

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO.

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: o diálogo como forma
de concretização da saúde preventiva.**

Belém – PA

2015

|

MARCELENE DIAS DA PAZ VELOSO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: o diálogo como forma
de concretização da saúde preventiva.**

Projeto de pesquisa

Projeto de Pesquisa para qualificação no Curso de Mestrado em Direito pela Universidade Federal na linha Direitos Humanos e Meio Ambiente na Universidade Federal do Pará. Orientadora: Professora Doutora Maria Cristina Cesar de Oliveira.

Belém – PA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)
(Biblioteca do ICJ)

Veloso, Marcelene Dias da Paz

Judicialização da política pública: o diálogo como forma de concretização da saúde preventiva / Marcelene Dias da Paz; Orientadora, Maria Cristina Cesar Oliveira. - 2015.

159 f. : il. ; 29 cm

Inclui bibliografias

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós- Graduação em Direito, Belém, 2015.

1. Direitos humanos - Brasil. 2. Direitos sociais - Brasil. 3. Direito a saúde - Prevenção. 4. Meio ambiente. I. Oliveira, Maria Cristina Cesar, Orientadora. II. Título.

CDD – 22 ed. 341.27

MARCELENE DIAS DA PAZ VELOSO

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: o diálogo como forma
de concretização da saúde preventiva.**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Meio Ambiente, na Universidade Federal do Pará.

Data de aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora
Universidade Federal do Pará
CRISTINA CESAR DE OLIVEIRA

Professora Doutora
Universidade Federal do Pará
ELODY NASSAR

Professor Doutor
Universidade Federal do Pará
SANDOVAL ALVES DA SILVA

A Deus, aos meus pais, José Maria Coelho da Paz e Maria Madalena Benjamim Dias por terem me dado oportunidade de ser o que sou, ao meu anjo que esteve comigo durante vinte e seis anos e me abriu o mundo para o conhecimento, equilibrou minha vida, amou o que sou e me fez acreditar que era alguém realmente especial, Alberto Eduardo Conte Mendes Veloso (*in memoriam*), a minhas filhas Natasha Dias da Paz Veloso e Amanda Dias da Paz Veloso, por serem a razão da minha vida e pela paciência, apoio e compreensão nas horas devotadas à procura do conhecimento em que estive ausente e pelo apoio emocional e incondicional nesses anos difíceis.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, José Maria Coelho da Paz e Maria Madalena Benjamim Dias pelo amor e pela dedicação na minha criação. Aos meus irmãos que sempre compreenderam minha ausência.

Ao meu anjo que hoje vela por nós, Alberto Eduardo Conte Mendes Veloso (*in memoriam*) que me escolheu sem nenhuma condição, aceitou o que sou, equilibrou minha vida e me deu amor incondicional no tempo em que estive ao meu lado e será inesquecível para o resto da minha vida.

As minhas filhas Natasha Dias da Paz Veloso e Amanda Dias da Paz Veloso, amores da minha vida e razão do meu viver, pela paciência, pelo apoio na fase mais dura de minha vida e pela compreensão nas horas devotadas à procura do conhecimento em que estive ausente. Peço ainda desculpas por não ser a mãe perfeita que vocês merecem.

Ao professor Doutor e amigo Sandoval Alves da Silva que contribuiu e dividiu seu conhecimento me fazendo adentrar nesse mundo magnífico e desafiador da pesquisa, mas especialmente porque sempre estive comigo e minha família obrigada por tudo.

A professora Doutora Cristina Cezar Oliveira, pela maestria da orientação e pela amizade sempre presente em cada ensinamento me conduzindo quando ocorreram desvios e reconduzindo meu caminho.

A professora Doutora Elody Nassar por estar sempre presente em momentos singulares de minha vida.

Aos meus amigos e demais familiares que durante esse período entenderam minhas ausências e se fizeram presentes mesmo com todas as dificuldades e me ajudaram a atravessar todos os percalços.

“Não julgueis, para que não sejais julgados. Porque com o juízo com que julgardes sereis julgados, e com a medida com que tiverdes medido vos hão de medir a vós”.

Mateus 7:1-2”

Jesus Cristo

RESUMO

A dissertação de mestrado analisa a área da atuação e o limite do papel do Judiciário nas demandas que exigem atuação do Poder Público para a formulação, a implementação e a avaliação da política pública enfocando a saúde preventiva e destacando os principais óbices aventados pela doutrina e pela jurisprudência na concretização dos direitos fundamentais por meio de atuações judiciais. Para tanto, foi necessário demonstrar os principais problemas enfrentados em se efetivar os serviços públicos de saúde preventiva por meio de ação judicial, confrontando as necessidades sociais com as limitações de recursos. Abordou ainda, a possível solução para harmonizar as tensões entre os poderes instituídos, trazendo exemplos de outros países, como o diálogo institucional, a fim de garantir a fruição dos direitos fundamentais a saúde preventiva estabelecidos na CRFB. Foi selecionado um programa do governo federal “Saúde da Família” que possui a maioria das ações inseridas na área da saúde preventiva primária e sua judicialização, em que se demonstrou que o poder judiciário também pode colaborar para melhoria das políticas públicas. Apresentou-se ainda dois casos de ação judicial uma envolvendo o programa “saúde da família” e o outro a disponibilização da vacina HPV. Foi ainda apresentada pesquisa realizada no STF, no período de 2010 a 2103, a fim de identificar os casos de judicialização da saúde preventiva na Corte no período.

Palavras-chave: Direito fundamental. Saúde preventiva. Diálogo institucional. Atuação do Poder Judiciário. Meio ambiente.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the field of action of the Judiciary and its limitations within the demands made upon the Public Administration, regarding the development, implementation and evaluation of the public policies for the provision of preventive health care services with an emphasis on the 'Health and Family Program'. The analysis highlighted the main obstacles mentioned in the doctrine and in the jurisprudence with regard to the implementation of the fundamental rights by means of judicial proceedings. To this end, the study identified the main problems that have arisen during the implementation of preventative health care services carried out due to judicial proceedings by collating the social demands with resource constraints. The study also suggests a possible approach to overcome the tensions among the constituted powers by resorting to examples of practices from other countries such as institutional dialogue, which guarantees the enjoyment of the fundamental rights set out by the Brazilian Constitution. The 'Health and Family Program' of the federal government was herein analyzed due to fact that it comprises most of the policies on the provision of preventive primary health care services on the one hand and most of the judicialization cases on the other hand. The analysis herein issued, demonstrates that the Judiciary can contribute to the improvement of health public policies. The dissertation also brings an analysis of a judicial proceeding concerning the provision of Human Papiloma Virus (HPV) vaccine. Finally, it also comprises a research carried out in the Federal Supreme Court during the period of 2010-2013, which aimed at identifying judicialization cases in the provision of preventive health care services then processed and judged in the Court.

Keywords: Fundamental right. Preventive health. Institutional dialogue. The Judiciary Acting. Environment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADC	Ação direta de constitucionalidade
ADCT	Atos de disposição constitucional transitório
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AgR	Agravo regimental
AIDS	Acquired immunodeficiency syndrome
ASPS	Ações e serviços público de saúde
ANVISA	Agência nacional de vigilância de saúde
ARE	Agravo no recurso extraordinário
CBOR	Canadian bill of rights
CIRADS	Comitê internacional de resolução administrativa de demanda de saúde
CMS	Conselho municipal de saúde
CNJ	Conselho nacional de justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPMF	Contribuição provisória de movimentação financeira
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTI	Comissão de intergestores tripartides
CIB	Comissão de intergestores bipartide
CONASS	Conselho nacional de secretaria de saúde
EUA	Estados unidos da américa
eSFR	Equipe de saúde da família ribeirinha
eSFF	Equipe de saúde da família fluvial
FPE	Fundo de participação dos estados
HPV	Human papiloma vírus
IAP	Instituto de aposentadoria e pensões
IBGE	Instituto brasileiro de geografia e estatística
IDH	Índice de desenvolvimento humano
INANPS	Instituto nacional de assistência médica da previdência social
INPS	Instituto nacional de previdência social
IRRF	Imposto de renda retido na fonte
IPVA	Imposto.
IPI	Imposto
IPTU	Imposto predial, territorial urbano
IR	Imposto de renda
ISS	Imposto sobre serviço
ITR	Imposto territorial rural
LOA	Lei Orçamentária Anual
NOB	Norma operacional básica
NZBORA	New Zealand Bill of rights act
OMS	Organização mundial de saúde
ONG	Organização mundial de saúde
PAIS	Programa de ações integradas de saúde
PGE/PA	Procuradoria-Geral do Estado do Pará

PSF	Programa saúde da família
PNAB	Política nacional de atenção básica
MP	Ministério público
MPF	Ministério público federal
NASF	Núcleo de saúde da família
NOAS	Norma operacional de assistência à saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
PIB	Produto interno bruto
PNPS	Política nacional de promoção da saúde
PPA	Plano plurianual
PMAQ	Programa nacional de melhoria do acesso e de qualidade
RE	Recurso Extraordinário
SINAN	Sistema de informação de agravo de notificação
STF	Superior Tribunal federal
SESMA	Secretaria de saúde municipal
SESPA	Secretaria estadual de saúde do Pará
SCNES	Sistema de cadastro nacional de estabelecimento de saúde
SNS	Sistema nacional de saúde
STA	Suspensão da tutela antecipada
SUDS	Sistemas unificados e descentralizados de saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SINPAS	Sistema nacional de assistência e previdência social
SS	Suspensão de segurança
SUS	Sistema único de saúde
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
TRF	Tribunal regional federal
UNICEF	Fundo das nações unidas
USF	Unidade da saúde da família
UBSF	Unidade básica de saúde da família

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.1 FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	20
2.2 EFICÁCIA JURÍDICA E EFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE PREVENTIVA.....	25
2.3 NÚCLEO MÍNIMO E RÍGIDO DO DIREITO A SAÚDE PREVENTIVA ANALISADO A PARTIR DAS NECESSIDADES HUMANAS.....	27
2.4 LIMITE FINANCEIRO PARA O ATENDIMENTO DO DIREITO À SAÚDE PREVENTIVA.....	30
3 POLÍTICA PÚBLICA E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	36
3.1 POLÍTICA PÚBLICA SOCIAL.....	36
3.1.1 Ciclo das políticas públicas.....	37
3.1.2 A política pública do sistema único de saúde	41
3.2 A SAÚDE PREVENTIVA E O ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES HUMANAS	49
3.2.1 A saúde preventiva no Brasil.....	58
3.2.2 A saúde preventiva por meio do Programa Saúde da Família.....	64
4 CONTROLE JUDICIAL DIALÓGICO.....	79
4.1 ENTRE INTERFERÊNCIA E ATUAÇÃO DIALÓGICA.....	79
4.2 DECISÕES JUDICIAIS (CONTRA) MAJORITÁRIAS.....	90
4.3 DIÁLOGO INSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA PARA AS INTERVENÇÕES JUDICIAIS NA SAÚDE	94
4.3.1 As bases dialógicas para dirimir as controvérsias judiciais.....	94
4.3.2 Experiência dialógica no direito comparado e exemplos de medidas dialógicas no Brasil.....	99
4.3.3 Experiência dialógica na saúde: casos apresentados de judicialização da saúde.....	104
4.4 PARÂMETROS JUDICIAIS PARA POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE.....	108
4.4.1 Suspensão da Tutela Antecipada n.º 175: parâmetros para a saúde preventiva.....	108
4.4.2 Pesquisa de casos de judicialização da saúde preventiva no STF e TJE/PA.....	113
4.4.3 Ação judicial preventiva: Programa/estratégia Saúde da Família.....	127
4.4.4 Ação judicial para disponibilização da vacina contra HPV proposta pela defensoria pública.....	135
5 CONCLUSÃO.....	142
6 REFERÊNCIA.....	150

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da CRFB, houve uma grande ampliação dos direitos prestacionais, especialmente dos relacionados ao direito fundamental, o que conferiu à Carta Magna um caráter analítico em razão do grande número de dispositivos, um caráter pluralista por causa da necessidade de conciliar posições de diversos setores da sociedade, e uma natureza programática e dirigente (SARLET, 2007, p. 79).

Inúmeras discussões passaram a ser travadas, tanto no campo da doutrina como na jurisprudência, acerca da eficácia dos direitos fundamentais, da atuação do Judiciário e de sua limitação no campo dos direitos fundamentais sociais (SILVA, 2007, p. 213), da possibilidade de atendimento pela via de ação individual ou coletiva, dos efeitos dessas decisões e das consequências jurídicas e do papel dos órgãos envolvidos no manejo dos instrumentos jurídicos envolvidos nesse processo.

O tema dos direitos fundamentais assume especial peculiaridade quando envolve a política pública de saúde, especialmente quando se enfoca a prevenção, em cujo estudo poucos se detêm. A preocupação da matéria transcende aos anseios políticos de uma nação e figura agora, atualmente inclusive nos ditames internacionais (PIOVESAN, 2006, p. 30), como meta a ser alcançada para a melhoria do desenvolvimento econômico e social.

Em milhares de ações propostas todos os anos, por meio em geral de demandas judiciais individuais, o Poder Judiciário tenta minimizar as mazelas sociais da saúde (MAUÉS, 2009), obrigando os governos a suprir as necessidades da população relativas à saúde não obtidas de forma espontânea, por meio dos serviços públicos (LIMBERGER, 2012).

De um lado, o Estado democrático de direito tem a obrigação de implementar serviços públicos que minimizem os problemas sociais; de outro, a limitação dos recursos impede o atendimento satisfatório dos direitos fundamentais. Adiciona-se ainda a essas duas situações, a interpretação proativa da CRFB pelo Judiciário. Mas o que se constata é que não há a preocupação de observar os princípios da precaução e da prevenção do meio ambiente – aplicados à saúde especialmente quando está em discussão a saúde preventiva. (OLIVEIRA; DOURADO JUNIOR. 2012, p. 5).

A preservação do ambiente onde está inserido o homem é *conditio sine qua non* para a manutenção da saúde. De fato, a vinculação do ser humano com o meio natural (OLIVEIRA, 2002, p. 15) é tal que não poderá ser dissociado do ambiente em que vive. Por isso, seria

necessária uma atuação mais abrangente e preventiva nas intervenções judiciais, e não apenas medidas saneadoras, com ênfase mais na saúde corretiva, como tem ocorrido.

