, percebe-se a importância dos direitos humanos ao verificar-se que,

[...] os direitos humanos são muito mais abrangentes do que os direitos fundamentais, pelo fato de aqueles serem reconhecidos em textos internacionais e considerados válidos para todos os povos; enquanto estes dependem da positivação no ordenamento jurídico nacional via previsão constitucional (RODRIGUES, 2016, p. 54).

Os direitos fundamentais, por sua vez, passaram por diversas transformações desde o seu surgimento nas primeiras Constituições, seja no âmbito de seus conteúdos ou

de sua titularidade, efetivação e eficácia, haja vista sua longa trajetória histórica (SARLET, 2012, 46).

Silva (2008) afirma que “a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” caso não haja os direitos fundamentais, ou seja, tal direito é imprescindível para qualquer ser humano, sendo vedada sua supressão, tendo em vista, também, os princípios constitucionais.

Sarlet (2012, p. 46) explica que no ano de 1979, Karel Vasak, um jurista francês, desenvolveu a “Teoria das Gerações”, a qual classificou os direitos fundamentais em três dimensões, ou gerações, conforme os objetivos nela pretendidos, teoria esta que, mais tarde, foi ampliada contemplando quatro dimensões.

Os direitos fundamentais da primeira dimensão, conforme explica Sarlet (2012, p. 47), são “direitos de cunho negativo”, pois referem-se ao ato negativo por parte do Estado, o qual tem uma “zona de não intervenção”, dando ao indivíduo direitos de defesa para com o poder público. O autor resume esta dimensão como sendo

[...] os chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados. (SARLET, 2012, p. 47)

Sobre a segunda dimensão, Sarlet (2012, p. 48) afirma que esta consiste nos direitos do indivíduo a prestações sociais estatais, onde o Estado teria maior atividade durante a realização da justiça social, fornecendo assistência no âmbito “social, da saúde, da educação, trabalho”, entre outros. Além disso, nesta geração dos direitos fundamentais, há ainda que mencionar que, tais direitos não têm apenas cunho positivo, também há direitos de cunho negativo, como, por exemplo, o direito de greve, direito à férias, garantia do salário mínimo, etc.

No que concerne aos direitos da terceira dimensão, também chamados de direitos de solidariedade e fraternidade, direcionam-se para a coletividade, para a sociedade em geral, os quais exigem esforços mundiais para a sua efetivação, conforme menciona Sarlet (2012, p. 49). Tem-se como exemplo de direitos desta geração o direito à paz, ao meio ambiente e à qualidade de vida.

Paulo Bonavides (1997, p. 524) cita a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, a qual aguarda sua consagração no direito internacional, mas que pode ser definida, nas palavras de Sarlet (2012, p. 50-51), como “[...] o resultado da

globalização dos direitos fundamentais [...], composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo”.

Há autores que mencionam, ainda, a existência da quinta dimensão, no entanto, tal posicionamento não encontra-se totalmente pacificado, havendo divergências acerca do tema.

Dentro destas dimensões dos direitos fundamentais, o direito à saúde está caracterizado como um direito de segunda dimensão, pois é um direito social, que exige uma postura positiva do Estado, no sentido de este promover e garantir todo o tipo de assistência para a efetivação do direito.

No entanto, embora o direito à saúde seja direito social fundamental, “[...] que transita por todas as dimensões, por ser essencial à vida e à qualidade de vida, sendo também essencial para o exercício da democracia” (RODRIGUES, 2016, p. 57), nem sempre dispôs da proteção legal atual.

A saúde só foi integrar o rol de direitos sociais após o século XIX, Dallari (2003, p. 41) explica que “a noção contemporânea de saúde pública” teve repercussão no final do século XVIII, no Estado Liberal burguês, onde a assistência pública era “considerada matéria dependente da solidariedade de vizinhança, na qual o Estado deveria se envolver apenas se a ação das comunidades fosse insuficiente”, ou seja, o Estado agia de forma subsidiária em relação à população e, nessa atuação inseriu-se a raiz do que viria a transformar-se no serviço público de saúde.

Em suma, as atividades do Estado relacionadas à vigilância sanitária, durante a implantação do liberalismo, eram em tudo coincidentes com os interesses da burguesia vitoriosa: valorizando sobremaneira o individualismo dominante, limitá-lo apenas naquilo estritamente necessário à preservação da segurança individual, com o mais absoluto respeito à lei – condição do Estado de Direito (DALLARI, 2003, p.41-42).

No Estado Liberal a saúde passou a receber maior atenção em razão da preocupação da época de se curar doenças, a fim de evitar o adoecimento dos trabalhadores, fato este que comprometeria a produção industrial gerando efeitos negativos nos lucros das indústrias (VIEIRA, 2013, p. 269). Vieira (2013, p. 270) lembra, ainda, que naquele período a sociedade industrial via a doença como sendo “um transtorno para o trabalho industrial, e a única saída para manter o nível alto de produção seria cuidar da saúde do trabalhador”.

Foi somente após a Segunda Guerra Mundial (1939/1945) que a saúde passou a ser considerada direito fundamental de todos os cidadãos, surgindo com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que tinha por objetivo “delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana [...]” (PIOVESAN, 2008, p. 137). Assim, o direito à saúde passou a ser reconhecido como um direito humano, e de acordo com Dallari (2003, p. 46), seria decorrente do direito dos cidadãos em terem uma vida em um nível adequado, estando estabelecido no artigo 25, inciso I do referido documento:

Artigo XXV – 1. Toda pessoa 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, o 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 (ONU, 1948).

Apesar disso, no Brasil, o sistema foi tardio, vez que o direito à saúde surgiu apenas em 1934, sendo previsto na Constituição Federal da época, no entanto, estava muito voltada ao trabalhador, não sendo reconhecido o direito a todos os brasileiros. A Constituição 1937, especificamente em seu artigo 16, inciso XXVII, prescreveu que:

Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:
[...]
XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança (BRASIL, 1937).

Foi através da Constituição Federal de 1988 que a saúde passou a integrar o “[...] status de norma suprema”, sendo-lhe reservado “uma sessão inteira, dentro do capítulo da ordem social [...]” (MOREIRA; ANDRADE, 2015, p. 01).

Cruz assinala

[...] que a Constituição de 1988 concedeu aos direitos fundamentais a atenção que lhes era devida, alçando-os a um novo status jurídico, dentre as inovações trazidas na seara dos direitos fundamentais, destaca a inclusão de direitos sociais no rol de direitos fundamentais. (CRUZ, 2012, p. 13)

“O direito à saúde é um dos direitos fundamentais mais importantes, estando umbilicalmente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana” (SOUZA, 2010, p. 13), sendo pautado na redação do artigo 196 da Constituição Federal, que assim dispõe:

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, 2015)

Através do disposto no texto constitucional, verifica-se que, segundo Souza (2010, p. 14), o direito à saúde é tanto individual quanto coletivo, sendo obrigação do Estado promovê-lo, cabendo também, de forma solidária, à União, aos Estados e aos Municípios garantir à sociedade tal direito, através do desenvolvimentos das políticas sociais e econômicas.

“O direito à saúde caracteriza-se como um direito social fundamental (art. 6º), de aplicabilidade imediata (art. 6º c/c art. 5º §1º), que exige do Estado prestações em sentido estrito (art. 196)” (CANUT, 2013, p. 18). O artigo 196 da Carta Magna, ainda de acordo com Canut (2013, p. 19), trouxe ao direito à saúde a característica de “[...] direito de todos e dever do Estado em garanti-lo por meio de políticas econômicas e sociais que tenham por objetivo a promoção de ações e serviços não só para a recuperação da saúde, mas também para a redução do risco de doenças”.

A saúde como direito fundamental da pessoa humana e dever fundamental do Estado acaba por obrigar a prestação de assistência sempre que a vida, bem mais precioso de todo ser humano, esteja sofrendo risco eminente, pois é um “direito público subjetivo exigível contra o Estado, posto que seu exercício e efetividade dependem de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas de saúde” (FIGUEIREDO, 2006, p. 20).

Hauschildt (2011, p. 55) afirma que o direito à saúde como direito fundamental à pessoa humana fora reconhecido, pela primeira vez, internacionalmente, através da criação, no ano de 1946, da Organização Mundial da Saúde (OMS). No documento é especificado o objetivo da entidade, a qual fora criada para prestar assistência humanitária defendendo a proteção à saúde, além de apresentar a definição de saúde para a Organização:

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.
[...] Article 1 - The objective of the World Health Organization (hereinafter called the Organization) shall be the attainment by all peoples of the highest possible level of health (WHO, 1946).

Herberth Costa Figueiredo (2006, p. 21) assim explica o fato de a saúde ser direito fundamental pautado na norma Constitucional:

A fundamentalidade formal do direito à saúde consiste na sua expressão como parte integrante da Constituição escrita, sendo um direito fundamental do homem, uma vez que situa-se no ápice do ordenamento jurídico como norma de superior hierarquia.
Já a fundamentalidade da saúde, em sentido material, encontra-se ligada à sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, pois não pode haver vida digna humana sem saúde.

O mesmo autor ainda afirma que, por ser “[...] um bem jurídico tutelado através de um conjunto de regras e princípio destinados a darem eficácia imediata e auto aplicabilidade ao art. 196 da Constituição dirigente [...]” a saúde é considerada um direito fundamental do homem (FIGUEIREDO, 2006, p. 20).

Além disso, é de se considerar que a vida é direito primordial de qualquer pessoa, sendo que esta não pode ser assegurada sem que seja garantido o direito à saúde de todo ser humano, condição vital ao bem-estar de todo homem, devendo ser “adequado à necessidade de cada cidadão, abrangendo a promoção, a proteção da saúde e a prevenção” (SILVA; VIEIRA; VIEIRA, 2013, p. 142).

Arnaud e Capeller (2009, p. 33) elucidam que o direito à saúde é uma forma de “solidariedade estatal”, estando ligado à cidadania, pois toda pessoa que vive em um território de Estado é reconhecido como cidadão e, conseqüentemente, terá direito à saúde.

Através da redação do artigo 196, da Constituição Federal, o direito à saúde foi reconhecido como um direito de todos e dever do Estado, sendo garantido através de políticas econômicas e sociais com a finalidade de promover ações e serviços para a recuperação da saúde dos cidadãos e redução do risco acometimento de doenças (CANUT, 2013, p. 19).

2.2 O RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL PELO ESTADO BRASILEIRO

O direito à saúde no Brasil surgiu de forma gradual, como sendo uma “[...] questão social durante o período cafeeiro, como consequência da necessidade de utilização do trabalho assalariado” (MARTINS, 2008, p. 41). A primeira Constituição, datada de 1824, não fez em seu texto qualquer menção sobre o direito à saúde, apenas referiu-se aos

“socorros públicos” que poderiam ocorrer em caso de calamidade pública (RODRIGUES, 2016, p. 60).

Na Constituição Federal de 1891, não foram apresentadas muitas inovações neste sentido, sendo apenas afirmado que as políticas sociais eram de responsabilidade dos estados, sendo nestas incluídas a saúde, a educação e o saneamento (BRASIL, 2007, p. 18).

Neste tocante, Carvalho (2003, p. 23-24) assim menciona:

[...] observa-se que as Constituições de 1891 e 1824 não mencionaram expressamente o direito à saúde, apesar de, já naquela época, o país sofrer grandes problemas de saúde pública, causados por epidemias de doenças infecto-contagiosas, como malária, varíola, febre amarela, peste bubônica, cólera, tuberculose, hanseníase, parasitoses, etc., combatidas apenas pelo modelo hegemônico de saúde da época, o sanitário camponês.

A Revolução de 1930, que depois passou a denominar-se “Golpe de 1930”, foi um marco importante para a história do direito à saúde no Brasil. O governo de Getúlio Vargas, que teve início em 1930, promoveu um “rompimento com o padrão de dominação liberal e oligárquica então existente [...] passando-se a planejar e executar ações voltadas para a integração social” (VIEIRA, 2013 p. 292).

Dentro desta integração social proposta no governo Vargas estava o desenvolvimento da saúde pública, sendo esta, agora, de responsabilidade dos políticos e burocratas da época.

