

A judicialização da saúde no Brasil: Tentativas para reduzir (conter) o fenômeno

Luciana Gonçalves Nunes¹

Sumário: 1 O Direito à Saúde; 1.2 A acepção do termo “direito à saúde”; 2 O fenômeno da Judicialização no Brasil; 2.1 Como atender ao maior número de demandas com os recursos disponíveis?; 2.2 Quais possíveis parâmetros para minimizar a judicialização da saúde?; 2.3 Necessidade de criação de Comissões para auxílio à formulação de políticas públicas?; 3 Conclusão; Referências.

1 O Direito à Saúde

O direito à saúde surge, na esfera nacional, a partir da formação dos Estados liberais burgueses, fruto da revolução industrial do século dezanove. Nesse momento histórico, o Estado passa a reconhecer a suma importância de garantir saúde à população, para impulsionar suas respectivas produções industriais. Suelli Dallari² comenta:

O Estado passa a ser responsável porque o empresário não quer que o trabalhador falte, não quer perder o trabalho especializado. Também não quer ficar doente e por isso o trabalhador não pode ter epidemias que possam atingi-lo e ele tem muita força no Estado. Era o Estado liberal do século XIX. O empresário não queria investir sozinho, pagar pela saúde do trabalhador, mas ele podia fazer com que o Estado pagasse pela saúde do trabalhador, pela manutenção de sua mão-de-obra. Além disso, o próprio trabalhador estava reivindicando a garantia de sua saúde. Convencionou-se que o Estado seria o órgão, a instituição adequada para garantir a saúde do trabalhador. É interessante observarmos que o liberalismo deixou de ser liberal pela intervenção dos próprios liberais. Isto é, os próprios interessados na manutenção da filosofia liberal, no tratamento liberal da economia, advogaram a presença do Estado, pediram que o Estado garantisse a saúde dos seus empregados. Eles abriram caminhos para a

¹ Mestre em Direito pela FDUFGM. Área de concentração: Direito Econômico.

²DALLARI, Suelli Gandoli. *Direito à saúde*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm>>. Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos. Acesso em: 27 de maio de 2009.

intervenção do Estado que começou a participar diretamente da vida social.

Em âmbito mundial, a saúde é reconhecida como um direito fundamental, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948.³ No artigo 25, reconhece-se que todos têm direito a um padrão de vida adequado para a saúde e o bem estar próprio e de sua família, incluindo comida, vestuário, habitação, assistência à saúde e serviços sociais necessários e o direito à segurança em caso de desemprego, doença, incapacidade, viuvez, idade avançada ou qualquer outra causa de comprometimento de sua capacidade de sobreviver que seja causada por circunstâncias além de seu controle.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) reconhece o direito à saúde, no artigo 6º, como direito social. Os direitos sociais são, de acordo com Afonso da Silva⁴, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais”. Já nos termos da Lei 8.080/90, artigo 2º, “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Ressalta-se que os direitos fundamentais podem ser classificados em cinco grupos, conforme escreve Afonso da Silva⁵, quais sejam: direitos individuais (art. 5º); direitos coletivos (art. 5º); direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.); direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (art. 14 a 17). Destarte, todo direito social é um direito fundamental.

Adiante, discutir-se-á o conteúdo deste direito, no objetivo de se delimitar o dever do Estado e o direito subjetivo público à saúde.

³ FILHO, Antônio Gelis. *Sistema de saúde e Constituição: Análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países*, 2005, 177f. Tese de Doutorado, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, p. 27.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 289.

⁵ *Idem. Ibidem*, p. 185-187.

1.1 A acepção do termo “direito à saúde”

A compreensão do termo saúde não é estática, modificando-se ao longo do tempo, juntamente com a sociedade e os avanços da medicina. É defendida, por grande parte da doutrina⁶, a consideração dos aspectos curativo, preventivo e promocional do direito à saúde, em virtude de algumas expressões presentes no artigo 196 da CF/88.

Germano Schwartz⁷ salienta que o vocábulo “recuperação” relaciona-se à chamada saúde curativa, porquanto, “em caso de ocorrência de infortúnios na área da saúde”, ela deve ser restabelecida “mediante um processo curativo”. Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” referem-se à saúde preventiva, pois a atuação sanitária deve ocorrer “em momento anterior ao da doença”. Por fim, a palavra “promoção” aduz à busca da qualidade de vida, ou seja, ao caráter promocional.

O conceito mais difundido ainda é o estabelecido pela Organização Mundial de Saúde⁸ (OMS), segundo a qual saúde é um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doenças ou enfermidades”. Pergunta-se, contudo, o que seja este estado completo de bem estar.

Para alguns autores, o núcleo do conceito de saúde estaria na idéia de qualidade de vida. Ingo Sarlet⁹ equipara vida digna à vida saudável, pois um ambiente impróprio para a saúde humana não pode ser considerado propício para o desfrute de uma vida digna.

⁶ Nesse sentido, SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 98-100. Ver também MORAIS, José Bolzan de. O direito da saúde! In: SWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003. p.23-24.

⁷ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 102.

⁸ CONSTITUTION of the World Health Organization. Disponível em: <http://www.searo.who.int/LinkFiles/About_SEARO_const.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 10, jan. 2002, p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2009.