A saúde é comprometida por diversos fatores, como a poluição e a escassez de água potável, o baixo acesso ao saneamento básico e ao tratamento de resíduos, a contaminação dos solos, a falta de planejamento urbano e os ambientes insalubres de trabalho¹. Tais fatores são, também, determinantes de doenças crônicas (violência, depressão, alcoolismo, doenças respiratórias, câncer) que poderiam ser tratadas preventivamente, inclusive por meio de ações judiciais (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 2012, p. 25), o que reduziria os gastos com a saúde curativa.

O Poder Judiciário, ao ser provocado, tem destinado verbas públicas elevadas para despesas individuais com assistência farmacêutica (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010, p. 26), restando poucas demandas que buscam a melhoria efetiva, com uma interferência no meio ambiente para garantir a boa da qualidade de vida, como forma de antever problemas relacionados à saúde preventiva.

No governo federal, por exemplo, dos vinte e um programas vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS), foi possível identificar poucos programas diretamente voltados para a saúde preventiva. O Programa Saúde da Família (PSF) é entendido hoje como uma estratégia de reorientação do modelo assistencial, sendo operacionalizado mediante a implantação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde. Essas equipes são responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias, localizadas em uma área geográfica delimitada. As equipes realizam ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes, e atuam na manutenção da saúde da comunidade. A responsabilidade pelo acompanhamento das famílias impõe às equipes de saúde da família a necessidade de ultrapassar os limites classicamente definidos para a atenção básica no Brasil, especialmente no contexto do SUS.

Nesse contexto de judicialização de políticas Públicas os doutrinadores divergem sobre o papel das Cortes e do Parlamento. É necessária a mediação entre o Estado judiciário – supremacia do Judiciário como detentor da última palavra – e o Estado legislativo – supremacia do Parlamento como detentor da última palavra. A tensão existente revela, em verdade, a tensão entre os direitos e valores constitucionais (HIEBERT, 2002, p. 3).

¹ Precedentes: Resp 1.114.398-PR, Dje 16/02/2012; Resp 1.346.430-PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 18/10/2012.

² Um exemplo: pela Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.º 912, foi deferido o pedido para fornecimento de medicamentos aos transplantados renais, enquanto, pela Suspensão da Segurança - SS n.º 3.4912, tal pedido de suspensão foi indeferido, o que resultou na determinação do pagamento de medicamento e gerou muita insegurança na aplicação das regras e dos princípios que regem a matéria, inclusive sob a ótica interpretativa da Corte.

“Decisão 1. O Estado de Alagoas, com fundamento no art. 4.º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97,

Para aprofundar essa discussão, é necessário que se amplie o debate, polarizado entre competências de poderes, e se discuta também sobre democracia e direito, visto que os temas parecem indissolúveis, especialmente quando se confrontam direitos humanos e soberania popular e porque o Poder Judiciário passou a ser uma instância deliberativa (DIAS; DARWICH, 2011, p. 1-19).

O aumento das demandas evidencia as tensões que marcam a fina harmonia entre os poderes, gerando decisões díspares dentre os próprios órgãos judicantes, incluindo a Corte Suprema². O Poder Judiciário tem a tarefa de garantir a efetividade da Constituição, convertendo-se em um instrumento eficaz para o alcance das mudanças sociais necessárias.

Essa percepção é muito discutida no atendimento da saúde corretiva, em que se abordam as questões inerentes aos limites e áreas de intervenção judicial. Entretanto, para atender a proposta ora apresentada é preciso buscar entender e estender essa preocupação sobre o limite e a aptidão da competência judicial ao campo da política pública de saúde preventiva, que representa outro aspecto de efetividade do direito à saúde.

O certo é que os direitos fundamentais sociais, para serem transformados em prestações do Estado, necessitam, além de leis que os regulamentem, de recursos orçamentários e financeiros para custeá-los. Para tanto, é necessário que o poder constituído institua a política pública e aloque esforços a fim de garantir a fruição desses direitos. É bom que se destaque que a escolha da política pública é algo de muita relevância e que também é influenciado por quem escolhe, ou seja, a escolha de quem escolhe influi na própria escolha do que se escolhe (BADIN.2013.p.95)

Para que a saúde preventiva avance é necessário que seja feita uma boa escolha da política pública que será instituída, para tanto é preciso saber como iniciar sua formulação e o primeiro desafio se encontra na identificação do problema, uma vez que dificilmente a

² Um exemplo: pela Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.º 912, foi deferido o pedido para fornecimento de medicamentos aos transplantados renais, enquanto, pela Suspensão da Segurança - SS n.º 3.4912, tal pedido de suspensão foi indeferido, o que resultou na determinação do pagamento de medicamento e gerou muita insegurança na aplicação das regras e dos princípios que regem a matéria, inclusive sob a ótica interpretativa da Corte.

“Decisão 1. O Estado de Alagoas, com fundamento no art. 4.º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na ação civil pública-ACP n.º 001.06.014309-7 (fls. 27-47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23-26)” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 5 jun. 2014).

“Trata-se de pedido de SS, formulado pelo Município de Fortaleza, em face da decisão liminar proferida pela Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, relatora do Mandado de Segurança n.º 2009.0014.9351-0. A liminar objeto deste pedido de suspensão foi concedida nos seguintes termos (fls. 83-84)” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 5 jun. 2014).

política é formulada para solucionar inteiramente o problema, em geral, ela é formulada para minimizá-lo. Outras vezes, há uma inversão no ciclo da política pública: ao invés de primeiro identificar o problema para se achar a solução, apresenta-se a solução disponível que se encaixa no problema (CAPELLA, 2007, p. 122). No caso da política pública de saúde preventiva, a grande dificuldade está em definir qual a política que foi instituída, dada a grande diversidade de normas e regulamentos com comandos genéricos que dificultam tal identificação.

A saúde preventiva teve sua concepção alterada na modernidade, necessitando de um papel mais protagonista por parte dos poderes públicos. A saúde é produto de um amplo espectro de fatores relacionados com a qualidade de vida, incluindo um padrão adequado de alimentação e de nutrição, de habitação e de saneamento, além de boas condições de trabalho, oportunidades de educação ao longo de toda a vida, ambiente físico limpo, apoio social para famílias e indivíduos, estilo de vida responsável e um espectro adequado de cuidados de saúde. As atividades ligadas à saúde preventiva estariam, então, mais voltadas para o coletivo e para o meio ambiente, compreendido num sentido amplo – ambiente físico, social, político, econômico e cultural –, instituídos por meio de políticas públicas e de condições favoráveis ao desenvolvimento da saúde e do reforço da capacidade dos indivíduos e das comunidades. Sob essa ótica, seria possível reduzir os gastos com a saúde pública curativa caso o Poder Público, por meio de seus agentes, fosse propulsor das ações que buscassem tal efetividade.

O objetivo geral desta pesquisa é avaliar a área da atuação e o limite do papel do Judiciário nas demandas da saúde preventiva que exigem do Poder Público a formulação, a implementação e a avaliação da política pública, focando na prevenção primária destacando o programa Saúde da Família. Será ainda aventado os principais óbices encontrados na doutrina e pela jurisprudência na concretização dos direitos fundamentais por meio de atuações judiciais, destacando suas vantagens e desvantagens, e apresentando casos práticos de judicialização de saúde preventiva.

Como objetivo específico coube enfocar: a relação entre os poderes executivos, legislativo e judiciário; as possibilidades de diálogos apresentadas na doutrina como solução à tensão entre os poderes destacando as principais vantagens e desvantagens; os instrumentos processuais das ações coletivas e individuais utilizadas para a concretude do direito; apresentar dois casos práticos de judicialização na área da saúde preventiva e mostrar levantamento no STF sobre as demandas judiciais na saúde.

O problema da pesquisa está em constatar em que medida o poder judiciário poderá intervir nas políticas sociais e econômicas, para a redução dos riscos de doenças (prevenção) e

de outros agravos previstos no art. 196 da Constituição, reconhecidos como dever do Estado, sem que isso signifique usurpação das atividades do parlamento, ou do executivo, mas uma ação coordenada (dialógica) e harmônica entre os poderes.

Como hipótese se buscou comprovar o judiciário pode atuar na área da saúde preventiva; que os poderes apesar de suas competências típicas devem dialogar entre si na formulação e implementação da política pública de saúde preventiva, fomentando a interação entre eles; que as políticas públicas são elaboradas de forma genéricas e sem caráter vinculativo para o Poder Executivo comprometendo a sua concretude; comprovar que já há atuação do poder judiciário na área da saúde preventiva. Tais hipóteses têm o objetivo de garantir a fruição dos direitos fundamentais, superando a ideia aventada pela doutrina contrária da falta de legitimidade do judiciário para atender os interesses individuais e coletivos na área da saúde preventiva, diminuindo a tensão entre democracia e constitucionalismo.

Como metodologia foi realizada incursões na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) buscando referências na área da saúde preventiva e do programa saúde da família destacando seus fundamentos quanto ao padrão constitucional estabelecido. Definiu-se um período de análise que abrange os anos de 2010 a 2013³.

Para compreender o tema relacionado ao direito fundamental, inclusive o social à saúde preventiva é necessário abordar temas ligados à dignidade da pessoa humana e à atividade judicante; é necessário entender como é idealizada a política pública, já que é a partir dela que se concebe a concretude do próprio direito fundamental social; entender o limiar do equilíbrio das competências dos poderes e os caminhos para atingir essa harmonia descrita na Constituição a fim de garantir a concretude dos direitos fundamentais instituídos; é preciso apresentar uma solução que amenize as tensões existentes – e o modelo de diálogo apresentado por Conrado Mendes representa uma saída possível nos casos que à saúde pública preventiva. No entanto, penetrar em determinadas matérias reservadas, em tese, a outros poderes, ora se entendendo que sua intervenção é necessária, ora entendendo que é usurpação é tema complexo e tem causado posicionamentos divergentes, ora se entendendo que o Poder Judiciário não poderia (DIAS; DARWICH, 2011, p. 18), ora se entendendo ainda que a responsabilidade deve ser compartilhada, tentando-se instituir uma forma dialógica entre os poderes constituídos como forma de minimizar os conflitos e concretizar os direitos fundamentais (MENDES, 2011). A tensão entre os dois poderes – a Corte e o Parlamento –

³ Esse corte metodológico deveu-se ao julgamento da STA n.º 175 em 2009. Dessa forma, é possível verificar a influência desse precedente na fundamentação das decisões posteriores do STF.

para a efetivação dos direitos fundamentais é examinada por diversos autores, como, por exemplo, Conrado Mendes (2011) e Janet L. Hiebert (2002, p. 3), que apresentam soluções para intermediar a dicotomia existente.

No primeiro capítulo após esta introdução – o capítulo 2 –, enfocam-se as questões gerais referentes aos direitos fundamentais e os direitos humanos, destacando-se o princípio da dignidade humana, e as principais características e controvérsias acerca das classificações dos direitos. Aborda-se ainda o direito fundamental à saúde, dando-se ênfase aos principais preceitos constitucionais e infraconstitucionais que garantem o direito à saúde, especialmente à saúde preventiva. Por fim, analisa-se a teoria acerca do direito fundamental mínimo exigido na CRFB para a saúde, observando-se como pode ser limitada pela reserva do possível, destacando-se as principais situações em que pode ser mitigadora da concretude do direito fundamental à saúde.

No capítulo 3, são abordadas as questões que dizem respeito ao estudo das políticas públicas, enfocando-se as formas mais comuns de elaboração dessas políticas. A matéria tem sido alvo de debates pela doutrina especializada e pelos tribunais. Por meio das políticas públicas, é possível dar efetividade aos direitos fundamentais insculpidos na CRFB. Destaca-se a política pública de saúde, definida pelo artigo 196 da Constituição e pela Lei n.º 8.080/90 (BRASIL, 1990) e demais normas, ressaltando-se os programas de governo, especialmente na área da saúde preventiva e o modelo de prestação do referido serviço público.

No capítulo 4, analisa-se a proteção jurisdicional da política pública da saúde no Brasil, identificando os instrumentos das ações individuais e das ações coletivas e perquirindo-se qual o melhor instrumento para a solução da concretização do direito fundamental à saúde preventiva. São analisadas as decisões do STF nos anos de 2010 a 2013 na área da saúde preventiva, que culminaram na STA n.º 175. Serão destacadas as questões referentes à saúde preventiva como foco de proteção do ser humano dos tipos de prevenção primária, secundária e terciária, sendo que o foco da pesquisa é na prevenção primária. Nesse capítulo será abordado o programa do governo pesquisado, saúde da família, como exemplo de estratégia de política preventiva e demonstrado um caso de judicialização referente a essa estratégia, assim como, será apresentado um caso de judicialização envolvendo uma ACP proposta pela defensoria pública para promoção de vacinação contra o *Human Papiloma Virus* - HPV.

Examinar-se-à as questões resultantes do controle judicial e a atuação do Poder Judiciário, bem como, as questões atinentes às competências dos poderes constituídos e a suas relações entre si de forma a conviverem harmonicamente. Busca-se delimitar os limites

estabelecidos para cada um dos poderes a fim de analisar a atuação judicial na política pública de saúde, enfatizando-se a saúde preventiva. Ressalta-se ainda a aplicação do diálogo institucional como forma de diminuir a tensão entre os poderes na efetivação da política pública. Como resultado do estudo, testa-se as hipóteses apresentadas neste projeto de pesquisa, atestando a sua veracidade ou afastando-as como inverídicas.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em razão das dificuldades de concretização⁴ dos direitos fundamentais, debates têm sido recorrentes entre os juristas, especialmente sobre os limites de concretude dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais. Doutrinadores discutem desde a classificação e o significado dos direitos, até a fundamentação e a sua concretude, e outros ainda sobre a própria efetividade, com a intenção de buscar um fino equilíbrio entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais (STAMATO, 2005, p. 1)⁵.

Muito das controvérsias são resultantes da grande ambiguidade e da ausência de um consenso na doutrina sobre a definição de termos que são usados como sinônimos: por exemplo, direitos humanos, direito do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais. Em várias passagens, o próprio texto constitucional utiliza nomenclatura diferente para se referir aos direitos fundamentais: direitos humanos (art. 4.º, II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do título II e art. 5.º, parágrafo 1.º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5.º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4.º, IV) (SARLET, 2007, p. 33-34).

Apesar dos inúmeros significados e distinções destacadas na doutrina, merecem atenção especial às diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos humanos⁶ já que o centro do estudo necessita dessas definições. Nesse cenário, direitos humanos são aqueles que estão no catálogo de direitos protegidos internacionalmente e que reconhecem a condição do homem como ser humano, enquanto os direitos fundamentais seriam aqueles que possuem

⁴ O termo “concretização” será utilizado como interpretação do direito diante do caso concreto, não se confundindo com o que se denomina de “realização” ou “efetividade” que se verifica quando a concretização produz efeitos no mundo real a semelhança do que se denomina eficácia social (SILVA, 2015.p.17).