A era Vargas trouxe uma significativa diminuição de mortes por doenças epidêmicas, no entanto, as doenças endêmicas, tais como tuberculose e doença de Chagas, se sobressaíram. Nessa época foram criadas políticas trabalhistas e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e o Ministério da Educação e Saúde Pública (este em 1930, durante o Governo Provisório). Com a criação de uma nova organização do setor de saúde, houve a centralização e verticalização das ações prestadas (que eram focadas em algumas patologias em detrimento de outras), em contraposição ao modelo descentralizado da Primeira República. As decisões sobre as ações de saúde saíram da esfera médica e passaram para a burocracia governamental, que, na maioria dos casos, tinha pouco conhecimento sobre os problemas de saúde e das ações epidemiológicas a serem executadas (VIEIRA, 2013, p. 293)

Com o Golpe de 1930 e o fim da Primeira República Brasileira, surgiram leis de proteção ao trabalhador e a criação das Juntas de Conciliação e Julgamento, o que fez com que a Constituição de 1934 dispusesse acerca do direito à saúde do trabalhador, conforme elucidada Wal Martins:

[...] a Constituição de 1934 privilegiava a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte (artigo 121). Assim, a saúde, a partir da Constituição de 1934, passa à condição de direito subjetivo do trabalhador no âmbito do Seguro Social fomentado pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões (2008, p. 42).

Wagner Balera (1989) afirma que a Constituição de 1934 trouxe a proteção social como uma forma de seguro, tanto para o trabalhador, quanto para o empregador, onde ambos iriam contribuir para tal benefício em igualdade de condições com o Poder Público.

O artigo 121, § 1º, alínea “h”, do referido dispositivo legal, assim dispunha:

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte [...] (BRASIL, 1934).

No entanto, conforme Gonçalves (2012, p.26) a Constituição Federal de 1934 trouxe a proteção à saúde somente aos trabalhadores, excluindo a assistência médica dos desempregados e daqueles que tinham trabalhos informais ou que desenvolviam atividade rural.

A Constituição Federal de 1937 não dispôs praticamente nada sobre os direitos sociais, principalmente sobre o direito à saúde. Na época desta Carta, o país passava por grandes dificuldades, haja vista o forte autoritarismo de Getúlio Vargas, o qual preocupou-se em cuidar “[...] da concentração do poder no âmbito executivo, embora trouxesse alguns avanços na seara dos direitos sociais” (RIBEIRO; JULIO, 2010, p. 450).

Após a Segunda Guerra Mundial foi promulgada a terceira Constituição, a Constituição Federal de 1946. Nesta, “a assistência à saúde ainda permanece jungida exclusivamente ao trabalhador” (MARTINS, 2008, p. 43), no entanto, após a sua promulgação a assistência à saúde foi ampliada, mesmo sem haver este direito social explícito na Carta.

Ainda assim, no artigo 5º, inciso XV, alínea “b”, foi determinado que:

Art 5º - Compete à União:

[...]

XV - legislar sobre:

[...]

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário; [...] (BRASIL, 1946)

Segundo Ribeiro; Júlio (2010, p. 450), os avanços proporcionados pela Constituição de 1946 foram altamente significativos, considerando o período em que se encontrava o país, que estava saindo de um regime totalitário e o mundo vivia o período do pós guerra.

A Constituição de 1967, outorgada em 24 de janeiro de 1967, nas palavras de Gonçalves (2012, p. 29) foi um “retrocesso para o constitucionalismo pátrio”, pois reduziu ainda mais os direitos individuais e admitia a suspensão destes direitos quando do abuso dos mesmos, conforme elucidava o artigo 151, da Carta Magna.

Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa (BRASIL, 1967).

O direito à saúde ficou novamente em segundo plano, não tendo evoluído em nada com a nova Carta Magna, apenas dispôs no artigo 8º, inciso XIV, que era de competência da União “estabelecer planos nacionais de educação e saúde” (BRASIL, 1967). Contudo, tal direito não foi aplicado como um direito fundamental (GONÇALVES, 2012, p. 29).

É importante lembrar também que, durante o período compreendido entre o golpe militar ocorrido em 1964 e a outorga da Constituição de 1967, o país passava pela vigência do Ato Institucional nº. 5, que ficou conhecido como sendo o “marco do desrespeito às liberdades políticas, sociais e individuais” (RIBEIRO; JULIO, 2010, p. 451).

Com a Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, vista por alguns doutrinadores como uma outra Constituição, os direitos sociais continuaram imutáveis, no entanto, devido a situação financeira no país, a saúde passou a ser vista como um bem de consumo, onde as instituições previdenciárias passaram a agir de forma a mercantilizar tal direito (GONÇALVES, 2012, p. 30).

Em razão disso, o sistema de saúde foi encarecido, fazendo com que apenas uma pequena parte da população tivesse acesso à saúde pública, haja vista os altos custos dos procedimentos e medicamentos. Neste contexto,

o sistema de saúde era dividido em três parâmetros: o Estado, que atuava como um financiador por meio da Previdência Social; o setor privado nacional, como prestador de serviços médicos, e, por fim, o setor internacional, que atuava como fornecedor do aparato médico tecnológico e medicamentos (GONÇALVES, 2012, p. 30-31)

Com isso, o Estado transferiu para o setor privado boa parte dos serviços de saúde das pessoas que contribuía com a Previdência Social, tornando o Estado o “principal comprador de serviços de saúde de grupos privados” (GONÇALVES, 2012, p. 31)

A partir dos anos setenta, passou a ser priorizada a assistência médica curativa e individual. Na segunda metade dos anos setenta surgiu a ideia de expansão de cobertura assistencial. 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 (MARTINS, 2008, p. 45).

O direito à saúde foi ignorado durante muito tempo, não sendo visto como um direito fundamental, integrado no “[...] núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana” (SALAZAR; GROU, 2009, p. 14). Foi somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o direito à saúde foi consagrado como um direito fundamental de todo brasileiro.

Com a Carta de 1988, a saúde tornou-se obrigação do Estado, e conforme aduz Gonçalves (2012, p. 33), “seguiu o exemplo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, da Constituição Portuguesa, de 1976, e da Constituição Espanhola, de 1978, [...] e outorgou significado especial aos direitos fundamentais”.

A partir da CRFB/88 o direito à saúde passou a ser reconhecido como direito fundamental inerente a todos os cidadãos, “assumindo as características da universalidade, integralidade, equidade e obrigação do Estado” (RIBEIRO; JULIO, 2010, p. 451), sendo um passo significativo para os próximos avanços no âmbito dos direitos sociais.

2.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde, de acordo com Aith (2010, p. 201), trata-se de uma “garantia constitucional do direito à saúde que reúne os instrumentos jurídicos, administrativos, institucionais e financeiros para que o Estado brasileiro desenvolva atividades necessárias para a garantia do direito à saúde no país”, sendo, para tanto, a maior e mais importante certificação jurídica deste direito, “[...] na medida em que integra e organiza diversas outras garantias concretas” (AITH, 2010, p. 201).

O Sistema Único de Saúde encontra-se definido no artigo 198, da Constituição Federal, da seguinte forma:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. [...] (BRASIL, 1988)

Dallari; Nunes Junior (2010, p.77) afirmam que a ideia de sistema transmitida pelo artigo 198, da CRFB/1988 “expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços, etc.) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde”. Nas palavras de Aith (2010, p. 203), o Sistema Único de Saúde é constituído por uma “rede de ações e serviços públicos de saúde prestados no país [...] que, reúne em si todas as instituições jurídicas que desenvolvem ações e serviços públicos de saúde no Brasil”.

Os serviços e ações de saúde submetem-se a princípios e diretrizes específicos, o que é feito, no caso daqueles prestados pelo Poder Público, em obediência à Constituição de 1988, por uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único organizado conforme as diretrizes estabelecidas pelo artigo 198 (SALAZAR; GROU, 2009, p. 44-45).

Leticia Canut (2013, p. 19) afirma que o SUS foi implantado como sistema único o que o configura como “uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde a ser organizada sob um desenho descentralizado que permitia a participação da comunidade para cumprir o atendimento integral à população”, sendo definido em conformidade “com o sistema de proteção social de seguridade”, criado com o objetivo de “alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer indivíduo, sendo proibida cobrança de quaisquer valores pelos serviços prestados” (MARTINS, 2008, p. 68).

O modelo de proteção social da seguridade social teve origem no pós-guerra, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial e, em decorrência deste novo modelo, o Estado passou a considerar os direitos sociais como direitos universais a todos os indivíduos que deles necessitavam.

Na Constituição Federal de 1988, este modelo de seguridade social, o qual, segundo Canut (2013, p. 20) é “um modelo protecionista que visa, por meio da intervenção estatal, garantir o direito universal à saúde”, ficou claramente demonstrado e determinado na redação do artigo 194 do texto constitucional:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
I - universalidade da cobertura e do atendimento;
II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
V - equidade na forma de participação no custeio;
VI - diversidade da base de financiamento;
VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988)

Por meio da adoção do novo sistema de proteção social, ficou evidente ao Estado que este precisaria garantir os direitos sociais, utilizando-se de políticas públicas para realizar o desenvolvimento dos direitos fundamentais da sociedade. Neste momento, partiu-se para uma série de acontecimentos que dariam origem ao, talvez, mais importante avanço no âmbito do direito à saúde: o Sistema Único de Saúde.

2.3.1 Criação do SUS

O Sistema Único de Saúde foi criado a partir do novo tratamento dado aos direitos sociais pela Constituição Federal de 1988, após sua promulgação, sendo “o resultado de um processo social que visava mudar a forma como o Brasil garantia a atenção à saúde de seus cidadãos [...]” (LOBATO; GIOVANELLA, 2008).

A história do SUS inicia em 1923, através da criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP), instituídas pela Lei Eloy Chaves, para garantir aos trabalhadores das fábricas que recebessem pensão em caso de ocorrência de acidentes ou

afastamento do trabalho em razão de doenças, e, futuramente, uma aposentadoria. Através desta política, iniciam-se as primeiras discussões sobre o atendimento dos trabalhadores no aspecto da saúde, surgindo, também, “as complexas relações entre os setores público e privado que persistirão no futuro Sistema Único de Saúde” (REIS; ARAUJO; CECÍLIO, 2012, p. 31).

Em 1932 durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, as CAP's foram substituída em razão do desejo do Estado aumentar as “categorias do operariado urbano” e, por isso, foram criados os IAP's, Institutos de Aposentadoria e Pensões, sendo esta a forma que o Estado encontrou de responder às reivindicações dos trabalhadores em razão do processo de industrialização que vinha ocorrendo na época (REIS; ARAÚJO; CECÍLIO, 2012, p. 32).

Em 1965, é instituído o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual, segundo Reis; Araújo; Cecílio (2012, p. 32), “consolida o componente assistencial, com marcada opção de compra de serviços assistenciais do setor privado, concretizando o modelo assistencial hospitalocêntrico, curativista e médico-centrado”, modelo este que teve grande influência no atual modelo do SUS.

O INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), órgão instituído dentro do Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS), foi criado em 1977 e foi o órgão governamental responsável pela prestação de assistência médica, efetuando a compra de serviços médico-hospitalares especializados do setor privado para o setor público, o qual existiu até a sua incorporação ao Ministério da Saúde, através do Decreto nº. 99.060/90, no entanto, sua lógica de funcionamento prevalece até hoje dentro do sistema de saúde pública brasileiro.

Após a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, que ampliou o conceito de saúde, caracterizando-a como sendo um dever do Estado e dando à ela o caráter de direito universal, no ano de 1987, foram criados os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), que objetivavam, principalmente, a “universalização e equidade no acesso aos serviços de saúde; integralidade dos cuidados assistenciais; descentralização das ações de saúde; implementação de distritos sanitários” (REIS; ARAUJO; CECÍLIO, 2012, p. 8).

Através da institucionalização dos SUDS, o Governo Federal iniciou o repasse de recursos para que os estados e municípios pudessem ampliar suas redes de serviços, onde as secretarias estaduais de saúde transmitiam aos municípios “[...] recursos financeiros federais conforme uma programação de aproveitamento máximo de capacidade

física instalada” (REIS; ARAUJO; CECÍLIO, 2012), ou seja, trata-se do modelo mais próximo do atual SUS.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, também chamada de Constituição Cidadã, restou estabelecida a saúde como direito fundamental, sendo que nas palavras de Vieira (2013, p.323), a CRFB/1988 “deu à temática da saúde tratamento em diversas passagens do seu texto, não se limitando apenas em definir a saúde como um direito social de forma genérica, mas especificando os fundamentos e como seria exercido esse direito”.

Somente em 1990, através da Lei nº. 8.080, que dispôs “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” (BRASIL, 1990) foi regulamentado o Sistema Único de Saúde, detalhando os princípios, diretrizes, competência, organização, direção e gestão, a participação do sistema privado naquele modelo público, dentre outros aspectos importantes para o funcionamento do sistema de saúde pública brasileiro.

Em 28 de dezembro do mesmo ano, através da Lei nº. 8.142, foi estabelecida a participação da comunidade na gestão do SUS, sendo, também, instituído os Conselhos de Saúde e legitimando os órgãos representantes do governo estadual (CONASS) e municipal (CONASEMS).