Anne Fagot-Largeaut¹⁰, por sua vez, discute sobre a noção de qualidade de vida que, segundo ela, “é certamente pluridimensional”, vez que envolve um aspecto individual, a saber, não restrito a apenas a sobrevivência, mas ao amor, sucesso, conforto, felicidade; assim como uma perspectiva coletiva, que envolve conceitos só possíveis em sociedade, tal como, liberdade, desenvolvimento, segurança, igualdade.

Germano Schwartz¹¹ introduz a noção de processo e não vincula a saúde meramente ao estado de bem estar:

[...] a saúde é um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo, que visa à melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

Não obstante a essa corrente, a saúde é hoje entendida em sentido ainda mais amplo, não atrelada à ausência de doenças, nem mesmo só relativa ao completo bem estar físico, mental e social. Na atualidade, ela passa a ser também um processo de cidadania, ou seja, a saúde, como direito, passa a exigir tanto do Estado como do cidadão recíproca atuação para a contínua construção do sistema de saúde brasileiro. Explica-se.

Por um lado, reconhece-se o direito à saúde, garantido a todos os brasileiros¹², mas também se exige a responsabilidade de toda a coletividade pela manutenção do sistema, seja através do pagamento de tributos, seja pela exigência de melhores condições e mesmo de abstenções a condutas

¹⁰ FAGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n.º 2, p. 87-107, jul. 2001, p. 87-88. Disponível em: <www.bireme.br>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

¹¹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

¹² Ressalta-se que alguns estrangeiros são beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS). De acordo com artigo que analisa a fruição do direito à saúde na fronteira do MERCOSUL, a gratuidade do sistema brasileiro na região da Tríplice Fronteira, englobando o Brasil, a Argentina e o Uruguai, é a principal razão que motiva a demanda por não residentes no Brasil. Constatou-se relevante número de estrangeiros, em algumas cidades no Brasil, em busca de atendimento fornecido pelo SUS. NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro Nogueira; PRÁ Keli Regina Dal; FERMIANO, Sabrina A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cad. Saúde Pública* vol.23, Rio de Janeiro 2007. Artigo disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007001400012&script=sci_arttext&tlng=>>. Acesso em: 27 de maio de 2009.

prejudiciais à sua e à saúde de outrem. A saúde, dentro desse enfoque, passa a ser um conjunto de ações realizadas em toda a sociedade.

Por outro lado, o Estado continua com encargos e é responsável pela garantia da saúde, mas o processo de participação cidadã ocasiona uma variável fundamental de respeito à pessoa humana, doente ou sadia, através do compromisso social solidário na consecução da garantia de condições dignas de vida a cada pessoa. O Estado passa a dividir com a coletividade o ônus pela manutenção da saúde pública. Desmitifica-se, com esse entendimento, a dicotomia direito do cidadão e obrigação do Estado.

Afonso da Silva¹³ ressalta, inclusive, a participação popular como um dos princípios que regem o sistema de saúde brasileiro. *In verbis*:

O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro.

Data vênia ao doutro mestre, mas acreditamos que a participação da comunidade não constitui um dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), mas sim integra a própria definição de saúde e demonstra o duplo caráter do direito social: ora de direito social individual, ora de direito social coletivo. Não se supera a definição dada pela OMS, no entanto, acrescenta-se o aspecto participativo à esfera meramente subjetiva, relacionada ao bem estar, a qualidade de vida de cada pessoa, garantindo uma feição também coletiva ao conceito de saúde.

Esse modo de entender a saúde, em nossa opinião, é o mais adequado, pois abrange tanto aspectos individuais, coletivos, como sociais. Nesse diapasão, o direito a saúde abarca, no nosso entendimento, a busca do estado de bem estar físico e social, promovido tanto pelo Poder Público, como pelo conjunto de ações emanadas da sociedade e complementares às do

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 809.

Estado, de modo a não incumbir a este todo o encargo pela elaboração, condução e melhoria do sistema de saúde brasileiro. As políticas públicas constituem, em tese, a expressão desta relação dialógica entre demandas sociais e possibilidades do Estado. Ou seja, representam o instrumento de consecução do processo de cidadania, que compõe a acepção do termo saúde.

1.2 Do direito subjetivo público à saúde

Vieira de Andrade¹⁴ leciona que “[...] a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efectiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular”.

Para Germano Schwartz¹⁵, a classificação da saúde como direito fundamental implica na sua auto-aplicabilidade, “entendida como a exigibilidade judicial sem subterfúgio normativo inferior conforme os ditames do art. 5º, §1º da CF”, bem como, no reconhecimento de um direito subjetivo “oponível ao Estado, em caso de descumprimento de seus preceitos.” Assim, para o referido autor, “estabelece-se uma relação obrigacional na qual o cidadão é o credor e o Estado, o devedor. Daí se obtém uma judicialidade de tal direito”.

Não concordamos, porém, com a última assertiva. O direito à saúde não comporta apenas uma relação obrigacional. Como dantes salientado, outros aspectos estão envolvidos, inclusive, o carácter coletivo desse direito. Existe uma relação dialógica entre sociedade e Estado e não apenas obrigacional. Mais do que direito fundamental, o direito à saúde é um direito social de carácter coletivo. Dessa forma, a opinião do jurista é questionável, por considerar, a uma, apenas o carácter individual do direito à saúde; a duas,

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 114.

¹⁵ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 130-131.

somente a relação obrigacional do Estado, sempre como devedor, e do cidadão, sempre como credor.