⁵ Diversas teorias são destacadas na doutrina que tentam identificar o objetivo e os fundamentos do direito. Há as que se fundamentam nas próprias normas produzidas, a partir de uma ordem normativa que tira sua validade da norma fundamental (BOBBIO, 1995, p. 30-61)⁵; as que se embasam em regras primárias (obrigação) e secundárias, que se dividem em regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento (HART, 1994, p. 101-109). Há ainda as que buscam o direito como integridade, que representará não só o direito legislado, como também os ideais políticos de uma sociedade, as convicções sobre o que é moralmente certo e os seus precedentes – com alicerce num sistema de princípios e regras –, ou as que buscam uma única resposta correta (DWORKIN, 1999, p. 444-445). Há, por fim, as que se baseiam num modelo de sistema jurídico de regras, princípios e procedimentos, os últimos sendo fundamentados na teoria da argumentação (ALEXY, 1997a, p. 159-177).

⁶ Ressalte-se que, no caso da Constituição Brasileira, que contém um catálogo muito extenso dos direitos fundamentais, tal regra pode parecer questionável. Pensemos o exemplo trazido por Sarlet (2007, p. 38): o 13.º salário seria um direito fundamental, no entanto, não é certo que tal direito está entre os direitos humanos.

proteção na ordem constitucional interna, necessariamente na forma positivada (SARLET, 2007, p. 36)⁷.

Há ainda que ser levado em consideração que os direitos fundamentais acabam por ter maior concretude do que os direitos humanos em razão de instâncias dotadas do poder de fazer respeitar e de realizar os referidos direitos na ordem interna de cada país (SARLET, 2007, p. 38-40). Embora não seja possível caracterizá-los como universais ou absolutos, é possível identificar um núcleo razoável dos direitos humanos e fundamentais, não podendo haver restrições que sejam desproporcionais ou que afetem o núcleo do objeto do direito, a fim de evitar o seu esvaziamento ou a sua supressão (SARLET, 2007, p. 106).

Rabenhorst (2001, p. 13-49) afirma que o problema teórico do direito continua na fundamentação do direito. Amartya Sen (2011, p. 392) destaca também que a Declaração de Direitos Humanos, mesmo que reconheça a existência de tal categoria de direito, não passa de mera declaração ética sobre o que deve ser feito, servindo para reconhecer o imperativo e determinar que é necessário fazer alguma coisa para a concretização da liberdade; no entanto, o autor não ignora que há dificuldades em reconhecer a sua existência.

Comparato também destaca a necessidade de reflexão acerca dos fundamentos dos direitos humanos, especialmente em razão do lento e penoso processo, desde a tentativa de universalização dos direitos humanos ocorrida em 1989 até a concepção do Estado Social⁸ e à experiência do Estado neoliberal do fim do século XX. Ressalta haver incompatibilidade entre os verdadeiros direitos humanos e a concepção meramente positivista, que se contenta com a validade formal da norma. Ora, o fundamento do direito humano encontra-se na verdade no valor ético do próprio direito (COMPARATO, 1998, p. 53-59).

A dignidade é forte fundamento dos direitos humanos, uma vez que se está a tratar da dignidade do próprio homem, para tanto, é necessário entender a própria essência do homem (COMPARATO, 1998, p. 61). Importante destaque deve ser dado ao pensamento ocidental que fundamenta a ideia dos direitos humanos na tradição judaica (o homem participa da essência de Deus) e na tradição grega (o homem tem dignidade própria e independente acima de todos os animais).

Rabenhorts destaca que o sujeito moral é aquele que é autônomo, racional e goza de liberdade para fazer escolhas com base em princípios; portanto, o fundamento da dignidade da

⁷ A expressão “direitos humanos” tem origem estadunidense e tem influência no direito natural, trazendo uma concepção de universalização inerente a todos os seres humanos, enquanto a expressão “direitos fundamentais” tem origem tedesca (SILVA, S., 2007, p. 27).

⁸ O Estado Social cujo apogeu ocorreu no final da segunda guerra mundial, identifica-se por seu caráter ativo na área econômica e social e pela intervenção generalizada em tais setores, assumiu feição de Estado de Providência, estado de Bem Estar Social (SILVA.2009.p.28).

pessoa humana seria a autodeterminação. Mas, apesar de o atributo ser do homem, em certas ocasiões essa proteção não é direta, como no caso da fauna, da flora, do meio ambiente etc. A Declaração Universal dos Direitos do Homem atribuiu o fundamento dos direitos humanos ao consenso dos povos, afastando o caráter jusnaturalista, antes encontrado nas declarações anteriores, seja na americana, seja na francesa, mas ressaltou a ideia de a essência do homem ser a própria dignidade (RABENHORST, 2001, p. 14-38).

Para Flavia Piovesan (2006, p. 21), houve um processo de universalização dos direitos humanos que possibilitou a formação de um sistema universal de proteção. Tal universalização, porém, não eliminou as controvérsias acerca de sua fundamentação, uma vez que a justificativa do direito humano ou fundamental depende da teoria do direito a que se filiar o doutrinador.

Amartya Sen (2000, p. 262-283), quando analisa o fundamento do direito fundado na dignidade, afirma que os direitos humanos foram incorporados aos discursos oficiais, internacionais e nacionais, numa aparente vitória do direito humano, contrapondo-se ao ceticismo real.

Castellanos e Terruró (1999, p. 170), enfatizando a necessidade de que os direitos sejam reconhecidos e protegidos em âmbito nacional e internacional, defenderam um tríplice aspecto para a concretude dos direitos. O primeiro refere-se à atuação estatal quando do reconhecimento formal dos direitos: o Estado deve desenvolver atividades de divulgação e educação da própria sociedade, preservar as condições materiais que permitirão a fruição do direito na seara individual ou coletiva e assegurar o combate às violações em razão dos sistemas de garantias e proteção. O segundo aspecto diz respeito à atuação dos particulares, que depende de alguns fatores: nível de conhecimento e gozo do direito; sistema de garantias que lhes são dispensadas; nível de satisfação do cidadão com a solução apresentada pelo ente estatal para as denúncias; envolvimento do cidadão em organizações não governamentais (ONG) e governamentais; preocupação do particular com os direitos humanos. Por fim, o terceiro aspecto concerne à participação dos organismos internacionais e regionais, sem que isso implique intromissão em assuntos internos. Para que os direitos sejam sentidos na esfera do homem, é importante a garantia da ordem jurídica, mas é imprescindível que sinta a igualdade material.

Explicar a fundamentação do direito gera duras críticas, assim como o tema da dignidade também vem padecendo de censuras. São elas: a) legitimidade das reivindicações questionada, por receio de que os direitos humanos confundam consequências de sistemas legais, que conferem às pessoas, direitos bem delineados, com princípios pré-legais, que não

podem dar ao indivíduo direito juridicamente exigível; b) também é criticada a coerência que se relaciona à forma assumida pela ética e pela política dos direitos humanos, visto que, ao não serem reconhecidos, podem ser esvaziados; c) faz-se ainda uma crítica cultural, porque se reivindica um caráter universal sem que existam tais valores (SEN, 2000, p. 262-283).

Rabenhorst (2001, p. 46-49), ao tratar da dignidade, defende a unidade assegurada pela moralidade democrática⁹. Ele destaca que toda ética inicia com a ideia de mútuo reconhecimento, uma vez que a identidade humana não existe em si mesma, assim é o ser que reconhece a identidade do outro. As pessoas são diferentes; é quando olham o outro que percebem a igualdade entre si. A moralidade democrática é o que melhor traduz essa ideia de reciprocidade, dando a todos os sujeitos o direito basilar da igualdade, que acaba por ser a origem de tantos outros direitos. A democracia é mais que um mero sistema político, que cumpre princípios formais de legalidade, de publicidade e de equilíbrio entre poderes; ela reveste a própria ideia de Estado de direito, que é aquele que reconhece e protege o exercício mútuo das liberdades.

Assim o último fundamento da democracia não é outro senão a própria dignidade da pessoa humana, e esse fundamento repousa em uma cláusula aberta segundo a qual todos têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito, mas a concretização da dignidade da pessoa humana depende dos próprios julgamentos que os indivíduos fazem da admissibilidade ou não das diversas formas de manifestação da autonomia do homem. A dignidade deixa de ser um conceito descritivo e torna-se o próprio *éthos* da moralidade democrática. Assim, a moralidade está fundada na unidade do gênero humano, ou seja, em um mínimo moral comum aceito pela sociedade pluralista e que representa a unidade e a universalidade dos homens na condição de seres racionais (RABENHORST, 2001, p. 49).

A expressão “dignidade da pessoa humana” também padece das mesmas dificuldades atribuídas aos termos “direitos humanos e direitos fundamentais”, por ser considerada imprecisa e vaga, exatamente pela diversidade de valores perseguidos pela sociedade. Para Sarlet (2002, p. 41), a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, que deve ser respeitada e promovida por toda sociedade.

A dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligada à ideia de direitos humanos e, por conseguinte, faz parte do núcleo dos direitos fundamentais. Assim, tais direitos

⁹ O autor serviu como base para fundamentar a ideia de que a saúde tem a ver com esse mútuo reconhecimento do homem pelo homem. Se o homem não pode exercer o direito de viver dignamente com saúde, a igualdade é afetada. À luz da moralidade democrática e da concepção dos homens como seres iguais, que têm direito à reciprocidade e ao exercício da liberdade, é possível postular que esse direito é devido sem restrição pelo Estado.

representariam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana constante na Constituição (SARLET, 2007, p. 83) (dignidade não é um direito, e sim um princípio).

Por força dessa amplitude dos direitos fundamentais, não se define, de forma precisa, o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007, p. 85), o que poderá gerar direitos fundamentais sem o conteúdo do referido princípio, pelo que é necessário, sempre na análise, identificar o núcleo da dignidade da pessoa humana.

O que se pode afirmar é que a atuação do Estado é tarefa imprescindível seja na concreção, seja na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente na atual sociedade, o que acaba por além de exigir do Estado o reconhecimento formal dos direitos individuais e coletivos, mas cabe também a promoção, a divulgação e a inserção cultural na sociedade desses direitos. A posição estatal não pode mais ser aquela abstencionista¹⁰, ou negativa, própria de um Estado liberal, devendo ser mais proativa, com compromisso e responsabilidade social e com o objetivo de combater os problemas sociais e econômicos, na busca do bem comum. O particular e os organismos internacionais também têm papel imprescindível no controle e na supervisão dos direitos do homem, como bem destacaram Castellanos e Terruró (1999).

Apesar de parecer suscitar um problema de difícil solução, a concepção de moralidade democrática de Rabenhorst firma-se em argumentos que satisfazem mais os questionamentos sobre a dignidade humana: todos os seres são indistintamente dignos, é essa a base da própria ideologia ocidental, que se pauta por crenças e valores morais que não seriam totalmente justificados, mas que nem por isso seriam arbitrários, e essa moral é reconhecida mutuamente pelos homens. Mas o reconhecimento da dignidade é uma cláusula aberta, fundada num mínimo aceito pela sociedade pluralista, que representa e reflete a unidade dos homens racionais (RABENHORST, 2001, p. 46-49). Com base nas ideias do autor, é possível defender pelo menos que a saúde é direito que deve ser reconhecido pelo homem como fundamento de sua própria dignidade e nesse aspecto está englobado a saúde preventiva por ser antecedente lógico da saúde curativa, essa é a posição defendida nessa pesquisa.

Por fim, é bom destacar que a saúde preventiva faz parte do núcleo de direitos humanos e fundamentais que compõem o núcleo dos direitos sociais¹¹ e se revelam por meio das prestações fornecidas pelo Estado que visam a garantir aos indivíduos o exercício e

¹⁰ O Estado deixa a postura abstencionista de não ter nenhuma preocupação social e econômica.

¹¹ Trata-se do direito a um mínimo de bem-estar que defenda o indivíduo da pobreza e que o ligue a uma situação melhor do que aquela que tinha no estado de natureza (visão de justiça comutativa). Já na concepção socialista, os direitos coletivos perseguem a redução das desigualdades de classe e são manifestações de uma vida superior de comunidade, onde cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades (visão de justiça distributiva) SILVA (2015.p.58).

usufruto de bens comuns, em condições de igualdade, para que tenham uma vida digna, por meio da proteção e garantias dadas pelo Estado Democrático de Direito, assim cabe ao Estado adotar medidas de garantias e proteção que permitam a concretização desse direito.

2.2 EFICÁCIA JURÍDICA E EFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE PREVENTIVA

A atividade estatal, em decorrência das exigências sociais, fez surgir na doutrina critérios para classificações ou subdivisões dos chamados direitos fundamentais. Apesar das críticas dirigidas à classificação (TEREZO, 2011), os direitos foram subdivididos em gerações ou dimensões de acordo com as características e com a ordem histórica cronológica segundo as quais passaram a ser constitucionalmente reconhecidos¹². Entretanto, como essa discussão não impacta as considerações apresentadas, deixa-se de fazer maiores considerações a respeito do tema, visto que basta conceber o direito à saúde preventiva como direito social¹³.

A classificação apresentada algumas vezes diz respeito à eficácia jurídica da norma e não à eficácia social, uma vez que a categoria dos direitos sociais refere-se à execução de políticas públicas, desenvolvidas predominantemente pelo Poder Executivo.

No ordenamento, é possível identificar o conteúdo da saúde como direito fundamental, estando, assim, aptos a produzirem efeitos no que se denomina de eficácia jurídica. Além do artigo 5.º, parágrafo 1.º¹⁴, combinado com o conteúdo do parágrafo 2.º¹⁵, há a seção II do título Da Ordem Social, que abrange os artigos de 196¹⁶ a 200 e toda a gama de legislação esparsa que permite afirmar que os mesmos possuem eficácia plena e imediata, estando aptos a sua concretude. Portanto, para a pesquisa se entende que em face da diversidade de norma

¹² Para Fernando Facury Scaff (2002, p. 396), a palavra mais adequada não seria “geração”, seria antes “dimensão”, pois o sentido não é de superação, é de profundidade.