O SUS foi criado com função de mecanismo de promoção da equidade no atendimento da saúde da população, ofertando serviços com qualidade adequados às necessidades, independentemente do poder aquisitivo do indivíduo. Tem por objetivo promover a saúde, priorizando as ações preventivas e democratizando as informações relevantes para que a população conheça seus direitos e riscos à saúde (MARTINS, 2008, p. 69).

O SUS é um serviço público social, tendo a promoção à saúde como seu principal objetivo. “Antes da criação do Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde desenvolvia quase que exclusivamente ações de promoção da saúde e prevenção de doenças, como campanhas de vacinação e controle de endemias” (BRASIL, 2011, p. 24).

De acordo com Rodrigues (2016, p. 68) “o surgimento do SUS constitui-se em uma transformação paradigmática no sistema de saúde brasileira, pois foi construído sob a concepção de seguridade social, no qual o acesso ao atendimento restou universalizado”.

2.3.2 As competências dos entes federativos na gestão do SUS

O Sistema Único de Saúde é um conjunto de ações de saúde que está condicionado à cooperação entre os entes federados. A Constituição Federal preceitua que a saúde é um dever do Estado, o qual deve ser entendido como o Poder Público em um todo, ou seja, União, estados, Distrito Federal e municípios, haja vista que este sistema faz parte “das ações definidas na Constituição como sendo de ‘relevância pública’” (BRASIL, 2011, p. 25).

Devido ao processo de descentralização do SUS foi necessário fazer a distinção de alguns conceitos, a fim de entender melhor as funções do sistema e de “tratar a ação de comandar o sistema de saúde de forma distinta daquela de administrar ou gerir uma unidade de saúde” (BRASIL, 2011, p. 33). Neste vértice, ficaram definidos os seguintes conceitos:

[...] gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatorio, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema. Por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1996).

Dessa forma, a gestão do Sistema Único de Saúde é realizada pelos representantes de cada esfera do governo que são designados para desenvolver aquelas funções do Executivo na área da saúde (BRASIL, 2011, p. 33), sendo que esta gestão é definida através do disposto no artigo 15, da Lei Federal nº. 8.080/1990:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

- I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;
- IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;
- V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
- VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
- VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;
- VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;
- IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

- X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;
- XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
- XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
- XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;
- XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;
- XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
- XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;
- XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;
- XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
- XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
- XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial (BRASIL, 1990).

O mesmo dispositivo legal, em seu artigo 9º determina que a direção do SUS deve ser única sendo exercida pelos entes federados da seguinte forma:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

- I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
- III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (BRASIL, 1990).

É importante determinar o papel de cada ente federado na gestão do SUS para que se possa fazer uma identificação das particularidades de cada esfera governamental de forma coerente,

[...] com os princípios e os objetivos estratégicos da política de saúde, e para cada campo da atenção na saúde. [...] Este processo tem sido orientado pela Legislação do SUS e pelas Normas Operacionais que definem as competências de cada esfera de governo e as condições necessárias para que estados e municípios possam assumir suas funções no processo de implantação do SUS (BRASIL, 2007, p. 42).

Em se tratando de funções dos entes federados no âmbito do SUS, são identificáveis quatro grupos de

[...] macro funções gestoras nos diferentes campos de atenção à saúde, que englobam: (1) formulação de políticas e planejamento; (2) financiamento; (3) coordenação, regulação controle e avaliação de ações, bens e serviços dos sistemas de saúde; (4) prestação direta de ações e serviços de saúde (BRASIL, 2006, p. 65).

Quanto ao grupo de funções da formulação de políticas e planejamento, este é desenvolvido por todos os entes federados (União, estados e municípios). No entanto, mesmo sendo uma competência comum entre as três esferas, cada uma atua na sua área “sendo estratégica a ação dos governos federal e estaduais para a redução das desigualdades regionais e locais”. Esta função vem sendo “compartilhada entre os gestores do SUS, no âmbito das Comissões Intergestoras e dos Conselhos de Saúde, embora isso não se dê de forma homogênea” (BRASIL, 2006, p. 65).

O financiamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade, também, de todos os entes federados, contudo, desde a década de 1990 houve uma diminuição significativa dos valores despendidos pelo governo federal para o financiamento do SUS. Em contrapartida, a participação dos municípios no gasto público com a saúde foi alterada, porém, grande parte dos valores despendidos pelo gestor municipal é de origem federal e as ações a que estes valores são vinculados são a programas específicos, o que torna o poder de decisão do órgão municipal acerca da verba mais restrita, impedindo seu poder de decisão sobre os recursos totais recebidos (BRASIL, 2006, p. 65).

Em relação à terceira macro função tem-se que,

Cabe à União: a coordenação e regulação de sistemas estaduais, o apoio à articulação interestadual, a elaboração de normas de orientação quanto à regulação de sistemas e a avaliação do desempenho dos sistemas estaduais. A regulação da política pelo gestor federal se manifesta predominantemente por meio de normas e portarias federais, associada a mecanismos financeiros. Cabe aos estados: a coordenação e regulação de sistemas municipais, o apoio à articulação intermunicipal, a coordenação da distribuição dos recursos financeiros federais nos municípios, a implantação de mecanismos de regulação (centrais), a avaliação do desempenho dos sistemas municipais. Aos municípios, atribuem-se as funções de organização das portas de entrada do sistema, o estabelecimento de fluxos de referência, a integração da rede de serviços, a articulação com outros municípios para referências, a regulação e avaliação dos prestadores públicos e privados situados em seu território (BRASIL, 2006, p. 66).

A responsabilidade da prestação direta de ações e serviços foi, aos poucos, sendo transferida para os estados e, principalmente, para os municípios, os quais foram expandindo as suas redes de serviços próprios. O gestor estadual é o responsável pela

prestação de serviços ambulatorial e hospitalar, cabendo à União, a execução de serviços excepcionais, como os hospitais universitários.

Neste vértice tem-se que,

na lógica federativa, o que se verifica, portanto, é uma capacidade de autodeterminação dos entes federados, o que faz com que União, Estados, Distrito Federal e Municípios fiquem hierarquicamente ombreados, sem que um possa interferir no âmbito de funcionamento do outro, exceto, por evidente, exceções estabelecidas pela Constituição. Não há, assim, subordinação de um ente a outro (DALLARI; NUNES JUNIOR, 2010, p. 79).

No que concerne ao dever de proteção à saúde, conforme entabulado pelo artigo 23, II, da Constituição Federal de 1988, é competência comum entre todos os entes federados “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988). Dallari; Nunes Junior (2010, p. 102-103) aduzem não ser possível interpretar a norma de outra forma se não esta, haja vista que a própria Carta Magna faz menção a um sistema único, podendo-se ler nas entrelinhas como “a interação cooperativa de todos os entes federativos para sua concretização”.

Após serem delimitadas as competências e os deveres de cada ente federado, além dos direitos de cada cidadão no âmbito da assistência à saúde, precisou-se criar uma forma de garantir a execução destes direitos, de maneira a concretizar o direito à saúde, o que passou a ser feito através das políticas públicas de saúde.

3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

O cenário de crise visto no país entre os séculos XIX e XX, em razão dos problemas sociais e do capitalismo, deixou aparente a necessidade de um novo modelo de Estado, vez que o Estado Liberal mostrava-se insustentável. Em decorrência disso, “o Estado assumiu nova feição e passou a intervir na economia e na sociedade por meio de programas de políticas sociais” (CANUT, 2013, p. 14).

De acordo com Canut (2013, p. 14-15), com o surgimento do Estado Social, “verificou-se a previsão legal dos direitos de segunda geração – os direitos sociais, econômicos e culturais – que objetivavam, por meio da intervenção estatal, a inclusão social”, mas que, conforme estes direitos eram conquistados e reconhecidos, cada vez mais eram necessárias ações estatais que os concretizassem e os protegessem.

O Estado, então, passou a intervir por meio de políticas públicas que, conforme mencionam Viana e Baptista (2008, p. 68), “são o processo de construção de uma ação governamental para um setor, o que envolve recursos, atores, arenas, ideias e negociações”. Na concepção de Souza (2007, p. 69) as políticas públicas são “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

Kotlinski e Giulianis (2012, p. 306) afirmam que “a característica fundamental do Estado de Bem Estar Social é a responsabilidade em garantir condições dignas de existência aos cidadãos, não só àqueles que possuem condições econômicas, mas a todo o conjunto da população”, ou seja, o Estado Social é manifestado através das políticas públicas, as quais são organizadas e desenvolvidas de acordo com o tipo de proteção social buscada pelo Estado, através de “amplos sistemas de provisão de bens e serviços de saúde, educação e assistência, visando ampliar o bem-estar da população” (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 07).

O sistema de proteção social foi sendo organizado conforme a necessidade de cada país, seguindo a forma de intervenção do Estado, sendo que os sistemas podem ser classificados em três ideais: assistência social, seguro social e seguridade social (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 09).

No modelo da assistência social as necessidades dos indivíduos são satisfeitas com base nos interesses individuais e na capacidade de cada um de adquirir os bens e serviços que são necessários para a sua subsistência, ou seja, nele o Estado interfere o mínimo possível, ficando a cargo de cada um a atenção às suas necessidades. Segundo Fleury; Ouverney (2008, p. 11), “[...] os valores dominantes são a liberdade, o individualismo e a igualdade de oportunidades, capazes de gerar condições diferenciadas de competição no mercado”.

As ações assistenciais devem dirigir-se aos focos de pobreza ou grupos vulneráveis, sendo necessário apresentar uma prova de inexistência de meios, que ateste sua incapacidade financeira para tornar-se beneficiário. [...] A assistência social surge como modelo de caráter mais propriamente preventivo e punitivo que uma garantia dos direitos da cidadania, o que se evidencia nos rituais de desqualificação dos envolvidos nessas práticas – como no tratamento muitas vezes ainda dado a meninos de rua e prostitutas que implicam até a perda de outros direitos da cidadania, como o direito de ir e vir. (FLEURY; OUVERNEY, 2008, p. 11).

Fleury, Ouverney (2008, p. 11) afirmam que a relação do modelo de assistência social é uma “cidadania invertida”, haja vista que o indivíduo é colocado em uma política pública em razão do “seu próprio fracasso social”, onde a assistência social passou a ser vista com a “perspectiva de caridade e voluntariado”, mas que o serviço social em geral vem lutando para inserir o assistencialismo como uma política pública e direito dos cidadãos.

O modelo do seguro social inicialmente foi implantado por Bismarck, na Alemanha, estando voltado para os “trabalhadores do mercado formal, já politicamente organizados” e, tendo “como característica central a cobertura de grupos ocupacionais por meio de uma relação contratual” (FLEURY; OUVERNEY, 2008, p. 12).

Neste modelo os beneficiários, que podem ser tanto empregados quanto empregadores, fazem contribuições mensais e obrigatórias, com base em uma porcentagem fixa sobre o salário, e, por isso, este modelo dirige-se às categorias profissionais.

Conforme elucida Fleury e Ouverney (2008, p. 12), o seguro social tem como objetivo, “a manutenção das condições socioeconômicas dos beneficiários, em situação de risco [...]; visa assegurar àquele que já tenha contribuído durante um determinado período condições de vida semelhantes àquelas de um trabalhador ativo”, sendo que os recursos arrecadados são distribuídos entre os contribuintes de forma que, “aqueles que mais contribuírem terão direito a mais benefícios”.

Tal modelo é referencial ao sistema de aposentadorias do Brasil, no entanto, não pode ser plenamente aplicado à saúde, pois nesta última, “os que menos contribuem, por terem salários mais baixos, são os que mais necessidades têm” (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 12).

Já no modelo de seguridade social, baseado no Plano de Beveridge, de 1942, são designadas políticas públicas que garantem, através do Estado, o direito a um mínimo vital a todos os cidadãos, permitindo a existência “de um padrão mínimo de benefícios, de forma universalidade, independentemente da existência de contribuições anteriores. O acesso aos benefícios depende unicamente da necessidade dos indivíduos [...]” (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 13).

A seguridade social objetiva reduzir as desigualdades geradas no mercado, gerando um sistema de políticas públicas que asseguram a coordenação da execução de políticas sociais que redistribuem os benefícios do modelo.