Ingo Sarlet¹⁶, por sua vez, sustenta que o direito à saúde, previsto pelo *caput* do art. 6º da CF/88, autoriza a propositura de demandas individuais em face da Administração Pública. Contudo, vincula o direito subjetivo ao caráter emergencial:

[...] sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergenciais, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade da pessoa física e dignidade da pessoa humana, haveremos reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.

A argumentação trazida pelo autor deve ser lida com precaução. Eduardo Appio¹⁷ sustenta que a afirmativa de Ingo Sarlet não encontra respaldo constitucional, vez que a CF/88 não estipula qualquer diferença entre cidadãos que necessitam de determinado bem ou tratamento em caráter de urgência ou não. Somente o direito processual, através da antecipação de tutela (art. 273 do CPC), oferece a possibilidade de concessão de medidas satisfativas, antes do provimento definitivo. As determinações constitucionais não devem ser confundidas com o direito processual, instrumento para o alcance do direito material.

Destarte, o caráter emergencial de algumas demandas judiciais deve ser lido com cuidado, pois muitos julgados incorrem nesse erro. A urgência não se refere ao direito à saúde em si, como previsto na Constituição, mas a um instrumento processual destinado a antecipar os efeitos pretendidos no pedido inicial, de forma a se garantir a futura efetividade da decisão final. Portanto, em nossa opinião, o direito subjetivo não nasce da necessidade ágil de prestação estatal.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n° 10, jan. 2002, p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2009, p. 13.

¹⁷ APPIO, Eduardo. *Controle das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Jurua, 2008, p. 185.

Ives Gandra¹⁸, a seu turno, escreve:

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se pronunciou, diversas vezes, a favor da integralidade do Sistema Único de Saúde, a partir da idéia de um direito subjetivo público. Contudo, após as audiências públicas realizadas no mês de abril deste ano¹⁹, espera-se a manifestação definitiva da Corte.

Noutro giro, Antônio Gelis²⁰ defende que:

[...] o dever do Estado em relação à saúde é um dever em face de todos e não em face de cada um dos cidadãos. Ou seja, **o dever do Estado é o de garantir o melhor nível de saúde ao conjunto da população e não apenas a alguns de nós**. O componente de direito-reivindicação em face do Estado, portanto, é o de exigir o mais elevado nível de saúde possível para a sociedade como um todo e não o de exigir que meu nível de saúde seja o mais elevado possível. Grifos acrescidos.

Ainda, segundo ele:

[...] se o cidadão exige do Estado, por meio do judiciário, que seja fornecido determinado serviço ou produto considerado inadequado como medida de saúde pública, seja por **falta de eficácia comprovada** ou por uma **relação custo-benefício desfavorável sob o ponto de vista da saúde coletiva**, sua concessão pelo Poder Judiciário interpreta um direito social pela ótica do individualismo com possíveis conseqüências onerosas para o todo da população. Grifos acrescidos.

Os argumentos trazidos pelo autor são adequados, mas merecem alguns reparos. É fato que o dever do Estado em relação à saúde não pode ser restringido a cada cidadão, vez que o Poder Público deve ainda cumprir outras

¹⁸ MARTINS, Ives da Silva. Lei Positiva e Lei Natural. *Caderno de Direito Natural*, nº 1, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

²⁰ FILHO, Antônio Gelis. *Sistema de saúde e Constituição: Análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países*, 2005, 177f. Tese de Doutorado, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, p. 18-25.

diversas atribuições. Nesse ponto, importante se faz o conceito de interesse público, representado pela expressão “conjunto da população”.

Nas palavras de Bandeira de Mello²¹, o interesse público não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual e deve ser entendido como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

De um lado, concordamos com Antônio Gelis, em relação à inadequação de medidas de saúde, quando comprovadamente ineficazes. As decisões judiciais, ao se depararem com pedidos de medicamentos sem eficácia confirmada, devem ser denegatórias, não de forma a negar a saúde, mas de maneira a contemplar os princípios da proporcionalidade²² e razoabilidade.²³

Por outro lado, discordamos da análise meramente “custo-benefício”. A vida está diretamente atrelada ao conceito de saúde. Não são todas as demandas, por serem consideradas de elevado gasto, que podem ser rejeitadas. O argumento puramente econômico é fraco, vez que contraria o valor maior, constitucionalmente consagrado, qual seja, a dignidade humana e, conseqüentemente, a vida. Não é somente a reserva econômica, fato restritivo à prestação judicial. A análise conjunta com outros princípios, em conjunto

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

²² A doutrina brasileira, inspirada na Corte Constitucional Alemã, aponta três dimensões do princípio da proporcionalidade, a saber, a adequação, a necessidade ou vedação de excesso, e a proporcionalidade em sentido estrito. segundo George Lima, às seguintes perguntas mentais que devem ser elaboradas para a análise da validade da medida limitadora: a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; b) o meio escolhido foi o ‘mais suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes? c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida limitou? Cf. LIMA, George Marmelstein. Limitações ao direito fundamental à ação. *Jus Navegandi*. Dez. de 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>> Acesso em: 27 de maio de 2009.

²³ O princípio da razoabilidade aproxima-se do princípio da proporcionalidade, mas se diferencia da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que veda a exagerada afetação ao direito fundamental sob a perspectiva de quem seja desvantajosamente afetado. De acordo com Novais, uma medida proporcional pode não ser razoável se “constituir, por si só, uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade.” NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 187.

com as políticas públicas vigentes, que irá demonstrar a viabilidade de provimento da demanda judicial.