¹³ Merece citação, apenas para efeito de ilustração, a divisão de Karel Vasak, que utilizou pela primeira vez os termos gerações de direitos para explicar as fases de normatização dos direitos humanos. Essa divisão foi defendida por Bobbio, que acabou por divulgar que os direitos civis e políticos são considerados de primeira geração, enquanto os direitos sociais seriam de segunda geração. Para alguns, essa separação levou ao entendimento de que os direitos sociais eram de segunda classe, havendo uma hierarquia entre eles. Os direitos de primeira dimensão seriam passíveis de implementação imediata, e os de segunda dimensão seriam providos gradativamente por serem de difícil implementação em razão do alto custo, o que se revelou um grande equívoco, pois cada vez mais se exige, para a implementação dos direitos civis e políticos, a criação de estruturas institucionais que implicam despesas públicas (TEREZO, 2011, p. 57).

¹⁴ “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁵ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁶ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

existente, do caráter vinculante da norma e da fundamentalidade na dignidade da humana o direito a saúde preventiva está apto a ser exigível do ente estatal.

Quanto à eficácia social ou à efetividade do direito à saúde preventiva, o problema toma outra dimensão em razão do grau de abertura de tais normas, pois, apesar de não haver limites na Constituição para esse direito, algumas legislações infraconstitucionais têm dado balizas ao direito à saúde. Embora existam legislações, regulamentos e normas, assim como previsão constitucional para os gastos com a saúde preventiva, ainda restam muitas medidas a serem adotadas para a realização¹⁷ do direito¹⁸. É certo que a falta de uma medida ideal no campo da eficácia social ou da efetividade da saúde preventiva, por meio da atuação do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou ainda do Poder Judiciário, não pode ser razão para a falta de fruição do direito a fim de que seja garantido o mínimo de dignidade nessa seara¹⁹.

No campo do direito à saúde, na STA 175, é possível verificar, no voto do Ministro Gilmar Mendes, uma aproximação maior das duas realidades, eficácia jurídica e a concretização da norma, com certa interdependência entre elas²⁰ apesar de não ter adotado nenhuma medida específica para a saúde preventiva.

A eficácia social do direito garante a proteção da dignidade da pessoa humana, direito esse a ser perseguido pela sociedade da mesma forma como os direitos humanos de liberdade e de igualdade. Para tanto, é necessário que o Estado promova ações que possam oferecer às pessoas “oportunidades reais”, além das meras garantias formais (KRELL, 2002, p. 61).

¹⁷ É utilizado para verificar quando a concretude produz efeitos reais no mundo fenomênico representando então efetividade.

¹⁸ O campo da efetividade deve ser guarnecido por outras produções científicas, não abrangidas por essa pesquisa, vez que para tanto seria necessária pesquisa de campo para saber se os bens referentes à saúde preventiva produziram efeitos reais no mundo da vida.

¹⁹ Para entender a amplitude do significado do tema, é preciso elucidar outros, como o significado de vigência, de validade e de eficácia dos direitos. Vigência é a qualidade que a norma tem de existir juridicamente, e a validade diz respeito ao processo de regular a produção da norma. Há certo consenso na definição de vigência e de eficácia, uma vez que há complementaridade entre os dois termos. No entanto, é necessário que se saiba separar as duas dimensões relacionadas à eficácia, pois há correlação entre os termos eficácia e aplicabilidade. É possível, assim, distinguir eficácia jurídica e eficácia social. José Afonso da Silva (2007, p. 66) define da seguinte forma a eficácia jurídica: qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou autoexecutoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade. Por outras palavras, a eficácia social confunde-se com a efetividade, que é a aplicação ao caso concreto ou a realização material do próprio direito, materializando o direito protegido na esfera do sujeito (BARROSO, 1996, p. 248). Assim, a aplicabilidade da norma estabelecida no artigo 5.º, parágrafo 1.º, da Constituição estaria no campo da eficácia jurídica, e não da eficácia social, o que simboliza uma aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (KRELL, 2002, p. 39). Ocorre que os problemas sociais estão mais na esfera da eficácia social, o que significa dizer que a população deseja usufruir o direito constitucional fundamental, especialmente no campo da saúde. Ao chegar ao Judiciário, o debate passa para o aspecto da concretude do bem protegido. Assim, há uma verdadeira dicotomia nas discussões entre o campo eminentemente jurídico e o campo social.

²⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000069587&base=basePresidencia>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

Na saúde preventiva apesar de diversas legislações tratando do assunto, ainda resta muitas medidas para a concretude, pois há ausência de detalhamento desse direito, aliás essa dificuldade é relacionada ao próprio direito social, pois se verifica ausência de especificação. Os direitos sociais (portanto a saúde preventiva também) são espécies de bem comum²¹ que possui como característica a indivisibilidade e indeterminabilidade, pelo que seria necessário para a sua concretude que houvesse um procedimento específico para determinar quem será o agente promotor e o seu conteúdo para que seja possível exigir o bem, assim é proibida a inatividade por parte do poder público devendo ser providenciada a determinabilidade da prestação e não utilizar a falta de procedimento para se furtar de disponibilizar o direito a população (como comumente vem sendo feito). Essa especificação deverá ou poderá ocorrer de forma gradual, identificando todos os elementos necessários à individualização ou especificação da relação jurídica que impedem a exigibilidade imediata como: conteúdo, responsáveis, razão, prazo, forma, local, custo e cominação, até se alcançar o ideal naquele momento (SILVA. 2015.p.75).

A partir dessa especificação é possível a disponibilização por meio de ações instituídas na política pública (especialmente a de saúde preventiva que sofre de maior indeterminabilidade que a curativa) e, por conseguinte, o usufruto das finalidades da norma. Cabe ao poder público garantir a eficácia jurídica e social, não podendo repassar tal ônus a população que nesse aspecto funciona como sujeito passivo das decisões ou “não decisões” implementadas. Por certo que na saúde preventiva tais especificações são mais dificultosas mas devem ser adotadas pelo poder público e pelos demais atores envolvidos, sendo imprescindível a participação da sociedade com adesão às medidas sanitárias recomendadas.

2.3 NÚCLEO MÍNIMO E RÍGIDO DO DIREITO A SAÚDE PREVENTIVA ANALISADO A PARTIR DAS NECESSIDADES HUMANAS

²¹ Bem comum é algo substancial ou material, e não um ideal comum em um mundo social e político, em que cada indivíduo ou grupo pode ter legitimamente uma ideia de bem como fim último de sua vida (LOPES, 2006, p. 142). O bem comum pode ser: coisas comuns naturais, que não foram produzidas por ninguém, como é o ar que se respira, os peixes que se pescam etc.; coisas produzidas em comum ou que são produtos de ação humana coletiva, mas não são produzidas por ninguém em particular, como é o caso da linguagem, da cultura etc.. O bem comum também pode ser: autoridade e poder, que compreendem liberdades com as respectivas responsabilidades e recompensas; incentivos e talentos individuais socialmente relevantes e desejados; uma finalidade comum ou de um grupo, pensada com o mesmo objetivo, para partilhar uma estrutura que permita aos membros do grupo realizar suas tarefas, tornando possível a cooperação, como é o caso da educação, de aulas, partilhas de sala, do objeto social de uma sociedade civil ou comercial etc.; um bem coletivo²¹, termo utilizado pela linguagem econômica e política para designar os bens indivisíveis ou de consumo não exclusivos, como é o caso da segurança pública, cuja avaliação é feita por dados estatísticos e não em termos individuais e particulares (LOPES, 2006, p. 127-128 e p. 142-146)

Aprofundar a questão do mínimo existencial exige a análise do assunto “necessidade”. O que vem a ser? O termo “necessidade” é oriundo do latim *necessitate* e significa o que dá qualidade do que é essencial, sem a qual a condição e a situação de algo são comprometidas na sua estrutura. Para Doyal e Gough (2011), que abordaram o assunto, há uma ligação intrínseca entre a necessidade e “sérios prejuízos” que põem em risco o ser humano, física e socialmente. Logo, a necessidade básica do ser humano seria aquela que, em não existindo, comprometeria a própria razão de ser da condição humana. De acordo com a teoria de Doyal e Gough, a satisfação dessa necessidade é fundamental, indispensável e inevitável, estando, portanto, no núcleo dos direitos sociais e, por conseguinte, incluindo a saúde preventiva. São duas as necessidades básicas: a saúde física, implicando as necessidades quimiobiofisiológicas, e a autonomia do indivíduo, que engloba saúde mental, habilidade cognitiva e oportunidade de participação. Há ainda as necessidades intermediárias: educação apropriada, atenção à saúde de forma apropriada, alimentação nutritiva e água potável, ambiente de trabalho isento de risco, moradia adequada, segurança e integridade física, segurança econômica, proteção à infância e à juventude, segurança na planificação familiar e proteção a maternidade, ambiente físico saudável e livre de riscos e relações primárias significativas. Não basta apenas a ideia do mínimo existencial, é preciso haver uma ampliação das necessidades.

Dos ensinamentos de Doyal e Gough extrai-se que as necessidades básicas compõem o conteúdo dos direitos fundamentais. Tal digressão é encontrada em diversos dispositivos que tratam dos direitos fundamentais, e neles se encontra, sem dúvida, a saúde preventiva, não podendo por tanto, deixar de ser atendida sob pena de atingir a própria dignidade do homem. O desafio está em definir o *quantum* é considerado mínimo para atender as necessidades básicas ou a resposta em conceder o mínimo para atender a dignidade humana.

Sarlet (2007) destaca que as concepções minimalistas que, sempre requerem uma análise do caso concreto e acabam por focar apenas o *quantum* ligado à manutenção do padrão mínimo, que em nada tem a ver com a fundamentação teórica do direito.

Barroso (2012, p. 72) afirma que, após a rejeição do nazifascismo, a dignidade humana tornou-se um consenso ético essencial, apesar de não haver documento jurídico nacional ou internacional que tenha definido a expressão, que se encontra, de forma intrínseca, no conhecimento intuitivo. Para Rabenhorst (2001, p. 9), assim como a moralidade e a política, a dignidade foi uma ideia construída.

Assim, é preciso pensar na dignidade como sendo aberta, plástica e plural, identificada com o valor intrínseco dos seres humanos, a autonomia e as restrições impostas. A autonomia

é um elemento ligado à dignidade humana, ao ideal de viver bem ou à vontade orientada pela lei moral. A autonomia pressupõe, ainda, o preenchimento de determinadas condições, como a razão, que significa capacidade mental de tomar decisões informadas, a interdependência, que significa ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais, e a escolha, que significa existência real de alternativas. Por fim, há que se destacar como elemento da dignidade humana o valor comunitário, que representa o elemento social da dignidade. A expressão implica identificar duas forças exercidas sobre o indivíduo: os compromissos, valores e crenças compartilhadas por um grupo social e as normas impostas pelo Estado. A autonomia pessoal é restringida pelos valores, pelos costumes e pelos direitos de outras pessoas e pela regulação estatal, o que enfatiza o papel do Estado e da comunidade na fixação de metas coletivas e de restrições para o indivíduo (BARROSO, 2012, p. 72-98).

Sarlet (2007) conclui que a necessidade de um núcleo mínimo existencial está diretamente ligada à ideia de dignidade da pessoa humana, ao afirmar que a autonomia não pode existir onde escolhas são ditadas por necessidades pessoais, de forma que aos muitos pobres deve ser conferida proteção constitucional para permitir o exercício da autonomia. Fica evidenciado mais uma vez que o mínimo existencial ou o mínimo social está diretamente ligado à ideia de dignidade humana²².

Em matéria de saúde preventiva, a situação fica ainda mais complexa, pois os direitos fundamentais estão diretamente ligados à ideia de preservação da vida e da integridade física e mental. A administração está diante de escolhas no sentido de orientar sua conduta pela Constituição, mas quem dita a amplitude é a própria lei. A decisão das prioridades a serem atendidas está inicialmente na área da decisão política e moral, que são searas prioritárias da competência do Poder Judiciário (APPIO, 2012, p. 184).

A própria Constituição estabelece critérios de identificação razoavelmente claros do tipo de prestação de saúde que será disponibilizado. Primeiramente a prioridade deve ser a saúde preventiva, que reduz os riscos de doenças e outros agravos, devendo haver acesso universal e igualitário aos serviços. “Universal” significa que as ações de saúde do SUS devem ser acessíveis a todos, de forma igualitária, sem discriminação. Outra diretriz importante diz respeito à integralidade por meio de ações e serviços preventivos e curativos,

²² Importa destacar que a ideia do mínimo existencial surgiu como forma de solucionar parte dos problemas relacionados ao custo do direito social e à imprecisão observada nos princípios que permitem a fruição dos direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 185). Assim, a reserva do possível, apesar de não ser negada, não pode atingir o núcleo mínimo.

ou seja, devem ser prestados todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença dentro do conhecimento científico existente²³.

Essa abrangência ou indefinição dos direitos sociais ressalta a dificuldade que se tem em especificar os bens comuns, categoria em que a saúde preventiva pertence em face de sua indivisibilidade e indeterminabilidade, no entanto, resta necessário estabelecer procedimentos para a referida especificação para que os produtos possam ser distribuídos identificando o agente e o conteúdo da prestação (LOPES, 2006).

Os parâmetros fixados dificultam a negativa do direito a saúde preventiva, quando, além do texto constitucional, as próprias legislações do SUS determinam prioridade para a prevenção. Ressalte-se que apesar das teorias da reserva do possível e mínimo existencial não terem sido suficientes para dirimir as controvérsias na área da saúde preventiva, não se pode ignorar que vêm servindo de baliza para as decisões judiciais seja para conceder, seja para negar. Os entes estabelecem os programas que deveriam definir o *quantum* de atendimento que não significa detalhar cada prestação, mas delinear o núcleo do atendimento ou estabelecer procedimentos para a referida especificação para que os produtos possam ser distribuídos identificando: o agente, o local, a razão, o valor e o conteúdo da prestação, reduzindo a característica da generalidade das políticas sociais. Merece destaque o estudo relacionado à política pública, vez que é por meio dela que os direitos sociais são prestados, incluindo a saúde preventiva como espécie de direito fundamental e social, para tanto, necessita que seja bem definida a partir dos modelos e ciclos existentes.

2.4 LIMITE FINANCEIRO PARA O ATENDIMENTO DO DIREITO À SAÚDE PREVENTIVA

A dimensão dos direitos fundamentais resultante da efetividade possui também a conotação financeira, pois, mesmo após a garantia constitucional e legal, é preciso analisar se há meios para que a prestação seja oferecida ao cidadão. Para dar uma real explicação à inviabilidade de atendimento da lei, surgiu à construção dogmática denominada “reserva do possível” (*Vorbehalt des Moglichen*), (SIQUEIRA, 2010, p. 274). A ideia da reserva do possível nasceu do caso paradigmático alemão acerca do acesso ao ensino superior. A justificativa da teoria é que somente se deve dispor daquilo que for razoável, ainda que o ente

²³ A Lei Orgânica do SUS n.º 8080/90, no artigo 6.º, definiu também a abrangência do direito à saúde, que inclui execução de ações vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico e a vigilância nutricional e a orientação alimentar, entre outras.

tenha recursos, não deve prestar algo além do razoável (SARLET, 2007, p. 304). De acordo com essa concepção, o Estado possui recursos limitados para atender os direitos fundamentais prestacionais. Como no caso paradigmático que deu origem à reserva do possível, somente haveria atendimento até os limites dos recursos orçamentários e financeiros, considerados os limites fáticos dos direitos fundamentais.