Neste vértice,

o Estado desempenha um papel central tanto na administração como no financiamento do sistema, que destina recursos importantes do orçamento público para a manutenção das políticas sociais. Os recursos do sistema são repartidos na medida em que as despesas são cobertas com recursos que são arrecadados periodicamente. Nesse sentido, fala-se que a seguridade gera um compromisso entre gerações, em que os adultos atuais pagam os benefícios da geração de seus pais e criam uma dívida para a geração de seus filhos. Nesse modelo, podemos falar de uma cidadania universal, já que os benefícios são assegurados como direitos sociais, de forma universalizada a todos aqueles que necessitem deles. (FLEURY; OUVÉNEY, 2008, p. 13)

Desta forma, como bem aduz Eduardo Appio (2004, p. 217),

as políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

Partindo-se desta premissa, tem-se que as políticas públicas são fator determinante para a efetivação do dever constitucional de garantia pelo Estado da saúde, “cuja satisfação envolverá necessariamente a escolha de uma ação em detrimento de outra pela Administração Pública com anuência do Legislativo” (CRUZ, 2012, p.27).

Ainda segundo Appio (2004, p. 218), as políticas públicas representam um desejo de planejamento social, o qual é realizado por meio do desenvolvimento e “execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas”.

3.2 O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Sistema Único de Saúde foi criado para garantir o direito social fundamental à saúde, sendo uma política pública criada pelo Estado para promover o direito à saúde, assegurando a todos o acesso a ele.

No entanto, pode-se verificar o crescente número de ações judiciais que objetivam a obrigação do Estado em fornecer diversos tipos de prestações de saúde aos cidadãos, embasando-se nas necessidades individuais de cada um, as quais acabam chocando-se com as determinações das políticas públicas (DELDUQUE, MARQUES, CIARLINI, 2009, p. 181).

“O fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde vem hoje ganhando importância teórica e prática, envolvendo debates pungentes [...] e trouxe para o centro do debate a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde” (MARQUES, 2011, p. 143). Neste sentido, Delduque, Marques e Ciarlini (2009, p. 183) trazem o seguinte conceito para a judicialização:

[...] ocorre a “judicialização” da política quando o Poder Judiciário, órgão central do sistema jurídico, passa a atuar para além dos limites estruturais desse sistema, operando com ferramentas próprias do sistema político, sem ter capacidade para tanto, exercendo, assim, a função que só o sistema político pode exercer na sociedade, qual seja: a tomada de decisões coletivamente vinculantes. Em outras palavras, trata-se da sobreposição das decisões judiciais às decisões políticas [...]

Apesar de haver a independência decorrente dos dispostos na Constituição Federal de 1988 entre os Poderes, não há que se falar em afastamento do controle exercido pelo Judiciário, pois, “quando se trata de dar cumprimento a direitos humanos fundamentais, normas constitucionais de aplicação imediata, não se pode falar em ingerência indevida do Judiciário nas funções alheias”. (SALAZAR; GROU, 2009, p. 82).

Salazar; Grou (2009, p. 82) elucidam que não é dever do Poder Judiciário a intervenção nas funções do Legislativo e do Executivo

[...] com o intuito de simplesmente substituir seus juízos de conveniência e oportunidade. Mas, quando houver uma violação à imposição constitucional por parte do legislador ou do administrador, deverá exercer seu papel de julgador, impedindo ofensa à Carta Magna. Diante da incapacidade do Legislativo e do Executivo brasileiros de garantir um cumprimento racional e razoável dos preceitos constitucionais, a atuação do Judiciário no controle da prestação dos serviços de relevância pública vem se tornando cada vez mais essencial.

Delduque; Marques; Ciarlini (2013, p. 181) afirmam que o acesso à saúde através da via judicial demonstra a “dificuldade de se conjugar a atuação dos sistemas político e jurídico em prol da garantia dos direitos sociais”. Por isso, atualmente há um grande debate acerca do processo de judicialização das políticas de saúde, que gira em torno do questionamento de “como resolver a garantia da prestação individual sem ferir o planejamento coletivo” (DELDUQUE; MARQUES; CIARLINI, 2009, p. 182).

É comum que nos Estados modernos, onde é aplicado o princípio da separação dos poderes, os conflitos sociais sejam resolvidos através da intervenção do Poder Judiciário quando não há um consenso social. No entanto, quando há grande demanda do Judiciário, como no que se refere ao direito à saúde, o Poder Legislativo e o Executivo imediatamente movimentam-se para que o Judiciário não seja o responsável pela resolução de tais conflitos, criando leis e políticas públicas no intuito de aperfeiçoar o direito sanitário brasileiro (AITH, 2010, p. 222).

Fernando Aith (2010, p. 223) ainda aduz que,

[...] na esfera política, a efetivação do direito à saúde enfrenta três grandes desafios atualmente. O primeiro é relacionado ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde. O segundo guarda relação com a forma como serão prestados os serviços públicos de saúde – diretamente ou por meio da terceirização de serviços. O terceiro refere-se às dificuldades de articulação entre os três entes federativos, igualmente responsáveis pelos cuidados com a saúde no país.

Segundo a tese de Aith (2010, p. 223) no que se refere ao financiamento das ações da saúde pública, o artigo 198, §2º da Constituição Federal de 1988, que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 29/2000, prevê que é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios despenderem de seus recursos financeiros valores necessários para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º [...] (BRASIL, 1998).

Contudo, a aplicação desta disposição constitucional está entrelaçada ao artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que determina os valores a serem empregados por cada ente federativo nos serviços e ações públicas de saúde, senão vejamos:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo. (BRASIL, 1988)

Aith (2010, p. 223) explica que os valores definidos pelo artigo 77, do ADCT “poderão ser modificados ou mantidos quando for aprovada a lei complementar a que se

refere o §3º do artigo 198 da Constituição” e que, “conforme for o texto dessa lei complementar, poderemos verificar avanços ou retrocessos no financiamento da saúde”.

Neste vértice, percebe-se que a garantia do direito à saúde no Brasil enfrenta grandes desafios para estabelecer-se, sendo que a primeira delas, conforme bem menciona Aith (2010, p.223-224), é a aprovação da lei complementar a que refere-se o §3º, do artigo 198, da Constituição Federal, ou seja, uma legislação que “[...] efetivamente dedique financiamento perene ao SUS”.

Ademais, há também dificuldades de aplicar-se de forma integral os fundos dos entes federativos em conformidade com o que determina a Lei 8.142/90, que 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” (BRASIL, 1990), vez que muitos entes federativos ainda não possuem um fundo de saúde e, alguns dos que têm à sua disposição tal fundo, não o utilizam da forma prevista em lei, o que acaba trazendo dificuldades na aplicação do controle social nas despesas com a saúde (AITH, 2010, p. 224).

O segundo grande desafio relaciona-se à forma de prestação dos serviços da saúde pública, pois apesar de a lei nº 8.080/90 afirmar que os serviços públicos de saúde devem ser prestados pela administração pública direta ou indireta da União, dos estados e dos municípios, há uma grande tendência de terceirização destes serviços para empresas privadas, contrariando a disposição legal.

Aith (2010, p. 224-225) afirma que tal prática atualmente é justificada pelo movimento nacional sob a afirmação de que seria impossível prestar os serviços de saúde “[...] com qualidade e eficiência dentro das rígidas regras da administração pública, sendo a terceirização o melhor caminho para a prestação célere de serviços”. No entanto, o autor acredita não ser possível esta terceirização, haja vista que para tal seria necessária uma maior fiscalização e a regulamentação através de normas jurídicas precisas que prestassem informações à sociedade dos serviços prestados e dos gastos com a terceirização.

O terceiro desafio nomeado por Aith (2010) é referente às dificuldades de os entes federativos articularem-se entre si para o desenvolvimento da prestação da saúde no Brasil. Neste aspecto, o grande desafio é que a União, juntamente com os estados e municípios, desenvolvam de forma harmônica e integrada a prestação dos serviços de saúde pública com qualidade.

A judicialização da saúde é tema complexo e que traz diversos questionamentos, especialmente aqueles voltados aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Marques (2011, p. 146) lembra que “as normas constitucionais de proteção à saúde não são normas programáticas, que dependem da efetiva comprovação de recursos para serem exercidas. Elas são autoexecutáveis, por qualquer cidadão que venha a necessitar de um cuidado a saúde”.

Neste sentido, seria desnecessária a intervenção do Judiciário nas questões relativas à promoção do direito à saúde, no entanto, o cenário atual é completamente diferente, pois o Judiciário vem sendo acionado para intervir até mesmo em questões simples, nas quais seria claro o dever do ente federativo na prestação da assistência no âmbito da saúde.

Faria (2002, p. 59) afirma que a complexidade das questões que versam sobre a garantia dos direitos sociais na atualidade “estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo”.

Portanto, quando o Poder Judiciário é acionado pela sociedade para intervir na busca pela prestação estatal em relação aos serviços públicos de saúde, acaba decidindo por condenar o Estado a prestar os mais diversos tipos de serviços no que se refere à saúde, seja em forma de medicamentos ou de prestações de saúde, mesmo que estas não estejam especificadas em políticas públicas (MARQUES, 2011, p. 146).

Todavia, na maior parte das vezes em que o Judiciário é acionado para promover tal intervenção, há grandes debates no tocante aos limites da intervenção do Poder Judiciário. Sarlet (2011, p. 328) faz a seguinte observação:

Cuida-se, também, neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a autoajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara.

Assim, cabe aos magistrados ponderarem suas decisões tendo em vista os dois lados do processo judicial onde, de um lado encontra-se o cidadão que pleiteia pela garantia de seu direito fundamental à saúde e, de outro, estão os entes federados, cada um com sua tese de defesa, buscando eximirem-se da responsabilidade da prestação de determinado serviço de saúde (RODRIGUES, 2016, p. 127).

3.3 AS TESES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS À JUDICIALIZAÇÃO

Como mencionado em item anterior, nos últimos anos o número de ações judiciais em face dos órgãos governamentais buscando a prestação de serviços públicos de saúde cresceu significativamente e, em cada uma delas, as teses de defesa dos entes federativos percorrem, na maioria das vezes, o mesmo princípio: a questão orçamentária e a separação de poderes.

Fernando Aith (2010, p. 232) explica que um dos desafios para a efetivação do direito à saúde é o fato de haver uma grande variedade de “leis, decretos, portarias, resoluções e outros textos normativos que formam o direito sanitário brasileiro hoje” e que, pelo fato de muitas delas serem anteriores à lei de regulamentação do Sistema Único de Saúde, acabam contradizendo os preceitos fundamentais do SUS e tornando dificultoso o entendimento e aplicação correta dos dispositivos legais.

A cada demanda ajuizada requerendo a prestação de serviços de saúde pública, os entes federativos apresentam teses de defesas que baseiam-se, principalmente, nos recursos financeiros disponíveis e na incompetência do Poder Judiciário em decidir pela “alocação de recursos públicos, imiscuindo-se nas atribuições privativas dos Poderes Executivo e Legislativo (RODRIGUES, 2016, p.127).

3.3.1 As teses contrárias à judicialização

3.3.1.1 O princípio da reserva do possível

É sabido que para a garantia dos direitos sociais fundamentais e a execução por completo das políticas públicas de saúde são necessários elevados recursos financeiros, o que, para os entes federados, são o chamado “princípio da reserva do possível”, termo utilizado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, durante o julgamento do caso de estudantes que desejavam ingressar na faculdade de medicina em universidades Alemãs, haja vista que suas vagas foram negadas pelo crescente número de candidatos e as poucas vagas que eram concedidas, requerendo os estudantes um aumento no número de vagas ofertadas (NUNES, SCAFF, 2014, p. 39; RODRIGUES, 2016, p. 132-133)

Na época os estudantes tomaram como base do pedido o disposto na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, especificamente no artigo 12, que

dispunha sobre a liberdade do cidadão de escolher sua profissão (RODRIGUES, 2016, p. 133). No entanto, o Tribunal decidiu pela aplicação do princípio da reserva do possível, afirmando que não seria viável o aumento das vagas ofertadas, pois era preciso atentar-se à razoabilidade da pretensão, “no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade” (MÂNICA, 2011, p. 11).

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação.

Entretanto, a interpretação e a transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa (MÂNICA, 2011, p. 11).

Grinover; Watanabe (2011, p. 232) afirmam que a teoria da reserva do possível “se difundiu na doutrina e na jurisprudência, sendo comumente invocada para justificar a inação do Poder Judiciário”. “Assim, a teoria da reserva do possível passou a ser compreendida no sentido de que os direitos sociais devem ser limitados às capacidades financeiras do Estado” (RODRIGUES, 2016, p. 133). Contudo, não se pode afastar a responsabilidade do Estado em garantir a tutela do direito social à saúde com a mera invocação do princípio da reserva do possível, é preciso comprovar a insuficiência de recursos (MÂNICA, 2011, p. 13).