Em artigo escrito em 2006, Eduardo Appio²⁴ afirma que não existe direito subjetivo à saúde. *In verbis*:

Estou afirmando que o direito social à saúde é um **direito coletivo**, o qual será atendido por meio de políticas públicas, ou seja, por meio de ação concertada entre os três níveis da federação brasileira, União, Estados e Municípios por meio do SUS. Estou afirmando que **o direito à saúde não é um direito subjetivo público**, o qual faz parte do patrimônio jurídico da cada cidadão brasileiro, mas sim é um **dever objetivo do Estado** o qual deve implementar políticas públicas para o setor, assegurando a todos os acesso universal e igualitário. Grifos acrescidos.

Porém, em seu livro, publicado em 2008, Eduardo Appio²⁵ pondera que as prestações de natureza coletiva poderão ser concedidas ao indivíduo apenas “quando existir uma política pública já implementada através de um sistema de democracia procedimental”.

Acrescenta que:

Caso já implementada esta política pública, o direito do cidadão poderá ser protegido pelo Poder Judiciário através de ações individuais – como mandado de segurança, por exemplo – a partir da proteção à isonomia entre os cidadãos. Disto resulta a possibilidade jurídica de extensão de um programa social a um determinado indivíduo independente da expressão legal ou de verbas orçamentárias específicas. As intervenções do Poder Judiciário neste último caso se darão a partir de uma concepção substancial de democracia, quando o juiz irá proteger no caso concreto o direito do cidadão, a partir da consideração acerca do princípio da isonomia.

Como sublinha Luciana Temer²⁶, as decisões judiciais que contrariam as políticas públicas remetem à reflexão sobre a efetividade dos direitos sociais frente à real capacidade do Estado. A busca por adequação entre efetividade e possibilidades reais é necessária, sublinha. No entanto,

²⁴ APPIO, Eduardo. Falta de recursos não pode discriminar direitos coletivos. *Revista Consultor Jurídico*, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/50337,1>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

²⁵ APPIO, Eduardo. *Controle das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 178.

²⁶ CASTELO BRANCO, Luciana Temer. *Abrangência do direito à saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado?* Disponível em: <http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/artigos/lt_saude.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

“[...] para que esta adequação seja possível é que existem as chamadas normas programáticas”.

Acreditamos que o direito subjetivo público à saúde está vinculado à existência de determinadas políticas públicas. Ainda que o direito à saúde seja direito fundamental, o artigo 196 da CF/88 é claro ao atrelar sua garantia às “políticas sociais e econômicas”. Interpretações em sentido contrário abrem margem a demandas judiciais que fogem ao senso de coletividade.

No caso concreto, cabe ao Magistrado observar estas políticas e ponderar todos os princípios envolvidos na lide. Sua decisão deve se pautar, em especial, nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, George Lima²⁷ faz interessante comentário a respeito da relação entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. *In verbis*:

Se é fácil aceitar a tese de que os direitos fundamentais não são absolutos, tendo em vista que se limitam entre si, difícil é aceitar que o legislador infraconstitucional possa limitar a abrangência desse direito, que, dada a sua hierarquia constitucional, serve de fundamento de validade para a elaboração das normas inferiores (natureza normogenética das normas constitucionais).

Porém, afigura-se de fácil assimilação compreender que, dentro do critério da proporcionalidade, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional, desde que - e aqui entra a proporcionalidade - **a limitação seja para preservar um outro direito fundamental**. Grifos acrescidos.

Odete Medauar²⁸ ainda registra:

O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social.

²⁷ LIMA, George Marmelstein. Limitações ao direito fundamental à ação. *Jus Navegandi*. Dez. de 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>> Acesso em: 27 de maio de 2009, p.1.

²⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150.

Por fim, defendemos a correta utilização dos instrumentos processuais, de modo a não se criar desigualdades entre os próprios cidadãos: uns beneficiados por medidas judiciais e outros prejudicados com a política de saúde pública, embora portadores da mesma moléstia.

Em trabalho de campo realizado na Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES/MG), entre os meses de fevereiro e maio deste ano, notamos que inúmeras ações judiciais desvirtuam o emprego dos instrumentos processuais. Acrescenta-se a opinião de Gadini:²⁹

[...] esse desvirtuamento muitas vezes decorre da falta de informação dos operadores do direito, no que diz respeito às políticas públicas de saúde e aos aspectos técnicos que envolvem a prescrição medicamentosa, outras vezes decorre da má-fé de profissionais médicos e da indústria farmacêutica.

Comungamos da opinião de Vieira de Andrade³⁰, segundo quem, não se deve alargar a idéia de uma presunção defensora dos direitos fundamentais “ao ponto de subordinar à lógica dos direitos fundamentais toda a actividade pública”.

2 O fenômeno da judicialização no Brasil

A invasão do Poder Judiciário nas políticas de saúde já gera grandes preocupações. O orçamento destinado pelo Ministério da Saúde para investimento em assistência farmacêutica cresceu perto de 150% desde 2002. Em 2009, o volume de gastos com a área deve alcançar valor aproximado a R\$ 5,9 bilhões. Há sete anos, este número era de R\$ 2,1 bilhões.³¹

²⁹ GADINI, João Agnaldo Donizeti et al. *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências*. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 150.