A teoria da reserva do possível considera três dimensões: 1) a disponibilidade fática dos recursos; 2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que possuem ligação com a distribuição de receitas e competências; 3) a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação a ser disponibilizada. Para Sarlet (2007, p. 305), a reserva do possível não faz parte do núcleo dos direitos fundamentais, mas estabelece um limite fático e jurídico para tais direitos.

Há quem sustente que a Constituição não impôs esses limites, mas transferiu ao legislador o encargo de definir as linhas da política socioeconômica, ou seja, ao legislador competiria, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Embora seja reconhecida a limitação econômica do Poder Público, a simples alegação da reserva do possível não deveria (ou deveria) ser suficiente para afastar a concretude dos direitos fundamentais (SIQUEIRA, 2010, p. 275), especialmente quando o valor discutido envolve a saúde preventiva que às vezes não se sabe sequer o quanto de valores a serem empreendidos naquela política.

É importante destacar a posição de Krell sobre o condicionamento da efetividade dos direitos fundamentais pela reserva do possível. Para o autor, isso significa reduzir a zero a eficácia da norma, pois relativiza sua universalidade, condenando-a a segunda categoria (KRELL, 2002, p. 481). Apesar das importantes interpretações do autor, não se pode desconsiderar totalmente que existem limites materiais que devem ser avaliados apenas não se deve considerá-lo como o mais valoroso de todos.

Fundamentar a não concretude (não se está a determinar a sua realização) do direito fundamental à saúde preventiva na reserva do possível significa dizer que coube aos órgãos governamentais a decisão de definir onde os recursos serão aplicados nas políticas públicas, ante os limites fáticos existentes. Convém lembrar a opinião de Sunstein: para ele, os direitos de qualquer espécie custam dinheiro e todos os direitos reclamam o uso do tesouro público (SUNSTEIN, 1999, p. 15).

Assim os direitos sociais não seriam *a priori* exigíveis, exige que as pretensões passem no “teste de razoabilidade” indicado pela Suprema Corte no caso do Tribunal Constitucional

alemão²⁴. Houve um descompasso entre o que decidiu o tribunal alemão e os julgados no Brasil: enquanto na versão alemã, os direitos subjetivos seriam analisados à luz da razoabilidade²⁵ e não diretamente em relação à questão financeira, no Brasil, o argumento da reserva do possível passou a ser aduzido em defesa de prestações deficientes de bens e serviços ou como justificativa da omissão do poder estatal (FONTE, 2013 p.133).

No STF, a reserva do possível foi mencionada no caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45: o ministro Celso de Mello entendeu a excepcional intervenção do Poder Judiciário na formulação de política pública, destacando a necessidade de se avaliar a reserva do possível²⁶.

Interessante é a divisão da reserva do possível em jurídica e fática. A reserva do possível jurídica diz respeito à impossibilidade de violação das regras e dos princípios de direito orçamentário e administrativo para garantir os direitos prestacionais, mesmo que haja dinheiro nos cofres. Já a reserva do possível fática concerne à ausência de recursos financeiros nos cofres. A valoração do aspecto jurídico, por exemplo, impede que se efetuem gastos com a saúde, caso não haja rubrica própria para a despesa pública, evitando-se, assim, que se mobilizem recursos mais do que o autorizado, pois poderá ocorrer responsabilização política nos termos do artigo 85 da CRFB ou ainda improbidade administrativa por violação do artigo 167, II, da CRFB (FONTE, 2013, p. 136-140).

O que se constata é que mesmo aqueles que defendem a aplicabilidade da reserva do possível normalmente enfocam a fática, no entanto, quando envolve políticas públicas não podem invocá-la de maneira absoluta, sob pena de haver supremacia do direito financeiro sobre o direito constitucional. German J. Bidart Campos sugeriu o “princípio de máximo de recursos disponíveis” ou “prioridades orçamentárias dos direitos fundamentais”, contrapondo-se ao conteúdo da reserva do possível. Ademais, é necessário observar se a reserva do possível é mobilizada em razão da inexistência de recursos ou em decorrência de alocação indevida, pois a análise do caso concreto, em algumas situações, depende dessas argumentações, sob pena de serem apenas justificativas para o não atendimento. (FONTE, 2013, p. 141).

²⁴ Esse caso conhecido como “número clausulus” em que se discutia a constitucionalidade das restrições ao livre escolha da profissão, consubstanciada no número restrito de vagas em medicina nas universidades pública que era inferior a demanda dos alunos. Ficou decidido que as pretensões individuais encontram-se submetidas à “(...) *reserva de lo posible em el sentido de lo que el particular puede exigir em forma razonable de la sociedad*”.

²⁵ Razoável não significa olhar se há o financeiro sendo a razoabilidade uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito.

²⁶ STF. ADPF 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Dj 04/05/2004. O julgamento da ADPF foi considerado prejudicado em razão da perda superveniente do objeto, apesar da decisão a mesma trouxe aspectos tão relevantes que apesar de não tem vinculação formal, mas é materialmente muito vinculante. (MAGALHÃES; SILVA.2012.p.90).

Para utilizar a teoria da reserva do possível fática, é necessária, antes de tudo, que seja comprovada a impossibilidade de atendimento, a fim de evitar alegações que intentem apenas afastar de forma absoluta o direito fundamental²⁷, o que, aliás, é feito reiteradamente pelo Poder Público. Há então uma transferência do ônus da prova ao Poder Público, que passa a ser o responsável por comprovar a indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não desperdício dos recursos existentes, bem como o respeito do mínimo existencial (SARLET, 2007, p. 357).

Destaque-se o posicionamento segundo o qual, na área da saúde (incluindo a prevenção), a alocação de recursos deve sobrepor-se às demais áreas, como transporte, fomento econômico, serviço da dívida, em razão de estar vinculada a direitos essenciais do homem, como a vida, a integridade física e a saúde (KRELL, 2002, p. 52).

Também merecem destaque as decisões dos tribunais superiores que têm reconhecido a existência da reserva do possível, excepcionando muitas vezes os casos que envolvem a saúde e a educação²⁸. No entanto, ressalte-se que o caso apresentado da disponibilização da vacina contra HPV utilizou o reserva do possível para julgar improcedente a ação.

Por óbvio que devem ser levados em consideração as escolhas e os limites orçamentários, mas, a possibilidade que o consumidor tem de realizar suas escolhas não significa que não existam limites orçamentários. Para alguns ainda, há uma forte ligação da reserva do possível com a progressividade do direito à prestação, não sendo disponibilizadas as prestações de uma só vez (NUNES; SCAFF, 2012, p. 98). Tal argumento vem perdendo força em matéria de saúde, no entanto quando se está diante da saúde preventiva, por ter um caráter coletivo ainda é acolhida nos tribunais.

O direito fundamental à saúde, em especial à saúde preventiva, não podem ser de forma direta considerados de eficácia plena, em razão da impossibilidade de serem integrados em sua totalidade imediatamente, tampouco possuem eficácia limitada, apesar de dependerem de leis para serem exigíveis. Também não são classificados como de eficácia contida, pois as leis orçamentárias servem apenas para definir a extensão e a profundidade dos direitos, e não o seu conteúdo. Para Sandoval Silva, as normas relativas aos direitos sociais têm eficácia positiva condicionada ao que for definido nas leis orçamentárias, sem excluir o mínimo de exequibilidade jurídica ou torná-los exequíveis em qualquer hipótese. O autor afirma ainda que essas normas dependem de regulamentação a ser feita em um futuro imediato, de forma obrigatória e vinculada, tendo como condição a existência de recurso. Essa condição é

²⁷ Essa exigência é destacada no voto do presidente Gilmar Mendes quando do julgamento da STA 175.

²⁸ RE 581352 AgR/AM. AG. REG. no recurso extraordinário. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/10/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma.

definida pelas leis orçamentárias que quantificam as prestações, atendido o mínimo existencial, a reserva do possível e a efetiva arrecadação dos recursos (SILVA, S., 2007, p. 194). Em outro momento o autor entendeu que a natureza da exigibilidade dos direitos sociais pode ser feita de forma gradual em razão das dificuldades de se definir e determinar os referidos direitos. Para tanto é necessário se identificar todos os elementos caracterizadores (SILVA, 2015, p, 73-76).

No entanto, para a saúde a garantia do mínimo deve levar em consideração a dignidade que será alcançada por esse mínimo, assim, ainda que não esteja previsto no orçamento o valor para atendimento da totalidade da saúde, é possível adotar medidas de mobilidade de recursos de uma área para outra para atender a aspectos mais urgentes. A peça orçamentária indica apenas um *quantum* de valores por categoria econômica²⁹ e grupo de despesa³⁰ não chegando a um nível de detalhe que se possa avaliar se essa ou aquela prestação poderá ser ou não atendida. Ocorre que, na elaboração das leis orçamentárias pelo Poder Público, não é possível vislumbrar o cumprimento das determinações constitucionais em matéria de saúde preventiva. No entanto, não se deve entender que por isso não serão atendidas, pelo que é necessário no mínimo que sua implementação seja feita de grau ou em que medida, para evitar a ideia de que algo é ou não é num pensamento gradualista (SILVA. 2015. p.51).

Por outro lado, quando se busca a saúde preventiva, é mais difícil identificar o compromisso do legislador e do administrador de criar programas e ações para atender as reais necessidades de saúde. Assim a eficácia futura tem sido protelada para um futuro cada vez mais distante, numa ideia de que as obrigações são implementáveis em momentos distintos.

O voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da STA 175³¹ foi bem incisivo quanto à reserva do possível, caracterizando como má-fé a utilização de tais argumentos somente para afastar a aplicabilidade do direito à saúde, aplicável também à saúde preventiva. Portanto, a comprovação deve ser cabal de que aquele atendimento inviabilizará o SUS, somente assim poderá ser afastada a prestação com o argumento da teoria da reserva do

²⁹ Corresponde a classificação da despesa em corrente e capital.

³⁰ É um agregador de elementos de despesa com as mesmas características quanto ao objeto de gasto e classifica a despesa em pessoal e encargos sociais, juros e encargos da dívida, outras despesas correntes, investimento, inversões financeiras e amortização da dívida.

³¹ STA 175 Suspensão de Tutela Antecipada.

possível³². A partir dessa decisão foi criado um parâmetro jurisprudencial para análise pelos tribunais dessa teoria, passando o ônus para quem a alega.

Portanto, apesar de relevante a mobilização da teoria da reserva do possível, é necessário que se adapte a razoabilidade pretendida na origem de seu surgimento, apresentando-se fundamentos reais para afastar a concretude do direito fundamental à saúde (SARLET, 2007, p. 304), especialmente a saúde preventiva (vez que de acordo com a norma deveria ser priorizada) com argumentos que mais representam um discurso do que uma realidade fática.

³² STS 175. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

3 A POLÍTICA PÚBLICA E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

3.1 POLÍTICA PÚBLICA SOCIAL

Parte da controvérsia na área da saúde é focada na forma como a política foi instituída. Nos últimos anos, o estudo das políticas públicas tem apresentado um corpo teórico próprio e específico, diferenciando-se das teorias das demais áreas de estudo, como a ciência política, a sociologia, a economia, a administração e o direito.

Para Secchi (2010, p. 1), o termo “política” pode ser usado em dois sentidos. Os países de língua inglesa conseguem diferenciar esses dois sentidos usando os termos *politics* e *policy*. Para Bobbio, *politics* é a atividade humana usada para obter e manter recursos para exercer poder sobre o homem; já *policy* tem relação com a orientação para a tomada de decisão e ação, representando a concretude da atuação das decisões políticas.

Hochman, Arretche e Marques (2007, p. 68) enfatizam que a ideia de autonomia do estudo das políticas públicas nasceu nos Estados Unidos, quando se passou a vincular o estudo com as ações do governo. Na visão europeia, a matéria é apenas um desdobramento do estudo do papel do Estado.

Os autores apresentam vários conceitos que define política pública como o “estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas”, é o “conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos”, “política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou por delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos”, afirma que é “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”, “decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por que e que diferença faz” e “uma regra formulada por alguma autoridade governamental que expressa uma intenção de influenciar, alterar, regular o comportamento individual ou coletivo através do uso de sanções positivas ou negativas” (HOCHMAN, 2007, p. 68). Bucci (2006, p. 14) dá a seguinte definição: programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Como se observa, há visões diversas de política. Observa-se que, em comum, as diferentes definições remetem a ações do governo cujo objetivo é alterar o ambiente. Enfatiza-se o tema da política pública dada a urgência de controle dos gastos. Além disso, como a democracia foi implantada há pouco tempo na América Latina, ainda não se

consolidaram políticas públicas que impulsionem a economia em geral e o desenvolvimento, promovendo a inclusão de grande parte da população. Restam vários questionamentos acerca da função da política pública.

Parte da doutrina defende que somente o Poder Público (estatista) é responsável pelas políticas públicas; outra parte entende que as ações são multicêntricas, envolvendo diversos segmentos da sociedade. Para os estatistas, a política somente é pública se partir de organismos estatais, os atores não governamentais têm influência, mas não têm o poder de estabelecer e de liderar o processo de políticas públicas.

No Brasil, a elaboração das políticas públicas ficou a cargo do Poder Executivo e do Poder Legislativo, prevalecendo à ideia estatista. Ademais, é o Estado que possui o monopólio da força, o que lhe dá maiores vantagens em relação aos demais agentes não estatais. Por fim, a própria capacidade que o Estado tem de mobilizar maiores recursos acaba por contribuir para que grande parte das políticas seja promovida de forma estatizada (SECCHI, 2010, p. 4).

A competência para elaborar as políticas públicas também é tema que suscita divergências: para alguns, deve ser atribuída apenas ao Poder Executivo; para outros, aos demais poderes. O tema passou a ser discutido nos tribunais com inúmeras decisões judiciais que são verdadeiros comandos de determinação para que o Poder Executivo elabore as políticas públicas (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A necessidade de instituir políticas públicas está vinculada à ideia de solucionar um problema na sociedade, concebendo-se uma íntima ligação entre os dois institutos, política pública e problema. A diferença entre a situação atual e uma situação ideal possível. Não se trata de imaginar qualquer situação; trata-se de considerar apenas aquelas realidades que sejam relevantes e que afetem em quantidade e em qualidade as pessoas³³.