Conforme menciona Rodrigues (2016, p. 136) não é aplicado ao Poder Judiciário a necessidade de haver uma previsão orçamentária para a determinação ao Executivo da efetivação de um gasto público para a concretização dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à saúde.

No Brasil, a CRFB/1988 dispõe que incumbe ao Poder Legislativo a fixação de despesas no que se refere às destinações dos recursos escassos, ou seja, cabe a ele decidir em quais serviços e medidas serão aplicados os recursos financeiros. Por isso, “admitir a escassez de recursos é o primeiro passo para reconhecer os limites concretos a uma interpretação extensiva de um direito subjetivo à saúde” (CRUZ, 2012, p. 44).

Em relação à saúde, quando se fala em fornecimento de medicamentos de alto custo ou excepcionais, o instituto da reserva do possível é sempre trazido à tona, sob a alegação de que os recursos são insuficientes para que sejam atendidas todas as necessidades da sociedade, sendo imperioso ao legislador escolher as prioridades de atendimento, tendo em vista a disponibilidade financeira do Estado.

Assim, destaca-se o posicionamento de Salazar; Grou (2009, p. 94-95):

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 [...], devendo prevalecer o direito fundamental à saúde, seja para determinar a inclusão no plano plurianual da despesa apta a concretizá-lo, seja para determinar a realização de uma 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.

O Poder Judiciário, ao que se pode perceber, é o único que pode decidir pela destinação dos recursos orçamentários à cada política pública criada no país, principalmente as de saúde. Neste sentido, Ricardo Lobo Torres (2009), assim determina:

“a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países” (TORRES, 2009. p. 129).

Apesar haver contradições acerca da utilização de recursos públicos para o desenvolvimento da saúde geral, também é de se levar em conta o direito individual à saúde garantido pela Carta Magna de 1988. Nestes aspectos, resta evidente a necessidade de o Legislativo avaliar com cautela as prioridades a serem atendidas pelo sistema público de saúde.

3.3.1.2 Princípio da separação dos poderes

Quando do ajuizamento de ações buscando a assistência à saúde muitas são as objeções dos entes federados, entre elas encontra-se a invocação do princípio da separação dos poderes.

Salazar e Grou (2009, p. 80) explicam o posicionamento dos entes federados quando da existência de demandas buscando o direito à saúde:

Valendo-se da tripartição e independência dos poderes, vários argumentos são construídos, entre eles a invasão do Judiciário em competência do Executivo, quebrando a harmonia que deve haver entre os poderes; a ausência de condições do Judiciário avaliar o impacto de suas decisões no todo da administração pública; e a falta de legitimidade do Judiciário para fixar políticas públicas, o que apenas o Executivo e o Legislativo teriam, porque eleitos democraticamente.

É importante lembrar que o princípio da separação dos poderes foi inicialmente apresentado por Montesquieu, que afirmou que os poderes deveriam ser separados entre si a fim de concretizar-se uma liberdade política. Contudo, também mencionou a necessidade de “uma interligação entre os três poderes, que devem atuar de forma ordenada e integrada para o Estado desempenhar adequadamente suas funções” (RODRIGUES, 2016, p. 129).

Há que se lembrar, ainda, conforme destacou Rodrigues (2016, p. 130), que a visão de Montesquieu acerca da separação dos poderes deu-se no período do liberalismo, época com diferenças significativas dos tempos atuais, sendo que tal princípio deve ser analisado de forma contextualizada em consonância com as realidades de cada país.

Acerca disto, Eduardo Appio (2004, p. 234) afirma que o princípio da separação dos poderes “não veda o exercício [...] de uma determinada função por órgão não especializado, desde que compatível com sua atividade fim”. No caso do Poder Judiciário, o autor elucida que a intervenção deste sobre as atividades desenvolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo já é de sua natureza, pois é o responsável por “[...] verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal”.

Da mesma maneira entendem Salazar e Grou (2009, p. 82), explicando que o fato de haver uma independência entre os três poderes, concedida pelo artigo 2º da CRFB/1988, não afasta o poder do Judiciário em controlar os demais poderes, especialmente no que diz respeito às garantias de direitos fundamentais como o direito à saúde, finalizando o pensamento com os seguintes dizeres:

O controle judicial dos atos administrativos é legítimo e legal. A vida real dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estado Social depende da atuação dos juízes, que não podem se colocar reféns, e arrastar a população a esta condição, de normas infralegais que, por vezes, não refletem qualquer preocupação com os princípios e valores constitucionais (SALAZAR; GROU, 2009, p. 82).

Assim, pode-se concluir que quando das demandas judiciais versando sobre a prestação de assistência à saúde pelos entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios), onde estes invocam o princípio da separação dos poderes, sob a tese de que o Poder Judiciário não seria legitimado para julgar e determinar a concretização do direito fundamental à saúde ou, alternativamente, a criação de uma política pública que verse sobre determinado tema, tem-se que tal tese não deve ser acolhida, vez que, no caso da saúde pública, o que se busca através da judicialização é a simples garantia e efetividade de

um direito fundamental, objetivando impedir a ofensa ao disposto na Constituição Federal de 1988.

3.3.2 As teses favoráveis à judicialização

Ao contrário do que elucidam os entes federados ao apresentarem suas defesas nas demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde, o Poder Judiciário quando das decisões vem reforçando a tese contida no artigo 196, da CRFB/1988, no sentido de afirmar a competência solidária entre União, estados, municípios e Distrito Federal.

Borges, Ugá (2010, p. 61) afirmam que o Judiciário vem entendendo por conceder medicamentos aos cidadãos sem observar a lista RENAME, sob o argumento de que a saúde seria direito fundamental constitucional, devendo o Estado prestar ações e serviços de saúde, independente de qualquer objeção.

Fanti (2009, p. 44) também faz o mesmo esclarecimento:

Em outras palavras, isso quer dizer que não importa o nível da federação que seja demandado pela ação, tampouco a responsabilidade do gestor de acordo com a Política de Assistência Farmacêutica: todos os entes federativos teriam a obrigação de fornecer, individual ou conjuntamente, medicamentos que sejam pleiteados pelos cidadãos via Judiciário.

Apesar de o Poder Judiciário entender pela aplicação do dispositivo constitucional em casos que tratam da assistência ao direito à saúde, também há posicionamento no sentido de que cabe ao detentor do direito escolher em face de quem irá ajuizar a demanda (FANTI, 2009, p. 45).

Em capítulo próprio será tratado do assunto com mais ênfase, sendo explanado o posicionamento do Poder Judiciário em cada caso.

4 A OBJEÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO PELO MUNICÍPIO

4.1 A RELAÇÃO DE MEDICAMENTOS RENAME

Como restou evidenciado em capítulos anteriores, o direito à saúde vem sendo objeto de muitas demandas judiciais, especialmente em relação às políticas públicas de saúde em execução. No que se refere aos medicamentos, principal objeto das ações judiciais, tem-se a Política Nacional de Medicamentos, a qual fora aprovada por meio da Portaria nº 3.916, do Ministério da Saúde, publicada em 10 de novembro de 1998 (SILVA, 2000, p. 56).

Antes da publicação de tal portaria, o Brasil já havia saído na frente no que diz respeito à institucionalização de uma política pública que versava apenas sobre medicamentos, apresentando a primeira lista de medicamentos essenciais, a chamada Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário, estabelecida pelo Decreto nº 53.612/64, tornando-se um avanço na política de medicamentos, sendo publicada antes mesmo da lista divulgada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual fora apresentada apenas em 1977 (SILVA, 2000, p. 52; RODRIGUES, 2016, p. 100).

Após a publicação da primeira relação de medicamentos essenciais, mediante a aprovação do Decreto nº 68.806, no ano de 1971, fora instituída a Central de Medicamentos (CEME) que, tinha como função “promover e organizar o fornecimento, por preços acessíveis, de medicamentos de uso humano àqueles que, por suas condições econômicas, não puderem adquiri-los” (BRASIL, 1971), estando entre seus principais feitos a distribuição do primeiro memento terapêutico, que ocorreu em 1972, seguida da segunda edição, revisada e atualizada, da lista de medicamentos essenciais (SILVA, 2000, p. 52).

Com a instituição da CEME, foi aprovado o Decreto nº 72.552, em 30 de julho de 1973, o qual dispunha sobre as políticas e diretrizes gerais do Plano Diretor de Medicamentos, sendo que em seu artigo 2º, inciso I, alínea “c”, restou determinado o “estabelecimento e oficialização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, orientada em função dos Problemas sanitários de maior vulto e dos grupos populacionais mais vulneráveis ou susceptíveis, consideradas as diferenças de desenvolvimento regional” (BRASIL, 1973).

Rodrigues (2016, p. 101) explica que, por meio da relação nacional de medicamentos instituída pela Portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social em 1975, ficaram estabelecidas “regras para a prestação de assistência farmacêutica no Brasil, pautadas no cenário econômico, social e político do período, ocasião em que grande parcela da população estava impossibilitada de adquirir medicamentos”.

A Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) é utilizada desde 1964, quando fora publicada a primeira relação de medicamentos essenciais, como um instrumento norteador das políticas públicas de saúde para conceder à população o acesso à medicamentos dentro do Sistema Único de Saúde, sendo “documento fundamental para a promoção do uso racional dos medicamentos” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 27).

Conforme dispõe o Ministério da Saúde (2013, p. 27), a RENAME foi instituída tendo com base nos princípios da universalidade, da efetividade, da eficiência e da racionalidade, ou seja, sob a ótica dos princípios que regem o Sistema Único de Saúde. Em razão disso, a listagem passou por nove atualizações desde a primeira lista de 1964, até chegar ao modelo confeccionado em 2010 que, “[...] é uma relação de medicamentos construída a partir de uma análise tecnológica apurada, que considerou os dados de eficácia, de efetividade, de segurança, de aplicabilidade, dentre outros aspectos, obtidos a partir das melhores evidências disponíveis” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 27).

Na relação estão dispostos os medicamentos essenciais para o combate e tratamento de doenças, os quais,

de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), são aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem ser selecionados por critérios de eficácia, segurança, conveniência, qualidade e custo favorável. Eles devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade. (PIZZOL et al., 2010, p. 827)

A RENAME apresenta os medicamentos que seriam fornecidos dentro do SUS, à população necessitada, sendo a obrigação ao fornecimento de tais fármacos definida conforme traçado pela Política Nacional de Medicamentos, no que diz respeito a cada ente federativo e a sua competência de Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS (FANTI, 2009, p. 35).

É importante mencionar que a Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS funciona com base em três programas: o Programa de Atenção Básica; o Programa de Medicamentos Estratégicos e, o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

O primeiro programa dá acesso à população àqueles medicamentos essenciais, os quais são delimitados pela RENAME (FANTI, 2009, p. 35-36). Neste sentido, explica-se:

O financiamento de tal programa [Programa de Atenção Básica] é dividido entre os três entes da federação, sendo que cada um deles contribui com um valor fixo por habitante/ano. Tais recursos são repassados aos municípios ou ficam sob a gestão das Secretarias Estaduais de Saúde, sendo ambos responsáveis pela execução da política pública. A compra dos medicamentos pode ser realizada pelo Estado, que repassa os medicamentos em espécie para os municípios, ou ser efetuada pelos próprios municípios, com os fundos repassados pelo Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais de Saúde (FANTI, 2009, p. 36).

O Programa de Medicamentos Estratégicos relaciona-se aos medicamentos fornecidos ao tratamento de doenças como Tuberculose, Hanseníase, Malária, Diabetes, etc., doenças que atingem um grande grupo de pessoas. Cabe ao Ministério da Saúde a responsabilidade do desenvolvimento de tal programa, bem como a produção ou a compra e distribuição para os Estados dos medicamentos necessários para o tratamento de tais enfermidades (FANTI, 2009, p. 36-37).

No que diz respeito ao Programa de Dispensação de Medicamentos Excepcionais, Fanti (2009, p. 37) explica que, tal programa é utilizado para o fornecimento de medicamentos para o tratamento de doenças de média ou alta complexidade e que seriam de valor elevado, atingindo uma pequena parte da população, como, por exemplo, esquizofrenia, hepatite B e C, Alzheimer, Parkinson, etc. O programa é de responsabilidade do Ministério da Saúde, sendo ele o responsável pela relação de doenças que serão abrangidas por tal, além de informar quais medicamentos serão fornecidos e de que forma ocorrerá o tratamento. No entanto, a execução do programa fica por conta dos estados, que são os responsáveis pela dispensação dos medicamentos àqueles que necessitarem.