³¹ INSTITUTO DE DIREITO SANITÁRIO. *Ações judiciais comprometem política de saúde*. Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/site/vernot.php?vernot=1752>>. Acesso em: 27 de maio de 2009.

Conforme levantamento do Ministério da Saúde³², em 60% dos processos judiciais, a demanda é por medicamentos não disponíveis pelo SUS, mas os autores dessas ações poderiam ser tratados com medicamentos já oferecidos pelo SUS. O restante refere-se a medicamentos de última geração tecnológica, muitos dos quais ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou seja, ainda não possuem comprovação de eficácia nem de segurança para o usuário.

Reinaldo Guimarães, Secretário do Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde (DECIT/MS) faz importante ponderação. Segundo ele “[...] não se pode colocar o direito individual sobrepondo o direito coletivo e nem inverter as prioridades e demandas de saúde da população, pois estaremos reforçando as iniquidades e desigualdades”.

No mesmo sentido, Dirceu Barbano, Diretor do Departamento de Assistência Farmacêutica, afirma que não há sistema que suporte a decisão individualizada dos profissionais de saúde sobre o que cada um vai utilizar e o Estado deve garantir isso no sistema público. O problema perpassa pela necessidade de maior constrição na prescrição, uso e deferimento judicial de medicamentos.

Adiante, analisaremos algumas perspectivas relacionadas à judicialização. Ressaltamos que as perguntas selecionadas não esgotam o tema. Pelo contrário, elas buscam incentivar o debate e propor alguns caminhos, na tentativa de se reduzir (conter) o fenômeno em comento.

2.1 Como atender ao maior número de pessoas com os recursos disponíveis?

Para Reale³³, “[...] onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico de ordem técnica etc.)”; um valor, que “[...] confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de

³² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.

³³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 51-67.

atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo”; e, finalmente, uma regra ou norma, que “[...] representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro”, ou seja, o fato ao valor.

Nas palavras de João Bosco³⁴, “[...] a relação entre fato-valor-norma se fecha num círculo, pois a norma surgida dos fatos, através da sua valoração, se transforma num instrumento propulsor da própria realidade”.

A judicialização surge nesse contexto. Se, por um lado, têm-se os valores vida e saúde protegidos constitucionalmente, por outro, a realidade econômica impõe a elaboração de normas infraconstitucionais, que levem em consideração a escassez de recursos destinados à saúde.

Acreditamos que a limitação ao provimento judicial indiscriminado, quando determinado medicamento, procedimento ou material não são contemplados pelas políticas públicas, não é meramente econômica, mas legal. O respeito aos preceitos normativos é anterior à discussão acerca da questão orçamentária, porquanto a lei já delimita as obrigações estatais referentes à prestação medicamentosa.

O limite orçamentário só é, atualmente, trazido em discussão, vez que o desrespeito legal proporciona a utilização de mecanismos processuais de maneira abusiva e pretensiosa. Caso existisse respeito às políticas públicas, o Judiciário, como instância última na busca da consecução prestacional, não incorreria em esdrúxulos erros, como o faz.

O limite orçamentário só entraria à baila em casos de descumprimento às políticas públicas e, nesse sentido, não seria argumento relevante, pois a violação normativa seria discussão anterior à limitação financeira.

A grande problemática, no Brasil, é que se pretende demais a troca de mais ainda. Elucida-se: quer-se a implementação de um sistema de saúde, ao mesmo tempo, universal, integral e equânime, mas não se respeitam os limites impostos pelas leis ordinárias, que gozam de presunção de

³⁴ LEOPOLDINA DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 5^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 61.

constitucionalidade. Assim, pretende-se que o Judiciário cumpra às vezes do Estado, fornecendo medicamentos e outros serviços relacionados à saúde. A preocupação reside na indiferença do Poder Judiciário a todo o arcabouço já consolidado pelas normas infraconstitucionais.

Aparentemente, ainda não se visualiza que esse modelo de sistema de saúde utópico, na prática, só é plausível, ou seja, viável, mediante restrições que são impostas pela lei em virtude do fato econômico.

Todavia, a inversão discursiva, observada nas decisões judiciais, é trágica. Invoca-se a limitação orçamentária, esquece-se das leis e apregoa-se o valor vida, o princípio da dignidade humana, esquecendo-se que todas as pessoas são dignas.

Na formulação orçamentária busca-se gerir, da melhor maneira, recursos escassos. Na discussão normativa procuram-se limites, levando-se em consideração o fato econômico. Porém, no embate entre alguns valores, como a exemplo do confronto entre “dignidades”, não existe valor preponderante. Dessa forma, erram as decisões que consideram a dignidade de um em detrimento de outros.

Nesse sentido, merece destaque a seguinte decisão judicial³⁵, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que aborda tanto o fato econômico, como as normas, sem considerar a configuração de afronta direta ao valor vida ou saúde:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória. O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante. **Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do**

³⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. Processo n° 1.0000.06.443869-0/000. Relator: Des. Albergaria Costa, DJMG 14/08/2007.

Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não forneça medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança. Grifos acrescidos.

Saber o momento específico da intervenção judicial é de suma relevância. Eduardo Appio³⁶ ressalta que, no processo de formulação de políticas públicas, o controle dependerá do modelo político de participação popular adotado. Já na fase de execução destas políticas, a intervenção “[...] dependerá dos atores sociais diretamente afetados pelas medidas governamentais, fundamentalmente a partir da exigência de um tratamento isonômico por parte da Administração Pública”.