3.1.1 Ciclo das políticas públicas

Até ser implantada, uma política pública percorre diversas fases. O conjunto dessas fases é chamado “ciclo de políticas públicas”, que compreende as etapas percorridas em uma

³³ Merece relevo a diferença entre política pública e política social. A política social surgiu com a ideia de bem-estar social (*welfare state*) e a preocupação que lhe é associada com as consequências sociais. As políticas públicas concentram-se nos processos e em responder “por quê” e “como”, não focalizando o conteúdo substancial da política; já a política social é mais setorial, como o caso da saúde (HEIDEMANN; SALM, 2009, p. 30). A política ao ser instituída deve seguir um ciclo que inicia com a formulação do problema e termina com a extinção da política, vejamos.

forma sequencial, agrupadas segundo as atividades que são desempenhadas. É bom ressaltar que não há uma separação absoluta entre as etapas dos ciclos, sendo as fronteiras pouco nítidas entre uma fase e outra.

Elas se identificam com os critérios de especificação da política pública que defini e fixar a responsabilidade **do “que” é decidido e de “quem”, “onde”, “como”, “quando” e “por que”** decide e concretiza os direitos humanos, acompanhada da **cominação** e do **custo** da decisão coletiva deliberada, que são outros questionamentos importantes (SILVA, 2015, p.257).

A primeira etapa é identificar o problema³⁴. Essa fase representa na especificação da política o que denominam de “o que”. Para alguns, o problema é a discrepância entre a situação atual e o que se chamaria “situação ideal”. Para Secchi, (2010, p. 35), a percepção de um problema envolve: a percepção de alguém, com uma carga elevada de subjetividade; a delimitação e a definição do problema com a identificação de seus elementos e de sua essência, causas, soluções, culpados, obstáculos, avaliações; a avaliação das possibilidades de solução, o que não significa que todas as políticas públicas visem à eliminação do problema, muitas vezes o que se quer é mitigá-los. São atores dos ciclos os partidos políticos, os agentes políticos e as organizações não governamentais que identificam os problemas públicos. Na especificação da política representa o “quem” e, a partir daí, lutam para que sejam inseridos nas prioridades das agendas. Deve haver a real identificação do problema a fim de evitar ações desnecessárias como: criação de hospitais de alta complexidade em municípios que possuem a maior parte dos problemas no atendimento básico.

A segunda etapa é a formulação das agendas que seria a definição do “que”, “por que” e o “como”, que conterão os problemas considerados relevantes que poderão transformar-se em ações governamentais. Existem dois tipos de agendas: agenda política, que contém problemas que a comunidade entende merecerem atenção, e a agenda formal ou institucional, que conterá problemas que o Poder Público decidiu enfrentar (SECCHI, 2010, p. 36). Os problemas possuem um fluxo dinâmico, pois entram e saem das agendas. A limitação de recursos humanos, financeiros, materiais, a falta de tempo e de vontade, a falta de pressão popular são, muitas vezes, responsáveis pela permanência dos problemas nas agendas (SECCHI, 2010, p. 36). É importante que as agendas estejam sempre atualizadas, pois na área da saúde preventiva as inovações são sempre dinâmicas necessitando de atualizações

³⁴ As questões transformam-se em problemas quando os formuladores são despertados por meio de indicadores, eventos, crises e símbolos e pelo *feedback* das ações governamentais. É bom destacar que as questões necessitam de interpretações para que sejam elevadas à condição de problemas (CAPELLA, 2007).

constantes e avaliações periódicas dos serviços disponibilizados a fim de que não se tornem desnecessários ou desatualizados.

Para que o problema entre na agenda³⁵ é necessários três condições: atenção, “o que” e “o porque” (os atores entendem ser o problema merecedor de atenção), resolubilidade, “o como” (as ações são factíveis) e competência, “o quem” (o problema envolve a responsabilidade pública) (SECCHI, 2010, p. 34). Nesse aspecto é necessário que a saúde preventiva esteja sobre a atenção dos atores, visto que hoje figura ainda como ação periférica dentro das ações da saúde curativa.

Alguns problemas tornam-se mais importantes que outros, assim, apenas quando algo desperta a atenção dos formuladores é que o assunto entra nas agendas. Na saúde preventiva há limitação de ações transportadas para a agenda, devido à complexidade e ao volume de assuntos, a exemplo da vacina do HPV que demorou a entrar na agenda.

Há situações em que já se busca uma solução alternativa (“o como”) para resolução do problema, mas nem sempre está relacionado diretamente. Nem sempre as pessoas resolvem problemas, geralmente criam soluções e então procuram problemas para enquadrar aquelas soluções. Assim, as agendas não são geradas por causa da dicotomia problema e solução (CAPELLA, 2007). Cumpre destacar a relevância do “clima” ou do “humor” nacional. No Brasil, pessoas compartilham as mesmas questões servindo-se do chamado “solo fértil” de ideias, criando incentivos para a promoção dessas ideias. Há ainda, “força política” exercida pelos grupos de pressão³⁶. Quando os grupos de pressão³⁷ chegam a certo consenso, fica altamente propício o problema figurar uma dada questão na agenda. É também imprescindível a atuação dos atores visíveis – que agem na definição das agendas – e dos atores invisíveis – que geram e fazem circular as ideias (CAPELLA, 2007); (KINGDON (2003, p. 60). Nesse sentido o judiciário serve de pressão para inserir nas agendas as questões referentes à saúde.

Na terceira etapa, buscam-se alternativas para a resolução dos problemas alocados na agenda. Mas é preciso que se saiba o objetivo e a estratégia a alcançar com a implementação da solução. O objetivo deve ser o mais concreto possível e servirá de caminho para a alternativa eleita. Cada alternativa implica custos e tempo diferenciados, dependendo dos

³⁵ Para Capella (2007, p. 87), agenda é o “conjunto de assuntos sobre os quais o governo e pessoas ligadas a ele concentram sua atenção em um determinado momento”

³⁶ O Judiciário funciona como um grupo de pressão a partir do momento em que o Poder Público passa a acatar uma dada decisão como política a ser implementada.

³⁷ O contexto político é responsável por criar um solo fértil para problemas e soluções, e o clima nacional, as forças políticas organizadas e as mudanças no governo acabam por afetar diretamente a agenda. As ideias, a influência, a pressão e a estratégia são fundamentais no jogo político. O presidente, entre os atores, exerce grande influência sobre a agenda, assim como a alta burocracia e o Legislativo. Grupos de interesses bloqueiam as questões, e a mídia não cria, mas trata de questões que já estavam na agenda.

efeitos que se pretende com a política. Daí a necessidade de uma avaliação anterior, para a escolha das soluções. Na fundamentação da decisão sobre a vacina HPV foram feitas escolhas quanto a forma de combate do vírus. Ao invés de prevenção optou-se por controle da doença.

A terceira etapa em que se busca as alternativas, existe uma dinâmica para a escolha entre elas. Quando os problemas e os objetivos já estão definidos, tentar-se-á encontrar a melhor solução, levando em consideração todas as variáveis, como custo, tempo, sustentabilidade etc. A escolha também pode ser feita por meio de ajustes dos problemas às soluções possíveis. É possível que os tomadores de decisão já tenham a solução nas mãos e vão atrás dos problemas (SECCHI, 2010, p. 41). É bom destacar que não é realizado análises profundas nos gastos referentes à prevenção com a saúde o que dificulta comprovar o impacto das poucas ações implementadas. É nessa fase que se encontra a maior deficiência na área da saúde, de acordo com a avaliação do STF. Assim, deficiências nas etapas anteriores acabam por comprometer toda a execução daquilo que foi planejado.

Segundo Anderson (1979, p. 711), a avaliação da política pública, quarta etapa, é o “processo de julgamentos deliberados sobre a validade de propostas para a ação pública, bem como sobre o sucesso ou a falha de projetos que foram colocados em prática”. Na fase de avaliação, verifica-se o real desempenho da política pública e o nível de diminuição dos problemas em que atuou. A avaliação poderá ocorrer *ex ante*, *in itinere* e *ex post* dependendo do momento em que é feita. Para avaliar a implementação da política, é necessário o estabelecimento de critérios, de indicadores e de padrões. A avaliação analisa os princípios, como a legalidade e a eficiência, além de preocupar-se com direitos básicos, o atingimento de metas, o uso (menor) de recursos e a eficiência de um programa, a legitimidade do processo de elaboração da política, a participação dos atores e os impactos gerados (SECCHI, 2010, p. 50).

A partir da avaliação, é possível que uma dada política tenha continuidade da forma como foi implementada, ou pode sofrer uma reestruturação para melhorar seu resultado, ou pode ser extinta, quando houver resolução do problema, quando as adversidades forem insuperáveis ou quando a política deixar de ser útil. É importante destacar que é difícil realizar avaliações completas por serem dispendiosas. Assim, muitas vezes acaba sendo realizada uma avaliação baseada em indicadores básicos que não demonstram aspectos mais qualitativos. As avaliações da saúde preventiva são realizadas nos programas específicos³⁸.

³⁸ Destaque-se que o TCU apresentou uma avaliação ao programa Saúde da Família em 2007. Relatório de Monitoramento do Programa Saúde da Família. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2058968.PDF>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

Também foi possível encontrar auditorias internas realizadas no programa que são citadas na apresentação da judicialização do programa saúde da família³⁹.

O ciclo da política acaba com a extinção da política, quinta etapa, quando o problema que originou a política é resolvido, quando se percebe que aquilo que ativou a política é ineficaz e quando o problema perdeu a importância. É difícil extinguir uma política, em razão da relutância de quem é beneficiado, da inércia das instituições, do conservadorismo, dos obstáculos legais e dos altos custos de iniciação. Por isso, muitas vezes a política é mantida, mesmo que não haja problema a ser resolvido, ou a política ainda se mantém de forma ineficaz, apenas por não haver uma forma política de retirá-la da agenda. (SECCHI, 2010, p. 53)⁴⁰.

Por fim, ciclo da política pública se percorrido na forma como foi determinado poderia resolver várias problemas da saúde preventiva, da mesma forma, como se houvesse procedimento de especificação do direito haveria mais concretização dos direitos sociais. Ocorre que na política pública há supressão de várias etapas restando sem identificação alguns dos quesitos descritos sejam, “o quem”, “o que”, “o como”, “o onde” ou o “por que” o que impede a resolução dos problemas públicos.

3.1.2 A política pública do sistema único de saúde

As políticas públicas no Brasil são adotadas por meio de programas e/ou ações governamentais que, via de regra, ensejam a necessidade de aporte de recursos, sob a forma de dotações orçamentárias. No Brasil, são três as leis responsáveis pela alocação de recursos orçamentários que determinam e limitam os valores que serão empregados: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Essas leis são os meios pelos quais o Poder Público viabiliza o que foi formulado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Essas leis não definem **o que, por que, onde, quando,**

³⁹ Com efeito, as informações que serviram de base para a ACP resultaram da auditoria interna realizada, o que demonstra a preocupação dos controles internos em atuarem na área preventiva. Isso é confirmado pelo número de auditorias e fiscalizações realizadas de 2001 a 2014: 177 (cento e setenta e sete) no Pará, das quais sete abrangendo a Estratégia Saúde da Família.

⁴⁰ Um dos grandes problemas envolvendo a saúde se encontra no campo da política pública, no caso da prevenção o problema é ainda mais grave vez que há entendimento, estudos e normas que determinam necessidade e obrigatoriedade da instituição de políticas preventivas, no entanto, ainda é possível identificar graves anomalias seja na implementação, seja na execução nas poucas políticas preventivas instituídas. Tal constatação reflete o pouco caso que o poder público vem encarando prevenção. Infelizmente não foi possível aprofundar o estudo para saber qual a razão da não priorização na prevenção, vez na própria política de saúde enfatiza a importância do tema e a redução do custo quando há investimento nessa seara. Talvez a resposta seja obtida quando se souber qual o grupo de interesse ganha no financiamento da saúde curativa.

quem, como (SILVA, 2015, p.182) das políticas públicas se fixando apenas no custo financeiro e orçamentário.

Ocorre que, apesar do grande vulto de recursos⁴¹ que são gerenciados pelas três esferas de governo, ainda há um número de direitos que não foram implementados, ou, quando implementados, acabam por funcionar de forma ineficiente, mesmo que a política pública tenha diversos suportes legais, podendo ser identificada na Constituição, nas leis, nas normas infralegais, inclusive nos contratos de serviço público (BUCCI, 2006, p. 10).

As políticas públicas de saúde representam ações governamentais que regulam e organizam as atividades de saúde, segundo diretrizes que foram instituídas no artigo 196 da CRFB. O artigo constitucional definiu como princípios a serem observados o da universalidade e o da igualdade no acesso às ações e aos serviços, enfatizando que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, nela incluindo a saúde preventiva. O caráter amplo da definição abrange ainda a redução de riscos de doenças e outros agravos, exigindo assim, uma interlocução com outros setores (SILVA, 2010, p. 164).

De relevo ímpar é o destaque que Eleutério Rodrigues Neto (2003) dá à lacuna correspondente ao período de 1988 a 1990, em que não havia Lei Orgânica da Saúde e os preceitos constitucionais eram totalmente descumpridos, o financiamento da saúde (incluindo a preventiva) sendo assegurado apenas pelos valores da Seguridade Social, da qual a saúde pública faz parte. Nesse período, estimava-se que 30% (trinta por cento), aproximadamente, do orçamento da Seguridade Social deveriam ser aplicados na saúde. Embora tenha servido de referência para as Leis de Diretrizes Orçamentárias, esse percentual nunca foi atingido (RODRIGUES NETO, 2003, p. 146).

Após essa lacuna normativa histórica de 1988 a 1990 e diante da abertura dos direitos sociais, verificaram-se várias medidas legislativas de especificação do direito à saúde como forma de suprir a ausência normativa. No Brasil, as leis básicas sobre saúde são a Lei Orgânica n.º 8.080/90 e a Lei n.º 8.142/90, que trata da participação da sociedade na gestão do sistema, envolvendo, assim, atores sociais. É bom destacar que, a partir da Emenda Constitucional n.º 29/98, foi estabelecida a aplicação mínima de recursos para o financiamento das ações na área da saúde. Além dessa legislação, são editadas pelo SUS as

⁴¹ Morin (2002, p. 27-74) chama a atenção para o fato de a problemática da saúde ser discutida no mundo todo. Cada vez mais, busca-se invocar a questão financeira para fugir à obrigação prestacional; no entanto, países em desenvolvimento acabam por gastar cinco vezes mais em armas do que em saúde. Um total de 40% (quarenta por cento) das pessoas do mundo não tem acesso aos profissionais de saúde. Um total de 35% (trinta e cinco por cento) das pessoas carece de água potável, enquanto metade dos engenheiros e cientistas dedica-se ao desenvolvimento de tecnologia para fabricar armas.

denominadas “normas operacionais básicas”, que definem como se dará a operacionalização das ações (FREITAS, 2010, p.164).