Assim, tendo em vista o determinado pela Política Nacional de Medicamentos e observando o papel dos municípios na Assistência Farmacêutica, tem-se a competência deste ente federado, conforme elucida Fanti (2009, p. 35), no âmbito da “dispensação de medicamentos essenciais, adquiridos por eles próprios ou repassados pela União e Estado”.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais serve de base para que os municípios e os estados confeccionem suas próprias listagens de medicamentos essenciais que irão despender (no caso dos municípios chama-se Relação Municipal de Medicamentos Essenciais – REMUME), tendo em vista a necessidade da população local, sendo possível sua manutenção conforme as mudanças das doenças mais comuns ao longo

dos anos e, ainda, a inclusão na listagem local de medicamentos que não estão inclusos na RENAME, visando o atendimento à saúde da forma mais ampla possível (FANTI, 2009, p. 36).

Quando da publicação da Portaria 3.916/98 que instituiu a Política Nacional de Medicamentos, foram determinadas oito diretrizes para que fosse possível “o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998), sendo dever dos entes federados seguirem tais diretrizes, quais sejam:

(i) adoção de relação de medicamentos essenciais, que seria a RENAME, a qual deve ser atualizada e revisada periodicamente, vez que ela serve de base para a elaboração da listagem estadual e municipal, sendo, um “meio fundamental para 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” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

(ii) regulamentação sanitária de medicamentos, a qual refere-se “as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da farmacovigilância” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998). Determinando, ainda, o incentivo ao uso de medicamentos genéricos.

(iii) reorientação da assistência farmacêutica, determina que a assistência farmacêutica deve ir além da compra e distribuição de medicamentos, sendo necessário promover o acesso da população aos medicamentos essenciais através dos gestores do SUS (RODRIGUES, 2016, p. 104; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

(iv) promoção do uso racional de medicamentos, determina a orientação da população no que concerne aos receituários médicos, educando a sociedade sobre os riscos da automedicação, além da promoção da adoção de medicamentos genéricos, tanto pelos consumidores (pacientes), quanto pelos profissionais da saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

(v) desenvolvimento científico e tecnológico, incentiva a pesquisa e o desenvolvimento na área farmacológica de medicamentos constantes na RENAME, havendo uma articulação entre o Ministério da Saúde e outros órgãos governamentais, ou não, a fim de garantir tal diretriz.

(vi) promoção da produção de medicamentos, conforme texto do Ministério da Saúde (1998), “esforços serão concentrados no sentido de que seja estabelecida uma efetiva articulação das atividades de produção de medicamentos da RENAME”, principalmente pelos laboratórios oficiais”, onde estes laboratórios devem “[...] constituir-se em uma das instâncias favorecedoras do monitoramento de preços no mercado, bem como contribuir para a capacitação dos profissionais”.

(vii) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, visa o cumprimento da regulamentação sanitária, mediante fiscalização, sendo realizada pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária através de suas ações próprias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

(viii) desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, consiste na capacitação do ser humano que está envolvido em qualquer plano da Política Nacional de Medicamentos, no intuito de prepara-lo para materializar a política e aplicar corretamente as demais diretrizes (RODRIGUES, 2016, p. 105; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1998).

Como bem observado, as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos estão baseadas nas disposições da RENAME que, conforme menciona Rodrigues (2016, p. 105), “[...] é a referência adotada tanto para disponibilização dos medicamentos que atendam às necessidades básicas de saúde da população, como servem de baliza para o incentivo à produção pela indústria farmacêutica nacional”.

Ocorre que, muitas vezes o cidadão necessita utilizar-se de um medicamento que não está incluso na RENAME, ou seja, que não é considerado medicamento essencial e possui custo elevado, não sendo, portanto, fornecido pelo SUS. Os medicamentos que possuem estas características são denominados medicamentos excepcionais e de alto custo, que serão a seguir examinados.

4.2 OS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO

Segundo Silva (2000, p. 77), medicamentos excepcionais podem ser conceituados como sendo aqueles “[...] medicamentos cuja aquisição, governamental, é feita em caráter excepcional, individual, e com recursos financeiros independentes daqueles destinados aos medicamentos da RENAME, utilizando critério especial para dispensação”.

Este conceito fora determinado através da Portaria Interministerial nº 3 do MPAS/MS/MEC, em 1982, onde restou autorizada a compra e utilização de medicamentos que não estavam inclusos na RENAME, desde que a doença do paciente exigisse a utilização daquele medicamento específico, não podendo ser utilizado fármaco fornecido pelo SUS, sendo necessário, ainda, justificativa do médico responsável pelo tratamento, a qual deveria ser homologada pelo prestador do serviço de saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 37).

Quando desta conceituação ainda não havia um rol determinante do que eram ou não considerados medicamentos excepcionais; chamavam-se excepcionais todos aqueles fármacos que não estavam listados na RENAME e, portanto, poderiam ser despendidos pelo ente federado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 37).

Todavia, em 06 de outubro de 1993, por meio da Portaria SAS/MS nº 142, foi instituída a primeira lista de medicamentos excepcionais, constituída pela Ciclisporina e Eritropoetina humana, utilizadas no tratamento de pacientes que haviam feito transplantes e para os que possuíam doenças renais crônicas (SILVA, 2000, p. 86; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 38).

Ao longo dos anos a lista de medicamentos considerados excepcionais foi sendo alterada e ampliada, até que em 2002 a Portaria GM/MS nº 1.318 determinou a alteração da listagem, elencando os novos medicamentos excepcionais e, estabelecendo, ainda, que “para a dispensação de tais medicamentos, deveriam ser utilizados os critérios de diagnóstico, indicação, tratamento, entre outros parâmetros definidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) publicados pelo Ministério da Saúde” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 38).

Neste vértice, pode-se destacar a seguinte observação acerca das evoluções das lista de medicamentos excepcionais:

O que se observa na evolução do Programa [de Dispensação de Medicamentos Excepcionais] é que as inclusões de itens foram acontecendo sem prévia discussão e elaboração por parte dos gestores e equipe técnica; na maioria das situações, houve mobilização de associações civis organizadas e/ou da indústria farmacêutica (SARTÓRIO, 2004, p.35).

A denominação “medicamentos de alto custo” surgiu juntamente com o conceito de medicamentos excepcionais, sendo os primeiros definidos como aqueles fármacos que teriam custo tão elevado que a sociedade não poderia suportá-lo, sendo

necessário recorrer aos órgãos governamentais para que o cidadão pudesse ter acesso àquela medicação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 39).

O grande avanço ocorreu no ano de 2006, quando por meio da Portaria nº 2.577 fora reconhecido o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional como uma política de Assistência Farmacêutica, sendo esta, de acordo com o Ministério da Saúde (2010, p. 38), a primeira tentativa de definição explícita do que o SUS considerava um medicamento excepcional, os quais seriam aplicados em casos de (i) doença rara, com indicação de utilização de medicamento ou tratamento de valor elevado e que, (ii) o tratamento ou medicamento fornecido pelo Programa de Atenção Básica não tenha eficácia para o cidadão ou, que “[...] o diagnóstico ou estabelecimento de conduta terapêutica para o agravo estejam inseridos na atenção especializada” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 40).

Alguns anos depois, em 2008, a Portaria GM/MS nº 1.869, fez alguns ajustes no que dizia respeito aos valores que seriam repassados aos estados por cada procedimento realizado, ajustando, ainda, os medicamentos considerados excepcionais que, após a publicação da portaria totalizaram 107 fármacos, disponibilizados em 231 apresentações farmacêuticas. A referida portaria fora revogada em 2009, no entanto, foram alterados apenas os valores financeiros de repasse, não havendo modificações na lista de medicamentos excepcionais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 50).

A última portaria do Ministério da Saúde publicada que dispõe sobre os medicamentos excepcionais e de alto custo é datada de 30 de Julho de 2013, sendo esta a relação base para a dispensação de tais fármacos.

Apesar de todo o histórico da ampliação da relação de medicamentos excepcionais e das previsões do Ministério da Saúde de que a ampliação de tal relação iria garantir de forma mais eficaz o acesso da população a este tipo de fármaco (BRASIL, 2004, p. 20), o que pode-se perceber nos dias atuais são um aumento nas demandas judiciais onde os cidadãos buscam o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelos entes federados.

As ações judiciais são propostas, geralmente, em face de todos os entes federados (União, estados, municípios e Distrito Federal); todavia, em todas as demandas cada entidade federativa elucida sua ilegitimidade em razão de o medicamento pretendido ser excepcional e de alto custo, ressaltando pontos como a competência definida pela legislação, além dos princípios orçamentários e indisponibilidade de recursos.

A portaria nº 1.554/2013, do Ministério da Saúde, afirma que o financiamento da assistência farmacêutica é dividido em três componentes da seguinte forma:

Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:

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

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

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

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica (BRASIL, 2013).

Sob este enfoque e considerando, ainda, os pontos já destacados em capítulos anteriores (princípios orçamentários e competências dos entes federativos sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.080/90), tem-se grandes divergências sobre o dever dos municípios em prestar assistência à saúde no âmbito dos medicamentos excepcionais e de alto custo, vez que parte da legislação afirma que sua competência se restringe à dispensação apenas dos fármacos que constam na RENAME; outra parte afirma ser devida a assistência de forma solidária entre todos os entes federativos.

Sobre esta discussão, Chagas (2008, p. 184) assim dispõe:

Inobstante a existência de normas infraconstitucionais regulamentadoras do direito à saúde posto no art. 196 da CF/88, que trazem um divisor de competências aos entes federativos, e disciplinam tanto a aquisição dos medicamentos quanto a entrega ao paciente, a maior parte das ações tem sido aforada apenas contra municípios.

E isso se dá sob vários fundamentos dogmáticos: de que a norma constitucional é de eficácia imediata; os municípios estão compreendidos na expressão Estado ao qual se refere o dispositivo; compõem o Sistema Único de Saúde – SUS, que, como o próprio nome indica, é único, por isso há responsabilidade solidária; que a proximidade da Administração local simplifica o cumprimento das medidas

judiciais que vêm gravadas até com a pena de prisão da autoridade por eventual desobediência.

Face às correntes discussões acerca do fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo, especialmente com relação à competência dos municípios neste aspecto, necessário se faz o estabelecimento de critérios e a padronização das decisões, as quais passam-se a analisar.

4.3 AS DECISÕES DO STJ NOS ANOS DE 2010/2015 SOBRE O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS E DE ALTO CUSTO PELOS MUNICÍPIOS

Primeiramente, antes de passar-se à análise jurisprudencial objeto de estudo, há que se mencionar o posicionamento dos municípios quando ajuizada demanda em seu desfavor pleiteando o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo, tomando como base decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça também no período compreendido entre os anos de 2010 e 2015, a fim de delimitar os aspectos a serem posteriormente analisados.

Conforme salienta Marques (2011, p. 147) os entes federativos quando figuram o polo passivo das demandas judiciais acerca da política de medicamentos,

sustentam que o estado, em suas três esferas de governo, deve fornecer apenas aos cidadãos o que conta nos Protocolos e Listas oficiais do SUS a despeito das necessidades individuais colocadas nos autos e das indicações terapêuticas individuais. [...] E que atender a pretensão do autor é colocar em risco o atendimento global, de toda a comunidade que não acessa o Poder Judiciário para ver seu direito garantido.

Neste vértice, destaca-se a manifestação do Município de Itajubá/MG, constante no Agravo Regimental nº 1.458.337 interposto por ele em face de Neide Guimarães de Lima, afirmando a tese de que não poderia ser condenado [o município] a fornecer medicamento excepcional, o qual não consta em sua relação de fornecimento e, trazendo à tona, ainda, a justificativa das reservas orçamentárias, as quais ficaram subentendidas nas palavras de Marques (2011, p. 147) acima citado:

[...] a competência do Município é limitada apenas ao fornecimento de medicamentos e procedimentos básicos, desde que também sejam compatíveis com as suas reservas orçamentárias. Os procedimentos de média e alta complexidade ficam a cargo do Estado e/ou União, conforme preceitua a Lei 8.080/90 (STJ, 2014).

Ribeiro e Hungaro (2014, p. 99) ressaltam este posicionamento elucidando que a concessão de medicamentos excepcionais ao demandante da ação judicial independe dos limites orçamentários de cada ente federativo, mas que, no entanto, tem relação direta com o “deslocamento dos recursos públicos, o quais necessariamente são realocados de outra despesa”.