Propomos uma primeira tentativa, no intuito de se garantir atendimento a um maior número de pessoas e reduzir o fenômeno da judicialização, qual seja, a observância às políticas públicas. As discussões acerca das falhas destas políticas devem ser levadas ao momento de formulação e não de execução.

Pode parecer uma solução simplória. Todavia, acreditamos que, sem a delimitação das fases e possibilidades de intervenção judicial nas políticas públicas, torna-se difícil construir um sistema de saúde acessível a todos. A escassez de recursos, por fim, atinge os mais pobres, que não conseguem, sequer, uma vaga em hospital público. Ou seja, alcança aqueles que não têm acesso nem ao mínimo contemplado em políticas.

2.2 Quais os possíveis parâmetros para minimizar a judicialização da saúde?

A judicialização não é um fenômeno apartado, mas, especialmente, conseqüência da estruturação do SUS, das falhas das políticas

³⁶ APPIO, Eduardo. *Controle das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Jurua, 2008, p. 150.

públicas, da má gestão administrativa, do desinteresse político, do subfinanciamento e da utilização indevida de mecanismos processuais. Nesta seção, apresentaremos alguns possíveis parâmetros, no intuito de se reduzir a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas. Não pretendemos esgotar as alternativas, mas sugerir caminhos diversos da intervenção judicial.

Na maioria dos países em que o Estado incorra em mora no cumprimento de determinada política pública, a via administrativa apresenta-se como meio ágil e eficaz para a coação do Poder Público. No Brasil, no entanto, a realidade é diferente. É pacífico o entendimento de que não há necessidade de esgotamento das vias administrativas para ao acesso ao Poder Judiciário. Destaca-se a seguinte decisão judicial, proferida em sede de mandado de segurança, perante o TJMG:³⁷

Não há que se falar em ausência de condição da ação pela simples ausência de exaurimento da via administrativa, já que, conforme reiteradamente decidido e já consolidado na jurisprudência, **tal questão prescinde do prévio requerimento, na via administrativa, e o que não é pressuposto indispensável ao pleito judicial.**

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 eliminou a possibilidade de que o legislador infraconstitucional crie obstáculos ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, excluindo, portanto, a necessidade da chamada "jurisdição condicionada" ou "instância administrativa de curso forçado" existente no texto anterior.

Assim, o fato da impetrante não ter esgotado a via administrativa não atenta contra o princípio da legalidade e nem lhe retira o direito de postulá-lo na via judicial. Grifos acrescidos.

É indiscutível a possibilidade de acionamento do Poder Judiciário sem haver o esgotamento da via administrativa. Porém, sugerimos a criação de um procedimento administrativo mais célere e menos burocrático, de forma a se viabilizar a efetivação de políticas públicas, sem que o Estado seja coagido a prestar, mas apenas notificado da mora e acionado para o respectivo cumprimento.

Atualmente, a descrença no processo administrativo e a demora de resultados efetivos impulsionam as pessoas ao Poder Judiciário e garantem

³⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. Processo nº 1.0236.04.005213-6/002(1). Relator: Des. Geraldo Augusto, DJMG 27/10/2006.

resultados individuais satisfatórios, mas danosos à coletividade. A possibilidade de coação, em caso de descumprimento da ordem judicial, inverte a ordem de prioridades e impele o Poder Público, na figura de seus representantes, a atender a demandas individuais antes das coletivas, por tempo indeterminado.

Ora, não é crível que os interesses individuais sobreponham-se aos coletivos sem a observância de qualquer limite. A criação de processo administrativo junto à coletividade, sem entraves burocráticos, pode ser benéfica tanto para o Estado como para a população. O Poder Público observaria um declínio de demandas individuais, bem como de decisões judiciais imponderadas, de modo a melhor coordenar, distribuir e fiscalizar o cumprimento das políticas públicas. A sociedade, por sua vez, seria beneficiada, na medida em que obteria o bem ou serviço em saúde necessário sem necessidade de advogado e processo judicial.

É sabido que, no Brasil, não é a população mais simples que goza de informações sobre as possibilidades de efetivação de seus direitos. No fim, a judicialização beneficia aqueles que sabem e podem constituir um bom advogado.

A nosso ver, a observância das leis instituídas pelas normas infraconstitucionais, bem como a ponderação de princípios, no caso concreto, levando-se sempre em conta o juízo de proporcionalidade e razoabilidade, conduziria a julgamentos mais arrazoados. Nesse sentido, propomos alguns passos que possam ser seguidos:

1. Averiguação da **validade** da prescrição médica. Necessário observar se esta atende a todos os requisitos e é assinada por profissional competente³⁸. A prescrição é o principal documento que será determinante para a observância ou não do direito subjetivo à saúde, caso o pedido seja

³⁸ De acordo com a Portaria MS nº 1.625 de 10 de julho de 2007, os profissionais da saúde legalmente aptos a prescrever são médicos, médicos-veterinários e cirurgiões-dentistas e os enfermeiros.

consonante às políticas públicas. Algumas vezes, falta o DCI/DCB ou, ainda, a doença não corresponde a este³⁹.

2. Existência de **registro** do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), salvo exceção estabelecida aos medicamentos de uso experimental, nos termos artigo 24, da Lei 6.360/76.
3. Verificação de **políticas públicas** vigentes que abarcam o fornecimento do medicamento pleiteado ou existência de fármacos **similares** (alternativos terapêuticos) eficazes para o tratamento da mesma doença, já fornecidos pela rede pública.
4. **Ponderação** entre os princípios envolvidos no caso concreto;
5. Em caso de provimento judicial, indicação do **responsável** pelo custeio da ordem judicial.