No Título VIII – Da Ordem Social – da CF/88 (art. 194 e art. 196), é possível encontrar o objetivo pretendido pelo Estado, que é o bem-estar social e a justiça social. Assim o SUS, no plano federal, é responsável pela formulação da política pública de saúde com o objetivo de alcançar o bem-estar social e, por conseguinte, a justiça social. No plano da execução, ficaram a cargo do governo federal as ações mais complexas relativas à política pública de saúde que tenham repercussão nacional. Coube aos estados e municípios a formulação de medidas de cooperação técnica e financeira para a melhoria funcional das instituições, incluindo a descentralização das atividades, bem como a fiscalização das ações. Aos estados também incumbe a disponibilização de apoio técnico e financeiro e suplementar quando os municípios não conseguirem realizar as ações. A maior parte da execução da política pública de saúde é atribuída aos municípios (TUTUNGI JÚNIOR, 2012, p. 236).

Importa ressaltar que, nas considerações gerais da Lei n.º 8.080/90 (BRASIL, 1990) sobre a política pública de saúde (incluindo a preventiva), há também a previsão de que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família e de terceiros, o que demonstra o caráter solidário de toda a sociedade quando envolve a saúde. O artigo 8.º da referida lei também destaca a possibilidade de participação da iniciativa privada, seja diretamente, seja de forma suplementar, na política de saúde, respeitando os princípios éticos⁴² e normas do SUS. No artigo 3.º da Lei n.º 8.080/90 (BRASIL, 1990), é destacado ainda que os níveis de saúde acabam por expressar o desenvolvimento econômico e social de um país, também interferindo na saúde a moradia, a alimentação, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços, por certo, que o aspecto abordado nesse trabalho se refere a saúde preventiva. Já nos objetivos do SUS, como expressos na lei que instituiu a política pública de saúde, particularmente em seus artigos 3.º e 5.º, é possível constatar a preocupação não só com a saúde curativa, mas também com a instituição de ações de saúde preventiva, apesar de poucas ações serem direcionadas para essa meta.

As diretrizes instituídas pela política pública de saúde, incluindo a preventiva enfatizam o caráter universal e integral da assistência, o que significa dotar a população de serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, incluindo todos os níveis de

⁴² Nessa pesquisa não será tratada o significado de ética apenas se noticiou que a legislação enfoca, sem, no entanto, definir o que vem a ser.

complexidade, não podendo haver preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, como disposto no artigo 7.º, IV, da Lei n.º 8.080/90 (BRASIL, 1990).

O financiamento da política pública de saúde é realizado pelas receitas do Orçamento da Seguridade Social, destacando-se as contribuições sociais e vinculações constitucionais de impostos, que são transferidas ao SUS para que sejam atendidas as diretrizes constitucionais e legais, observando-se as metas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). De acordo com o artigo 32 da Lei n.º 8.080/90 (BRASIL, 1990), são considerados de outras fontes os recursos provenientes de serviços prestados sem prejuízo da assistência à saúde, ajuda, contribuições, doações e donativos, alienação patrimonial e rendimentos de capital, taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados pelo SUS, rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais. No artigo 35 da mesma lei, são listados os critérios para as transferências de recursos a outros entes: perfil demográfico da região; perfil epidemiológico da população a ser coberta; características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais; previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

Em 1993, foi alterada a base de cálculo do financiamento do SUS, tendo sido retirados os valores relativos ao recolhimento previdenciário do empregado e do empregador. Em 1996, houve a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 169, que alterava regras, mas foi retirada de pauta em 2000. Houve ainda a instituição da Contribuição Previdenciária sobre a Movimentação Financeira (CPMF), que acabou não acrescentando valores reais à saúde, apenas substituindo valores anteriormente recebidos, numa forma de compensação, o que levou a sua eliminação. Importante destaque deve ser dado criação em 2000, pelo Congresso Nacional, a Desvinculação das Receitas da União (DRU) pela EC n.º 27. Ela é um mecanismo que permite ao governo federal alocar um percentual (20%) dos recursos da arrecadação de contribuições sociais, tais como a Contribuição Social para o financiamento da Seguridade Social – COFINS, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), o PIS/PASEP para gastos de acordo com os seus próprios interesses, e não para o qual aquele determinado tributo foi arrecadado, atingindo a Seguridade Social. Por fim, houve a aprovação da PEC n.º 29, que definiu os percentuais a serem gastos na saúde (RODRIGUES NETO, 2003, p. 147). As contribuições sociais também são fontes de financiamentos da saúde como: a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL - tem como base de cálculo um percentual do lucro líquido das empresas; contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS).

Em 2012, foi aprovada a Lei Complementar n.º 141, que estabeleceu o mínimo a ser aplicado pela União, pelos estados e pelos municípios em ações de saúde. Para a União, ficou estabelecido que deveria aplicar o valor do montante empenhado no ano anterior, acrescido da variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Os estados e o Distrito Federal aplicariam, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 e dos recursos de que tratam o artigo 157 (Imposto da União sobre renda (IRRF)), a alínea “a” do inciso I (21,5% do imposto sobre renda (IR) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI) entregues ao Fundo de Participação dos Estados (FPE)), e o inciso II do *caput* do artigo 159 (10% do IPI das exportações), todos da Constituição Federal, deduzida as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios. Os municípios e o Distrito Federal aplicariam no mínimo 15% dos impostos do artigo 156 (imposto predial e territorial urbano (IPTU), imposto intervivos e imposto sobre serviços (ISS)) e dos recursos de que tratam o artigo 158 (IRRF, 50% do imposto da União sobre a propriedade territorial rural (ITR), 50% do imposto do sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), 25% do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS)), a alínea “b” do inciso I do *caput* (28,5% do Fundo de Participação dos Municípios do IRRF e do IPI) e o § 3.º do artigo 159 (25% do valor do IPI recebido pelo Estado), todos da Constituição. É relevante ressaltar que não houve fixação de um percentual mínimo a ser aplicado pela União, como foi feito para os estados e municípios, apesar do caráter solidário enfocado na lei e no julgamento da STA 175, o que demonstra um descompasso entre o discurso e as diretrizes fixadas. Essas determinações legais que são consideradas fonte de financiamento, servem para formar o conteúdo do bem comum, que será posteriormente apropriado individualmente por meio das políticas públicas.

Por fim, da análise do conjunto de regras no ordenamento, é possível deduzir apenas que o objetivo formal da política de saúde inclusive a preventiva é mais amplo do que a prestação que tem sido oferecida à população, especialmente quando se está diante da saúde preventiva que é apenas citado como um dever genérico. O ordenamento brasileiro é dotado de um conjunto de princípios e regras capazes de minimizar, em teoria, as deficiências em matéria de saúde preventiva, com ações efetivas para a população, restando apenas que os atores ou grupos de interesses tenham empenho em resolver as mazelas sociais. Na prática, se está diante de um sistema de saúde deficitário em que é aplicado o mínimo estabelecido em lei (quando aplicado). Nesse diapasão o processo de especificação para concretude dos

direitos sociais é de importância ímpar, pois minimiza os vácuos legais, vez que por meio dele é possível identificar os elementos necessários para a determinabilidade dos direitos sociais.

A política pública de saúde, incluindo a preventiva, passou por uma longa construção no tempo. Teve início em 1923 com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões estimuladas pelo processo de industrialização e pela aceleração da urbanização, visando garantir pensões em caso de acidentes, doenças e aposentadoria. Em 1932, a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAP) fez surgir a assistência médica. Em 1965, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), resultante da unificação dos IAP. O INPS foi responsável pela consolidação do componente assistencial e oferecia a possibilidade de compra de serviços assistenciais do setor privado. Em 1977, houve a criação do Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS) e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que passou a ser o grande órgão prestador de assistência médica. Em 1982, foi implementado o Programa de Ações Integradas de Saúde (PAIS), que focava a atenção primária. Em 1986, teve lugar a VIII Conferência Nacional de Saúde, que consagrou a ampliação da saúde e o princípio da saúde como direito universal e como dever do Estado. Em 1987, foram criados os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), que tinham como diretrizes a universalização e a equidade no acesso aos serviços de saúde, a integralidade dos cuidados assistenciais, a descentralização das ações de saúde e a implementação de distritos sanitários. Em 1988, foi promulgada a Constituição, que estabeleceu a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e apresenta, na sua Seção II do Capítulo II, toda a base da política de saúde. Em 1990, foi criado o SUS. Em 1991, foi instituída a Comissão de Intergestores Tripartites (CTI) com representação do Ministério da Saúde, das secretarias estaduais e municipais de saúde. Data desse mesmo ano a primeira norma operacional básica (NOB) do SUS, além da Comissão de Intergestores Bipartite (CIB), formada para o acompanhamento da implantação do recém-criado SUS. Em 1993, a Norma Operacional de Assistência à Saúde - NOB-SUS 93 procura restaurar o compromisso da implantação do SUS e estabelecer o princípio da municipalização, tal como havia sido desenhado anteriormente. Em 1996, foi adotada a NOB 96 e, em 2002, a NOAS-SUS⁴³.

⁴³ Destaque-se que a Constituição, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), previa pelo menos 30% do orçamento da Seguridade Social para a saúde como o mínimo para iniciar a implementação do SUS com universalidade, igualdade e integralidade. Quando se analisa a participação do gasto público em saúde das três esferas no PIB, observa-se que essa participação aumentou em 1 ponto percentual (p.p.) entre 2000 e 2011 (2,89% para 3,91%). Entretanto, esse incremento no indicador citado foi proveniente do aumento da participação dos estados e dos municípios no PIB, uma vez que a participação da União permaneceu estável ao longo desses anos. Nesse período, o gasto federal em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) correspondeu a 1,73% do PIB em 2000 e a 1,75% em 2011, o gasto estadual correspondeu a 0,54% do PIB em 2000 e a 1% em 2011 e o municipal, a 0,6% do PIB em 2000 e a 1,16% em 2011.

O SUS foi o maior projeto público de inclusão social do Brasil. Em menos de duas décadas, segundo Nelson Rodrigues Santos (2007), registraram-se vários fatos que demonstram a abrangência progressiva da política pública de atendimento ao direito à saúde preventiva⁴⁴. Mesmo com os avanços, afirma o autor, os recursos destinados ainda são menores que as necessidades, levando em conta a variação do Produto Interno Bruto - PIB⁴⁵.

Portanto, é evidente que o valor destinado à saúde é insuficiente, especialmente para quem trabalha na Estratégia de Saúde da Família, programa predominantemente na área da prevenção. Tal insuficiência é sentida principalmente quando há necessidade de ter acesso aos outros níveis de maior complexidade do sistema, cuja oferta parece estar sempre aquém das demandas. A gestão municipal também é insuficiente, embora tenha sido idealizada com o objetivo de facilitar os serviços em razão da proximidade com o cidadão; no entanto, o que se tem observado é a baixa resolutividade da rede básica de serviços, a deficiência na formação dos profissionais de saúde e a deficiência na gestão dos sistemas regionais de saúde (SANTOS, 2007, p. 429-435). É importante destacar que a baixa densidade da política municipal de atenção básica compromete a política pública de prevenção. Na ação escolhida como exemplo de política pública preventiva, Saúde da família, a maior responsabilidade fica a cargo do município. Além de se gastar mal, se gasta pouco quando se analisa os parâmetros internacionais o que poderia ser melhorado com maior racionalidade. (NETO, 2002, p.143).

Em 2006, foi instituído o Pacto pela Saúde, com um conjunto de reformas para fortalecer o SUS que faz parte do núcleo da política pública. Foi assinado o termo de compromisso entre gestores em três dimensões, que compreendem os pactos pela vida, em defesa do SUS e de gestão. A medida possui seis compromissos básicos: saúde do idoso; controle do câncer do colo do útero e da mama; redução da mortalidade infantil e materna; fortalecimento da capacidade de resposta às doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza; promoção da saúde; fortalecimento da atenção básica. Assim, a política pública de saúde no Brasil tem feito avanços tímidos, com aplicações mínimas de recursos, de acordo com dados do Ministério da Saúde.

⁴⁴ 110 milhões de pessoas foram atendidas por agentes comunitários de saúde em 95% dos municípios e 87 milhões, atendidos por 27 mil equipes de saúde de família. Em 2007, os números foram: 2,7 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 610 milhões de consultas, 10,8 milhões de internações, 212 milhões de atendimentos odontológicos, 403 milhões de exames laboratoriais, 2,1 milhões de partos, 13,4 milhões de ultrassons, tomografias e ressonâncias, 55 milhões de sessões de fisioterapia, 23 milhões de ações de vigilância sanitária, 150 milhões de vacinas, 12 mil transplantes, 3,1 milhões de cirurgias, 215 mil cirurgias cardíacas, 9 milhões de sessões de radioquimioterapia, 9,7 milhões de sessões de hemodiálise. Além de tudo isso, chegou-se ao controle mais avançado da ACQUIRED IMMUNODEFICIENCY SYNDROME - AIDS no Terceiro Mundo.

⁴⁵ Apenas para se ter uma ideia, o investimento *per capita* na saúde no Brasil é menor que o do Uruguai, da Argentina, do Chile e da Costa Rica e por volta de 15 vezes menor que a média do praticado no Canadá, nos países europeus, na Austrália e em outros.

Os gastos com a saúde sofrem poucas variações anuais vejamos os totais aplicados no ano de 2013.

QUADRO 1 – Gastos com saúde

ANO	GERAL	LÍQUIDO	ATENÇÃO BÁSICA	ALTA COMPLEXIDADE	PRIMÁRIA %
2013	54.398.106.398 ⁴⁶	52.109.222.897 ⁴⁷	12.835.184.958 ⁴⁸	33.219.625.562,80	24,63

Fonte: Ministério da saúde⁴⁹

Convém destacar o baixo valor de gastos com a saúde primária por parte do ente federal, representando apenas 24,63% do total de gastos com a saúde, comprovando que a maior preocupação da política pública é com a saúde curativa. Analisando os anos de 2012⁵⁰, 2011⁵¹ e 2010⁵² observa-se pouca evolução de um ano para outro. Por exemplo, em 2013 houve uma queda de 0,56%. Em 2012 os valores foram bem superiores aos valores gastos em 2011, na ordem de 57,48% em relação a 2011. No entanto, é possível verificar que sempre os valores aplicados em saúde curativa são superiores aos aplicados em saúde preventiva. Houve um acréscimo de 20,19% de 2010 para 2013. Destaque-se que a inflação em 2010 fechou em

⁴⁶ Considerando os valores com convênios.