Segundo enfatiza Fanti (2009, p.47),

Os argumentos de defesa do Poder Executivo giram em torno dos seguintes argumentos: (i) o medicamento e/ou insumo solicitado pelo autor é de marca comercial específica, havendo similar com o mesmo princípio ativo nos Programas do SUS que poderia substituí-lo; (ii) o medicamento solicitado pelo autor não se encontra entre os inseridos nos Programas do SUS e não há similares que possam substituí-lo; e (iii) o medicamento solicitado pelo autor não só não faz parte das listas dos Programas do SUS nem possui similares que possam substituí-lo, como seu uso sequer foi autorizado no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Tem-se, ainda, posicionamentos no âmbito municipal no sentido de que, a intervenção do Poder Judiciário em questões relacionadas à competências na área da saúde, a qual obriga o ente federativo que, em tese, não seria o órgão competente para realizar a prestação daquela assistência, estaria ferindo o princípio da separação dos poderes.

Todavia, a tese mais elucidada pelos municípios quando as demandas judiciais versam sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo diz respeito às contradições da legislação, especialmente ao que dispõe a Lei nº 8.080/90 em comparação ao disposto pela Constituição Federal de 1988, que fazem menção ao mesmo tema (competência dos entes federados), mas que apresentam tratamento diferenciado para o mesmo caso.

Tendo isto em vista, passa-se a analisar os diferentes entendimentos para as questões referentes à competência/dever dos municípios em fornecerem medicamentos excepcionais e de alto custo, frente os julgados no Superior Tribunal de Justiça, durante os anos de 2010 a 2015.

4.3.1 Das decisões do STJ acerca da (i) legitimidade dos municípios em fornecerem medicamentos excepcionais e de alto custo

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento divergente quanto à (i) legitimidade passiva dos municípios para figurarem no polo passivo das ações judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo.

Torna-se oportuno ressaltar o julgamento do Recurso Especial nº 1.086.389, do Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que reafirmou a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afirmando que a decisão recorrida havia sido pautada na legislação local (Lei Estadual nº 9.908/93 e Portaria da Secretaria de Saúde do Estado nº 238/06), senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO FORNECIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 2º. DA LEI 8.080/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (STJ, 2013)

Segundo o posicionamento do Ministro Relator, o fato de o Tribunal de Justiça ter como base da decisão a legislação local que determina ser competência exclusiva do Estado do Rio Grande do Sul, não poderia o STJ reexaminar matéria de direito local, tendo em vista a súmula 280 do STF.

A matéria de direito local a que se referiu o Ministro Relator é em relação à Portaria 2.577/2006 do Ministério da Saúde que trata dos medicamentos excepcionais que seriam fornecidos pelo Estado e, à Portaria 238/2006 do Estado do Rio Grande do Sul, a qual dispõe sobre os medicamentos especiais que seriam também de competência Estadual.

Apesar de a matéria da Portaria do Ministério da Saúde ser levada em consideração no julgamento do caso acima citado, tal entendimento não resta aplicado a todos as decisões do STJ, inclusive tal portaria nem mesmo é mencionada nas decisões, vez que o órgão pauta seu posicionamento exclusivamente nos dispostos na Constituição Federal de 1988.

Necessário se faz destacar parte da decisão proferida no Recurso Especial 1136549/RS, do Ministro Humberto Martins, da Segunda Turma:

[...] quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

Conforme bem mencionado pelo Ministro, a interferência do Judiciário seria legítima apenas para sanar violação a direitos fundamentais através da “execução ou falta injustificada de programas de governo”. No caso do fornecimento pelos municípios de medicamentos excepcionais não seria uma violação ao direito fundamental à saúde, até porque tal garantia é de competência estadual, visto o disposto na Norma Operacional de Assistência à Saúde, além do que dispõe o artigo 196 da CRFB/88.

O não fornecimento pelos municípios de medicamentos que não constam na RENAME não pode ser considerada violação aos direitos fundamentais, haja vista que são de responsabilidade dos municípios o fornecimento de medicamentos inclusos no Programa de Atenção Básica, conforme delimita Fanti (2009, p. 38):

[...] pode-se afirmar que as principais atribuições dos municípios no contexto dela dizem respeito ao co-financiamento, compra e dispensação de medicamentos do Programa de Atenção Básica, assim como a definição da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, a REMUME [...].

Assim, não há que se falar em responsabilidade dos municípios em fornecerem medicamentos excepcionais e de alto custo, vez que a competência para tal resta ao Estado.

Pode-se visualizar isto ainda no decidido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no Recurso Especial nº 1.134.284/MG, decidindo pela responsabilidade exclusiva do Estado face a não demonstração de violação de norma federal, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. RESPONSABILIDADE DO ESTADO, E NÃO DO MUNICÍPIO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE NORMA VIOLADA. DISSÍDIO ENTRE JULGADOS DE MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13/STJ. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (STJ, 2010).

Na decisão objeto do referido recurso, o magistrado afirmou que o cidadão, naquela oportunidade recorrente, deveria solicitar ao município apenas os medicamentos “incluídos na Farmácia Básica” (STJ, 2010) cabendo exigir do Estado os medicamentos excepcionais, conforme determinado pela Portaria do Ministério da Saúde.

Poucas são as decisões que versam sobre a ilegitimidade dos municípios, vez que o entendimento majoritário atual é no sentido de determinar que os municípios também forneçam os medicamentos excepcionais e de alto custo, sendo ignorados os dispositivos que versam exclusivamente sobre a saúde e que determinam a competência para tal como sendo exclusiva do Estado.

Contudo, apesar de não haver tantos julgados que reconhecem a ilegitimidade municipal, não há como negar a existência de divergência tanto jurisprudencial, quanto legislativa.

Exemplo disto é a decisão do Recurso Especial nº 672.940/MG, do Ministro Relator Herman Benjamin, a qual reconheceu o dever do município de Pedro Leopoldo/MG em fornecer os medicamentos pretendidos pelo cidadão. A decisão recorrida do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dispunha o seguinte:

REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - INTEMPESTIVIDADE - NÃO CONHECIMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO - PRELIMINAR ACOLHIDA DE OFÍCIO - 1 - Se o remédio pleiteado está incluído na lista de medicamentos disponíveis no programa de atenção primária à saúde (RENAME) e também na relação de medicamentos de alto custo, de responsabilidade do Estado de Minas Gerais, forçoso concluir pela ilegitimidade passiva do Município de Pedro Leopoldo, eis que não possui competência para prover fármacos de dispensação excepcional, como no caso dos autos. 2- Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida de ofício para extinguir o processo, sem julgamento de mérito (STJ, 2015).

O Ministro Herman Benjamin tomou por decidir pelo provimento do Recurso Especial, argumentando que o dever do município ao fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo é decorrente da garantia ao direito à vida e à integridade física postulado pela Constituição Federal. Além disso, destacou o decidido no Recurso Especial nº 834.294/SC, da Ministra Eliana Calmon, da Segunda Turma, como sendo o entendimento firmado do STJ, senão vejamos:

[...] o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-Membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 834.294/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 26.09.2006).

O mesmo entendimento teve o Ministro Mauro Campbell Marques, no Recurso Especial nº 1.159.703/SP, ao afirmar que a decisão recorrida havia se pautado em “dispositivos constitucionais garantidores do direito fundamental à saúde” (STJ, 2010).

Ribeiro e Hungaro (2014, p. 99) afirmam que, por muitas vezes, o entendimento jurisprudencial é no sentido de condenar os entes federados a fornecerem o medicamento independentemente de o fármaco estar ou não incluso na RENAME:

Em temas envolvendo o fornecimento de medicamentos, muitos são os precedentes jurisprudenciais que condenam o Poder Público ao fornecimento de prescrições médicas que não estão arroladas nos protocolos de fornecimento de medicamentos gratuitos, ou ainda, substitutos terapêuticos mais onerosos em detrimento destes mesmos protocolos (RIBEIRO; HUNGARO, 2014, p. 99).

Toma-se como exemplo inicial o decidido pelo Ministro Relator Og Fernandes, no Recurso Especial nº 1.521.865/MG, onde decidiu por reformar a sentença proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais que havia declarado a ilegitimidade passiva do município de Juiz de Fora, vez que este não poderia “arcar com despesas que não são de sua atribuição” (STJ, 2015).

Na decisão do Ministro Relator, este trouxe o seguinte argumento:

A decisão recorrida encontra-se em divergência com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que este considera que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde (STJ, 2015).

Percebe-se que o Ministro Relator ressalta a responsabilidade solidária dos entes federados, a qual resta pautada no disposto no artigo 196 da Constituição Federal. Tal argumento vem sendo constantemente utilizado em diversas decisões, vez que os Relatores destacam que, em razão de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles possui legitimidade para figurar no polo passivo de demanda [...]” (AgRg no REsp. 1.284.271/SC, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 02.08.2013).

No tocante aos argumentos utilizados pelos municípios invocando os princípios orçamentários e a reserva do possível, a fim de eximirem-se da obrigação no fornecimento de medicamentos, tal tese não vem sendo acolhida pelo STJ. Tem-se o exemplo do Agravo em Recurso Especial 1.136.549/RS, do Relator Ministro Humberto Martins, sendo parte agravante o Município de Esteio.

Da leitura do acórdão pode-se verificar que o Ministro desacolheu a tese do agravante que elucidava o princípio da reserva do possível sob os seguintes argumentos:

Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado (STJ, 2010)

Afirmou ainda o Ministro, que mesmo que não fosse possível o município garantir todos os direitos dos cidadãos em sua integralidade, era preciso que fosse garantido o mínimo de direitos necessários para proporcionar ao indivíduo uma vida digna com acesso a serviços de saúde de qualidade.

Ademais, ainda manifestou-se sobre o princípio da separação dos poderes também questionado pelo agravante, afirmando que: “seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais [...]” (STJ, 2010).

Assim, por maiores divergências que há no tocante à responsabilidade do município em fornecer, ou não, medicamentos excepcionais e de alto custo, há sempre que se priorizar a garantia do direito fundamental à saúde que todo cidadão tem direito, pois independente de qualquer legislação e entendimento jurisprudencial o que é necessário preservar-se acima de tudo é o direito à uma vida digna e com o mínimo de qualidade possível.

5 CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado neste trabalho, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o direito à saúde adquiriu a concepção de direito social fundamental, sendo elencado como cláusula pétrea e garantido a todos os cidadãos mediante a execução de políticas públicas a serem implantadas pelo Estado.

Neste período, juntamente com a promulgação da CRFB/1988 instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual fora regulamentado pela Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90), sistema criado de forma a ser exercido por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, de responsabilidade de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com o propósito de assegurar a universalidade ao acesso à saúde.

Dentro deste instituto dá-se destaque a obrigação do SUS em prestar assistência farmacêutica, sendo ressaltada a Política Nacional de Medicamentos, instituída em 1998, por meio da Portaria nº 3.916, do Ministério da Saúde, possuindo como diretriz principal a confecção da relação de medicamentos essenciais, dando orientações no âmbito farmacêutico e estimulando a produção de medicamentos no país que estão elencados na RENAME.

Apesar de toda a beleza da organização e da instituição por trás do SUS e a ideia de se criarem políticas públicas para garantir a efetividade dos direitos, mesmo após vinte e oito anos de sua concretização ainda encontram-se problemas pontuais e que precisam ser solucionados a fim de garantir plenamente a universalidade do sistema.

A questão do fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo é tema constante em demandas judiciais e que vem crescendo exponencialmente a cada ano, onde se traz o questionamento acerca do dever do Estado, em todas as suas esferas, em prestar esta assistência ao cidadão.

A judicialização das políticas públicas de saúde surge para resolver esta questão, no entanto, ao buscar-se a solução do problema pela via judicial esbarra-se em outro questionamento: seria legítima a intervenção do Poder Judiciário para decidir sobre questões que seriam de competência exclusiva do Poder Legislativo e Executivo? Atualmente o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que tal atuação seria legítima, pois baseia-se no princípio da inafastabilidade do controle judicial, constante no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O grande impasse acerca do fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo gira em torno da responsabilidade dos municípios para fornecerem tais fármacos, vez que parte da legislação determina que seria de sua alçada apenas o fornecimento dos medicamentos inclusos na RENAME, ou seja, sua competência ficaria restringida a garantir o acesso da população aos medicamentos essenciais, ficando a cargo dos estados o fornecimento dos fármacos excepcionais e de alto custo. Por outro lado, a CRFB/1988 determina a responsabilidade solidária entre todos os entes federados, não sendo especificadas competências pontuais, inclusive em relação aos medicamentos excepcionais e de alto custo.

Em consequência disto começaram a surgir entendimentos variados por parte dos juristas acerca da competência municipal em garantir a assistência à saúde neste âmbito, sendo encaminhados ao STJ recursos de diversas decisões requerendo a reforma das decisões que declaravam a responsabilidade municipal em fornecer medicamentos excepcionais, assim como surgiam recursos de decisões de afirmavam não ser obrigação dos municípios despender recursos para a compra de fármacos que estavam fora da RENAME. Todavia, o STJ também proferiu algumas decisões divergentes entre si.