2.3 Necessidade de criação de Comissões para incorporação de novas tecnologias?

As políticas públicas, conforme leciona Gouvêa⁴⁰, consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, “[...] visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico”.

³⁹ Nesse ponto, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se reconheceu ser “cabível a substituição de eventuais fármacos prescritos pelo nome comercial ou de marca por outro pela Denominação Comum Brasileira, desde que contenham o mesmo sal e princípio ativo e não haja laudo médico atestando a imprescindibilidade do remédio.” (TJRS, nº 700.22.133.383, Relator Rui Portanova, DJRS 12/12/2007).

⁴⁰ GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas Públicas, Governabilidade e Globalização. *Revista do Legislativo*. Brasília, nº 25, jan./mar. 199, p. 63.

A formulação de listas oficiais, que dispõe sobre quais bens e serviços em saúde são disponibilizados gratuitamente pelo SUS, não acompanha a evolução da medicina. Ademais, a existência de interesses políticos e limites orçamentários impedem que a incorporação de medicamentos seja baseada exclusivamente na qualidade, segurança e eficácia de novas tecnologias. Por vezes, ainda é mais vantajoso conceder a um que demanda perante o Judiciário, do que reconhecer o direito a todos.

Nesse diapasão, acreditamos que uma via em sentido contrário à judicialização seria a criação de Comissões ou mesmo de uma autarquia, voltadas à avaliação e incorporação de tecnologias em saúde, de modo a garantir uma rápida e eficiente atualização das listas oficiais, sem maiores delongas. O tema, no Brasil, ainda é muito novo, mas alguns movimentos já podem ser citados.

A criação da Comissão de Incorporação Tecnológica do Ministério da Saúde (CITEC/MS), pela Portaria 3.323, de 27 de dezembro de 2006, já representa um importante passo. Sua principal missão é a deliberação sobre solicitações de incorporação de tecnologias, análise de tecnologias em uso, revisão e mudanças de protocolos em consonância com as necessidades sociais em saúde e de gestão do SUS e na Saúde Suplementar.

No Estado de Minas Gerais, em março deste ano, foi submetida à Consulta Pública, a criação da Comissão de Farmácia e Terapêutica (CFT), vinculada à SES/MG. Objetiva-se estabelecer, ainda este ano, normas gerais e procedimentos a serem observados para incorporação tecnológica de medicamentos e produtos farmacêuticos, bem como para alterar apresentações ou excluir produtos da Relação Estadual de Medicamentos.

Ressaltamos ainda a atuação do Centro de Estudo do Medicamento (CEMED), vinculado ao Departamento de Farmácia Social da Faculdade de Farmácia da UFMG, que desde 1992, instrumentaliza e serve como suporte para trabalhos de investigações epidemiológicas, de farmacologia clínica e de formação de recursos humanos, além de fornecer

informações adequadas e sistematizadas sobre a utilização de medicamentos e seus riscos, dirigidas aos profissionais de saúde e população em geral.

3 Conclusão

Cremos que a judicialização não é a solução para as insatisfações sociais. Ao contrário, a interferência do Poder Judiciário é, muitas vezes, prejudicial, porquanto limitada à lide. Nesse sentido, os cidadãos e os Magistrados, devem estar cientes da sua atuação “como” e/ou “para” a coletividade. O individualismo das demandas deve ser repensado e revertido em atuações coletivas, bem como o provimento judicial em desrespeito às políticas públicas deve ser substituído por decisões mais conscientes, na consideração de vias alternativas, como ressaltado pelo TJMG em algumas decisões judiciais.⁴¹

Defendemos a necessidade de reformas estruturais na saúde, com o desenvolvimento de estruturas especializadas em avaliação e incorporação tecnológica. Ademais, ressaltamos que uma maior participação da sociedade e do Estado, na promoção da saúde, pode trazer avanços para o SUS. Lembremos que a saúde não se restringe ao aspecto curativo, mas também preventivo e promocional. Dessa forma, atuações anteriores ao estágio de doença podem reduzir as demandas perante o Judiciário.

A contenção da judicialização é possível. Basta que exista vontade política para melhorias, não pela via excepcional, qual seja, através da provocação do Judiciário, mas pela via ordinária, isto é, pela elaboração de políticas públicas abrangentes, democráticas e atuais, capazes de se adequarem às novas tecnologias, à necessidade de mudança e à dinâmica de mercado.

⁴¹ Cf. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1) Mandado de segurança. Processo n° 1.0024.07.581975-5/001(1). Relator: Des. Jarbas Ladeira, DJMG 18/12/2007. 2) Mandado de segurança. Processo n° 1.0000.07.46443-6/000(1). Relatora: Des. Heloisa Combat, DJMG 12/09/2008. 3) Mandado de segurança. Processo n° 1.0000.08.471823-8/000(1). Relatora: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJMG 14/11/2008.

Pretendemos ainda deixar em aberto o debate que perpassa “fora dos autos”, atinentes à formulação de políticas públicas. Indaga-se qual seria o limite do Judiciário para “corrigir” as “injustiças” anteriores ao processo, as opções realizadas pela Administração Pública. Não iremos responder a esta pergunta, mas sublinhamos a função do Judiciário como ator interativo desse debate atual, em que tanto a sociedade, como os três Poderes estão interessados em, pelo menos, delimitar a problemática trazida pela judicialização da saúde.