Quando da análise jurisprudencial pode-se perceber que apesar de alguns Ministros entenderem que a obrigação municipal diz respeito apenas aos medicamentos essenciais, sendo dos estados a responsabilidade em despender recursos para a compra e distribuição de medicamentos excepcionais e de alto custo a um determinado cidadão, o entendimento que vem sendo pacificado pelo STJ é no sentido de que a responsabilidade é solidária, independente de qualquer lei específica, o que deve prevalecer é a determinação constitucional.

Quando são invocados os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes, o que se percebe em algumas decisões é o entendimento de que tais diretrizes não podem ser aplicadas naqueles casos, em razão de que o direito à saúde deve ser priorizado, haja vista sua ligação íntima com o direito à vida.

Apesar de as decisões do STJ estarem tomando o caminho da padronização, há que se ver que ainda existem posicionamentos divergentes e, principalmente, legislação contrária às decisões, mesmo que o entendimento seja de priorizar o disposto na Constituição Federal vigente, não se pode ignorar a existência de lei específica que, em caso de aplicação não traria prejuízos ao cidadão que necessita e espera pelo medicamento excepcional, ao contrário, o prejuízo do cidadão vem com a longa espera para a resolução

da lide, enquanto se é discutido de quem é a responsabilidade em proporcionar o mínimo de saúde a uma pessoa que não tem mais condições de prover suas mínimas necessidades.

Por outro lado, há que se pensar, ainda, na questão do orçamento municipal, o qual já é bem reduzido se comparado com os recursos financeiros detidos pela União e pelos Estados. Quando o Poder Judiciário decide pela responsabilidade municipal no fornecimento de fármacos excepcionais e de alto custo, as limitações financeiras existentes junto ao ente municipal no âmbito da saúde acabam por prejudicando o município como um todo, vez que, em razão do curto orçamento para prover toda uma população, acaba sendo ainda mais reduzido em decorrência da determinação judicial que obriga o ente governamental a arcar com uma responsabilidade que, em tese, não seria sua.

Não há dúvidas quanto ao direito do cidadão em ter assegurado seu acesso de forma plena à saúde, sendo-lhe garantido o tratamento adequado à sua situação, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana principalmente. No entanto, há que se pensar, também, na população como um todo, questionando se o direcionamento de uma obrigação tão custosa ao município, quanto o fornecimento de um medicamento excepcional, não causaria prejuízos maiores à sociedade em geral, tendo em vista a limitação orçamentária daquele ente, se comparado aos outros responsáveis pela garantia do direito à saúde.

Independentemente de quem irá prestar o serviço de saúde, o que não há como contestar é o direito que todo cidadão tem de ter-lhe assegurado o acesso a um serviço de saúde que garanta que o indivíduo viva com um mínimo de dignidade e tranquilidade, especialmente em momentos difíceis de sua vida quando se há a descoberta de um problema de saúde que enseja tratamento custoso e excepcional.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo Fernando. **O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf?sequence=>>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed, São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Ato, de 05 de outubro de 1988. **DISPOSIÇÕES TRANSITORIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75640&norma=102409&anexos;=>>>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Constituição (1990). Lei nº 8.142, 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. **Lei Nº 8.142, de 28 de Dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. BRASÍLIA, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 fev. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946)**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 09 fev. 2016.

_____. **Decreto Nº 68.806, de 25 de Junho de 1971**. BRASÍLIA, DF. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-68806-25-junho-1971-410656-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. **Lei nº. 8.080/1990**, de 10 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 12 fev. 2016.

_____. **Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** BRASÍLIA. 1992. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso em 30 de jan. de 2016.

_____. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional.** Brasília: CONASS, 2004, 100p. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta3.pdf>>. Acesso em 30 maio 2016.

_____. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Dispõe Sobre As Regras de Financiamento e Execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (sus).** BRASÍLIA, DF, Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html>. Acesso em: 30 maio 2016.

_____. **Saúde no Brasil:** contribuições para a Agenda de Prioridades de Pesquisa. Ministério da Saúde. 2 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, 304 p.

_____. **Sistema Único de Saúde.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2007.

_____. **Sistema Único de Saúde.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. 20 ed. Brasília: CONASS, 2011, 291 p.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 672.940. Agravante: Neide Gomes de Almeida Silva. Agravado: Município de Pedro Leopoldo. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 18 de março de 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=672940.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial nº 1.521.865. Agravante: União. Agravado: Zulma Daniel Martins. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1284271&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.136.549. Agravante: Município de Esteio. Agravado: Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 08 de junho de 2010. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1136549&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 1.458.337. Agravante: Município de Itajubá/MG. Agravada: Neide Guimarães de Lima. Relator: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 01 set. 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=1458337.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.086.549. Recorrente: Sandro José de Maia. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 29 de janeiro de 2013 Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=1086389.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.134.284. Recorrente: Emídio Eurípedes Teixeira de Paula. Recorrido: Município de Uberaba. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=1134284.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.703. Recorrente: União. Recorrido Heloisa Elaine Pigatto e outro. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 30 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=1159703.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.521.865. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido Município de Juiz de Fora. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 19 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=1521865.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 834.294. Recorrente: União. Recorrido: Maura Vicente de Moraes. Relator. Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 05 setembro 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=834294&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)**. RIO DE JANEIRO, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 09 fev. 2016.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alice Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Revista Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 26, p. 59-69, jan. 2010. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/Conflitos.pdf>>. Acesso em 02 jun. 2016.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 245.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra.

CANUT, Leticia. Estado Democrático de Direito, políticas públicas e direito à saúde: uma breve introdução sobre o SUS. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; CERETTA, Luciane Bisognin (Org.). **Temas em direito sanitário & saúde coletiva**: uma política pública do Estado. Criciúma: Unesc, 2013. p. 13-27.

CARVALHO; M. S. de. **A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2013.

CHAGAS, Galileu Marinho das. Medicamentos de alto custo, decisão judicial e a responsabilidade dos municípios. **Revista da Esmarn**, Mossoró, v. 8, n. 1, p.183-204, jan./jun. de 2008. Disponível em: <https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/24/11>. Acesso em: 26 maio 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1: Coletânea de Textos. p. 39-64. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf>. Acesso em 01 jun. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim; CIARLINI, Álvaro. Judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Org.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília: Fiocruz, 2013. p. 181-217.

DIREITO à saúde. Módulos sobre questões selecionadas sobre direitos humanos. 165-189. Disponível em <<http://www.fd.uc.pt/igc/manual/pdfs/D.pdf>> Acesso em 26 de jan. de 2016.

FANTI, Fabiola. **Políticas de saúde em juízo**: um estudo sobre o município de São Paulo. 2009. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02032010-171419/en.php>>. Acesso em: 26 maio 2016.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: Faria, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ABORDAGEM CONTEXTUALIZADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2006. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_a607109ed2cc6f0472344ef9a72bc588>. Acesso em: 12 out. 2015.

FLEURY, Sonia; OUVENEY, Assis Mafort. Política de saúde: uma política social. In:

GIOVANELLA, Lígia et al (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. Disponível em: <http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/TEXT0_1_POLITICA_DE_SAUDE_POLITICA_SOCIAL.pdf> Acesso em 24 de mar. de 2016.

GONÇALVES, Luciano Meni. **O direito fundamental social à saúde: do biopoder às audiências públicas de saúde como instrumento da democracia deliberativa**. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/19.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAUSCHILDT, Gilmar Paulo. **O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: GARANTIA INTEGRAL A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. 2011. 135 f. Tese (Doutorado) - Curso de Curso de PÓS-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/95994/299744.pdf?sequenc e=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 out. 2015

JORNADA INTERDISCIPLINAR E PESQUISA EM TEOLOGIA E HUMANIDADES, 2013, Toledo Pr. **DIREITOS HUMANOS E ACESSO À SAÚDE: UMA QUESTÃO DE BIOÉTICA?** Toledo - PR., 2013. 12 p. Disponível em: <<file:///C:/Users/usuario/Downloads/3jointh-7721.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos; GIOVANELLA, Lígia. Sistema de Saúde: origens, componentes e dinâmicas. In: GIOVANELLA, Lígia *et al.* (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008, p. 107-140.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em 17 de maio de 2016.

MANN, Jonathan. **Saúde Pública e Direitos Humanos**. Tradução Glória Maria Pereira de Souza. Rio de Janeiro: Revista de Saúde Coletiva, 1996, p. 135-145. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/07.pdf>> Acesso em 26 de jan. de 2016.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: DELDUQUE, Maria Célia; ROMERO, Luiz Carlos (Org.). **Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa em Saúde**. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 143-153.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio Francisco (Org.). **Políticas Públicas e Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde**. Brasília: Ipea, 2011. 356 p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Da excepcionalidade às linhas de cuidado**: o componente especializado da Assistência Farmacêutica. Brasília, DF: 2010, 262 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/excepcionalidade_linhas_cuidado_ceaf.pdf>. Acesso em 29 maio 2016.

_____. **Portaria Nº 2.203, de 5 de Novembro de 1996**.. Brasília, DF, Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. **Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 28 maio 2016.

_____. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2013**. 8. ed. Brasília, DF: 2013. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/julho/09/livro-rename-2013-atualizado.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

MOREIRA, Carla; ANDRADE, Geraldo. **Direito Fundamental à saúde**. Disponível em <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/49fe7aa3fbb69e5b5f13088325c4f0b1.pdf>>. Acesso em 11 out. 2015.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 02 de fev. de 2016.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**, 1966. Adotado e proclamado pelo Decreto nº 591 de 06 de Julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

PIZZOL, Tatiane da Silva dal et al. Adesão a listas de medicamentos essenciais em municípios de três estados brasileiros. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, p.827-836, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n4/24.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

PORTELA, Simone Vosne; SALGADO, Rita de Cássia Falleiro. DIREITOS HUMANOS E ACESSO À SAÚDE: UMA QUESTÃO DE BIOÉTICA?. In: JORNADA INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA E TEOLOGIA E HUMANIDADES, 1., 2013,

Toledo. **Artigo**. Toledo. 2013. p. 87 - 98. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/3jointh-7721 (1).pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

REIS, Denizi Oliveira; ARAUJO, EC de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde**. 2012, p. 5. Disponível em <http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_4.pdf> Acesso em 10/08/2015.

RIBEIRO, Weslly Carlos; JULIO, Renata Siqueira. DIREITO E SISTEMAS PÚBLICOS DE SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, [s.i.], v. 15, n. 3, p.447-460, set. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>. Acesso em: 28 jan. 2016.

RODRIGUES; Adriane Bandeira. **A judicialização do fornecimento de medicamentos frente à universalidade do Sistema Único de Saúde**. 2016. 322 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, 2016.

RUA, Maria das Graças. **Análises de políticas públicas: conceitos básicos**. Disponível em: projetos.dieese.org.br/projetos/SUPROF/AnalisepoliticaspUBLICAS.PDF.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTÓRIO, Maria José. **Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda**. 2004. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Farmácia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4730/000459249.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 maio 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia da educação: construindo a cidadania**. São Paulo: FTD, 1994.

SILVA, Ivanir Prá da; VIEIRA, Reginaldo de Souza; VIEIRA, Roseli Schminski. O Sistema Único de Saúde e a política nacional de atenção básica à saúde. In: VIEIRA, Reginaldo de Souza; CERETTA, Luciane Bisognin (Org.). **Temas em direito sanitário & saúde coletiva: uma política pública do Estado**. Criciúma: Unesc, 2013. p. 141-160.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. Ed. Ver. E atualizada até Emenda Constitucional nº. 56. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Regina Célia dos Santos. **Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. 2000. 215 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://arca.icict.fiocruz.br/handle/icict/5127>. Acesso em: 26 maio 2016.

SIMON, Letícia Coelho. **Desafio: concretização do direito à saúde pública no Brasil**. In:

BRASIL. **Para entender a gestão do SUS: Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015. 113 p. Disponível em: < http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_31.pdf>. Acesso em 12 out. 2015

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-85.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p.13-28, jun. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/8844/6312>>. Acesso em: 11 out. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Vol. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas públicas de saúde. In: GIOVANELLA, Lígia et al. **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 65-105.

VIEIRA; Reginaldo de Souza. **A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde**. 2013. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/107508/319593.pdf?sequence=1>> Acesso em 26 jan. 2016.

WHO (WORD HEALTH ORGANIZATION), 1946. Constitution of the Word Health Organization. Disponível em: < <http://apps.who.int/gb/gov/assets/constitution-en.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2016.