Finalizamos com um convite à discussão das formas estruturação do sistema público de saúde, pois se conseguirmos melhor estruturá-lo, se criarmos uma maior consciência coletiva, ou melhor, uma cultura democrática de defesa à saúde, entendida em sentido amplo, o fenômeno da judicialização poderá ser restringido na sua origem, e não meramente em suas consequências.

4 Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 114-150.
- APPIO, Eduardo. *Controle das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. Falta de recursos não pode discriminar direitos coletivos. *Revista Consultor Jurídico*, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/50337,1>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).
- CASTELO BRANCO, Luciana Temer. *Abrangência do direito à saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado?* Disponível em: <http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/artigos/lt_saude.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2009.
- CONSTITUTION OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.searo.who.int/LinkFiles/About_SEARO_const.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2009.
- DALLARI, Suelli Gandoli. *Direito à saúde*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm>>. Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos. Acesso em: 27 de maio de 2009.

- FAGOT-LARGEAULT, Anne. *Reflexões sobre a noção de qualidade de vida*. Revista de Direito Sanitário, v. 2, n.º 2, p. 87-107, jul. 2001, p. 87-88. Disponível em: <www.bireme.br>. Acesso em: 19 de maio de 2009.
- FILHO, Antônio Gelis. *Sistema de saúde e Constituição*: Análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países, 2005, 177f. Tese de Doutorado, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas.
- GADINI, João Agnaldo Donizeti *et al.* *A judicialização do direito à saúde*: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.
- GOUVÊA, Ronaldo Guimarães. Políticas Públicas, Governabilidade e Globalização. *Revista do Legislativo*. Brasília, n.º 25, jan./mar. 199, p. 63.
- INSTITUTO DE DIREITO SANITÁRIO. *Ações judiciais comprometem política de saúde*. Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/site/vernot.php?vernot=1752>>. Acesso em: 27 de maio de 2009.
- LEOPOLDINA DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 61.
- LIMA, George Marmelstein. Limitações ao direito fundamental à ação. *Jus Navegandi*. Dez. de 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>> Acesso em: 27 de maio de 2009.
- MARTINS, Ives da Silva. Lei Positiva e Lei Natural. *Caderno de Direito Natural*, n.º 1, 1ª ed., Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150.
- MINAS GERAIS. Secretaria do Estado de Saúde. Consulta Pública n.º 27 de 31 de março de 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. Processo n.º 1.0000.06.443869-0/000. Relator: Des. Albergaria Costa, DJMG 14/08/2007.
- _____. Mandado de segurança. Processo n.º 1.0236.04.005213-6/002(1). Relator: Des. Geraldo Augusto, DJMG 27/10/2006.
- _____. Mandado de segurança. Processo n.º 1.0024.07.581975-5/001(1). Relator: Des. Jarbas Ladeira, DJMG 18/12/2007.
- _____. Mandado de segurança. Processo n.º 1.0000.07.464443-6/000(1). Relatora: Des. Heloisa Combat, DJMG 12/09/2008.
- _____. Mandado de segurança. Processo n.º 1.0000.08.471823-8/000(1). Relatora: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, DJMG 14/11/2008.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>>. Acesso em: 19 de maio de 2009.
- _____. Portaria 3.323, de 27 de dezembro de 2006.

- MORAIS, José Bolzan de. O direito da saúde! In: SWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003. p.23-24.
- NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro Nogueira; PRÁ Keli Regina Dal; FERMIANO, Sabrina A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cad. Saúde Pública* vol.23, Rio de Janeiro 2007. Artigo disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2007001400012&script=sci_arttext&tlng=>>. Acesso em: 27 de maio de 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 187.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 51-67.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 10, jan. 2002, p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em 19 de maio de 2009.
- SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43-100.
- _____. *O tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 102-131.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acesso em: 19 de maio de 2009

Resumo: Este artigo aborda alguns aspectos relacionados ao direito à saúde e ao fenômeno da judicialização da saúde, no Brasil. O vertiginoso crescimento das ações judiciais é debatido e algumas soluções são propostas. O primeiro capítulo aborda o direito à saúde, a acepção do termo, bem como pondera sobre a existência de um direito subjetivo público à saúde. Já o segundo capítulo debate a judicialização da saúde, suscitando indagações e possíveis respostas. A primeira seção busca contrapor as demandas judiciais aos limites orçamentários. A segunda pretende propor alguns parâmetros às decisões judiciais. A terceira questiona a necessidade de criação de Comissões para auxílio à formulação de políticas públicas. Por fim, na conclusão, a temática é deixada em aberta, no intuito de provocar novas reflexões.

Palavras-chave: direito à saúde; judicialização da saúde.

Abstract: This article discusses some aspects of the right to health and the phenomenon of judicialization of health in Brazil. The dizzying growth of lawsuits is discussed and some solutions are proposed. The first chapter deals with the right to health, the meaning of the term, and the existence of a subjective right to health. The second chapter discusses the judicialization of health, raising questions and possible answers. The first section seeks to oppose the judicial demands to the budget limits. The second aims to propose some parameters to judgments. The third questions the need for setting up committees to help

the formulization of public policy. Finally, in conclusion, the issue is left open in order to provoke new debates.

Keywords: right to health; judicialization of health.