⁴⁷ Considerando os valores sem convênios.

⁴⁸ Ressalte-se que os valores com a prevenção estão inseridos nos gastos com a atenção básica.

⁴⁹ <http://aplicacao.saude.gov.br/portaltransparencia/index.jsf>. 22/01/2015.11h12.

⁵⁰ Em 2012, os gastos com a saúde em totalizaram R\$ 54.703.857.515,41 (cinquenta e quatro bilhões, setecentos e três milhões, oitocentos e cinquenta e sete mil, quinhentos e quinze reais e quarenta e um centavos), considerando os convênios. Desconsiderando os convênios, os valores totalizaram R\$ 50.962.374.287 (cinquenta bilhões, novecentos e sessenta e dois milhões, trezentos e setenta e quatro mil e duzentos e oitenta e sete reais). Os gastos com a atenção básica totalizaram R\$ 13.331.005.360 (treze bilhões, trezentos e trinta e três e um milhões, cinco mil e trezentos e sessenta reais). Os gastos com ações de alta e média complexidade totalizaram R\$ 32.329.462.953 (trinta e dois bilhões, trezentos e vinte e nove milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil, novecentos e cinquenta e três reais). Importa ressaltar o baixo valor de gastos com a saúde primária por parte do ente federal, os quais representaram apenas 24,36% do total de gastos com a saúde primária, que envolve a maior parte das ações preventivas.

⁵¹ Em 2011, os gastos com a saúde em geral totalizaram R\$ 34.736.621.903,92 (trinta e quatro bilhões, setecentos e trinta e seis milhões, seiscentos e vinte e um mil, novecentos e três reais e noventa e dois centavos), considerando os convênios. Desconsiderando os convênios, os valores totalizaram R\$ 29.634.052.271 (vinte e nove bilhões, seiscentos e trinta e quatro milhões, cinquenta e dois mil e duzentos e setenta e um reais). Os gastos com a atenção básica totalizaram R\$ 10.916.001.749 (dez bilhões, novecentos e dezesseis milhões, um mil e setecentos e quarenta e nove reais). Os gastos com ações de alta e média complexidade totalizaram R\$ 28.761.913.180 (vinte e oito bilhões, setecentos e sessenta e um milhões, novecentos e treze mil, cento e oitenta reais). Ressalte-se o baixo valor de gastos com a saúde primária por parte do ente federal, os quais representaram apenas 32,42% do total de gastos com a saúde primária, que envolve a maior parte das ações preventivas.

⁵² Em 2010, os gastos com a saúde em geral totalizaram R\$ 43.412.582.704,93 (quarenta e três bilhões, quatrocentos e doze milhões, quinhentos e oitenta e dois mil, setecentos e quatro reais e noventa e três centavos), considerando os convênios. Desconsiderando os convênios, os valores totalizaram R\$ 39.718.497.635 (trinta e nove bilhões, setecentos e dezoito milhões, quatrocentos e noventa e sete mil e seiscentos e trinta e cinco reais). Os gastos com a atenção básica totalizaram R\$ 9.653.390.585 (nove bilhões, seiscentos e cinquenta e três milhões, trezentos e noventa mil e quinhentos e oitenta e cinco reais). Os gastos com ações de alta e média complexidade totalizaram R\$ 25.253.223.509 (vinte e cinco bilhões, duzentos e cinquenta e três milhões, duzentos e vinte e três mil e quinhentos e nove reais). Cabe destacar o baixo valor de gastos com a saúde primária por parte do ente federal, os quais representaram apenas 24,30% do total de gastos com a saúde primária, que envolve a maior parte das ações preventivas.

5,92% em 2011, em 6,50%, em 2012, em 5,84%, em 2013, em 5,91%, totalizando no período 24,17%⁵³, enquanto que o aumento de 2010 até 2013 foi na ordem de 12,53% demonstrando que o aumento não foi suficiente nem para cobrir o valor da inflação⁵⁴.

Embora os gastos representem somas expressivas, ainda é muito tímido o valor aplicado na saúde básica (preventiva) em relação aos demais gastos, ficando entre 24% aproximadamente do valor gasto com saúde em geral, o que demonstra a falta de comprometimento da política pública preventiva. Apesar de haver o reconhecimento de que é necessário atuar na porta de entrada das doenças, focando a prevenção, os gastos ainda ficam concentrados mais na saúde curativa. A dificuldade de atender a prevenção está na falta de especificação de todos os requisitos para a definição de “quem” decide e concretiza a política, o conteúdo da decisão representando “o que” é concretizado, o “como” a forma, o “quando” o tempo e o “onde” lugar, além de observar a questão relacionada ao “custo” da tomada de decisão e da concretização do direito além do “por que” se decide e concretiza a política.

Outra questão que pode ter contribuído a prevalência da saúde curativa em prol da preventiva pode estar no movimento contagionista que enfatizava a necessidade de precisar uma causa específica que origina a doença, assim com o surgimento dos germes, o movimento contagionista acabou por prevalecer sobre o anticontagionista que atribuía a doença a um desequilíbrio do conjunto de circunstâncias que interferem na vida de um sujeito e permite uma predisposição favorável ao surgimento de doenças (ACKERKNECHT, 1948). Assim, as doenças passaram a ser o foco da medicina (movimento contagionista), e a relação entre agente etiológico, alterações fisiopatológicas e um conjunto de sinais e sintomas e entre o doente e seu ambiente passou a ser secundária. A principal preocupação era a doença, não era o doente. (ROSEN, 1979). Essa mudança de foco trazido pelo movimento contagionista pode ter levado a política pública de saúde a se dedicar mais a curar a doença, ao invés de se dedicar sua atuação a toda às razões geradoras do processo mórbido de doença que estão em torno do ser humano e são responsáveis pela instalação da doença.

3.2 A SAÚDE PREVENTIVA COMO UM DOS PILARES NO ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES HUMANAS

3.2.1 A saúde preventiva e o atendimento das necessidades humanas

⁵³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/01/inflacao-oficial-fecha-2013-em-591-diz-ibge.html>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

⁵⁴ No Pará, em 2013, foram gastos na saúde um total de R\$ 1.727.056.962,57 (um bilhão, setecentos e vinte e sete milhões, cinquenta e seis mil, novecentos e sessenta e dois reais e cinquenta centavos). De 2010 para 2013, houve um acréscimo de 26,27%. O Pará conseguiu recompor o valor da inflação, mais não foi possível verificar o valor gasto na prevenção.

A definição de saúde sofreu modificações ao longo do tempo. Antes saúde significava “ausência de doenças”; com o desenvolvimento do conhecimento, foram agregados ao conceito os aspectos psicológicos e sociais, ampliando-se para a perspectiva de bem-estar físico, mental e social. Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde é “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidades” (SILVA, 2010, p. 76). Esse conceito foi instituído a partir da carta de princípios de 7 de abril de 1948 (dia em que, desde então, é comemorado o Dia Mundial da Saúde) (SCLIAR, 2007, p. 37).

Na história da saúde ocidental, a sociedade reconheceu a influência da cidade e do tipo de vida que o indivíduo leva sobre a saúde, relacionando as doenças com o próprio ambiente de trabalho (SCLIAR, 2007, p. 37). O direito à saúde leva em consideração ainda a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente⁵⁵, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais⁵⁶, todos juntos influem na saúde⁵⁷, e têm ligação direta com o princípio da igualdade e da universalidade, que garante o exercício da liberdade do ser humano (SILVA, 2010, p. 78). Doyal e Gough (1984. 246-274) também entenderam que o direito a saúde envolve: alimentação nutritiva e água potável⁵⁸; habitação adequada⁵⁹; ambiente de trabalho desprovido de riscos⁶⁰; ambiente físico saudável⁶¹; cuidados de saúde apropriados⁶²; proteção à infância⁶³; relações primárias

⁵⁵ Nele incluído o meio ambiente do trabalho, nos termos do artigo 200, VIII, da CRFB.

⁵⁶ Artigo 3.º da Lei n.º 8080/90.

⁵⁷ Especialmente na saúde preventiva.

⁵⁸ Essa necessidade leva em consideração a quantidade diária de calorias de que um indivíduo necessita para sobreviver e de outros nutrientes, como proteínas, vitaminas e iodo, a fim de garantir boas condições de saúde e um bom desenvolvimento, bem como a quantidade suficiente *per capita* de consumo diário de água potável, segundo cálculos elaborados pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 246-249).

⁵⁹ Habitação adequada compreende: 1) garantia de abrigo suficiente em climas adversos e proteção razoável contra intempéries, riscos de epidemias e vetores patogênicos, incluindo casas adequadas, água corrente, sistema sanitário básico e calefação, para regiões sujeitas a frio; 2) existência de saneamento para evitar a contaminação bacteriana da água e das redes de distribuição, visto que essa contaminação é uma das principais causas de doenças parasitárias que debilitam o ser humano; 3) ausência de superlotação residencial, para evitar a ocorrência de doenças respiratórias, atraso no desenvolvimento físico e intelectual das crianças e sensação de fadiga e depressão nos adultos (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 249-252).

⁶⁰ O ambiente de trabalho hígido busca evitar, para a saúde do trabalhador, riscos graves que podem derivar das suas condições laborais, a saber: 1) jornada prolongada; 2) ambiente inseguro, oferecendo risco de acidentes de trabalho; c) formas de trabalho suscetíveis de limitar a autonomia do trabalhador, dando lugar à depressão, à ansiedade e à falta de autoestima (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 252-253).

⁶¹ O ambiente físico saudável e livre de riscos incluem situações que exigem meio ecológico sadio, disponibilidade de água não contaminada, alimentos, serviços sanitários, habitação e emprego satisfatórios (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 254-255).

⁶² Cuidados de saúde apropriados podem ser reduzidos com o atendimento das necessidades anteriores e compreendem o acesso a serviços médicos efetivos, que utilizem as melhores técnicas, os cuidados essenciais no campo da atenção primária, que é concebida para identificar e tratar a enfermidade em primeiro momento (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 255-258), além dos demais tratamentos de média e alta complexidade.

significativas⁶⁴; segurança física⁶⁵; segurança econômica⁶⁶; educação apropriada⁶⁷; segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto. O artigo 196, garante o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário⁶⁸ às ações e aos serviços que servem para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Vê-se que, pela ordem constitucional, é dever do Estado tal garantia, tanto no aspecto curativo quanto no aspecto preventivo.

O reconhecimento do direito à saúde pela Constituição representou um grande avanço no Estado Democrático de Direito, visto que antes não havia previsão desse direito. (AITH, 2014, p. 268). A legislação infraconstitucional editada após 1988, especialmente a Lei n.º 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde –, que deveria ser o instrumento de concretização do direito à saúde, foi produzida com conceitos indeterminados, com conteúdo e extensão em larga medida incertos⁶⁹, seguindo a linha das legislações relativas ao campo dos direitos sociais, como o direito à saúde. Destaque-se algumas legislações:

⁶³ A proteção à criança e ao adolescente apoia-se no reconhecimento da importância de uma infância segura para o desenvolvimento da autonomia e da personalidade do indivíduo. Compreende quatro necessidades psicossociais da fase infantil: 1) necessidade de carinho e de segurança, com relações estáveis, contínuas e seguras com os pais e responsáveis a partir do nascimento; 2) necessidade de novas experiências, que fomentem o desenvolvimento cognitivo, social e emocional; 3) necessidade de reconhecimento e de apreciação e de uma atenção positiva de acordo com normas claras e justas; 4) necessidade de estender, paulatinamente, responsabilidades, começando com rotinas pessoais até alcançar tarefas mais complexas (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 258-261).

⁶⁴ Relações primárias significativas compreendem uma rede moral de apoios individuais que podem oferecer um ambiente educativo e emocionalmente seguro, com relações próximas e confidenciais com amigos, parentes, companheiros etc. A inexistência dessa rede afeta o amor-próprio das pessoas, provocando isolamento e abandono, além de causar incapacidades e de reduzir a autonomia dos indivíduos (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 262-264).

⁶⁵ A segurança física compreende a defesa contra ameaças arbitrárias provenientes da sociedade e do Estado (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 267-269).

⁶⁶ A segurança econômica visa a evitar o sentimento de desorientação e de instabilidade, permitindo ao indivíduo planejar e ver realizado o futuro com base numa série de normas, recompensas e relações humanas previsíveis e duradouras e com a adoção de medidas protetoras na forma de benefícios contra contingências sociais, como velhice, enfermidade, incapacidade, desemprego etc. (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 264-267).

⁶⁷ A educação apropriada não se resume à alfabetização e ao ensino fundamental, assumindo papel importante para o fortalecimento e a expansão da autonomia, devendo abranger o acesso aos recursos de ensino, a capacitação e a avaliação de professores, para garantir a autonomia de agência e crítica dos membros da sociedade (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 269-272).

⁶⁸ O princípio de universalidade caracteriza a saúde como um direito de cidadania, ao ser definido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado. Nesse sentido, o princípio da universalidade abrange a cobertura, o acesso e o atendimento nos serviços do SUS e exprime a ideia de que o Estado tem o dever de prestar esse atendimento a toda população brasileira. O princípio da integralidade atribui à população o direito de atendimento de forma plena, em função das suas necessidades, pela articulação de ações curativas e preventivas nos três níveis de assistência. O princípio da equidade objetiva diminuir as diferenças sociais, proporcionando atendimento desigual para necessidades desiguais – é o princípio de justiça social.

⁶⁹ “Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte”. Para aprofundar o tema sobre conceitos jurídicos indeterminados consultar (ENGISCH, 1996).

QUADRO 2 – Quadro pra reproduzir as legislações

LEI	DATA	ASSUNTO
8.080	19.09.1990	Versa sobre os serviços de saúde
8.142	28.12.1990	Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências
Portaria n.º 687 MS/GM	30.03.2006 (BRASIL,2006)	Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS)
NOB 01/93	1996	Funcionaria como um instrumento regulador do processo de descentralização da saúde, aumentando a viabilidade da organização setorial no âmbito local.
NOB-SUS 01/96	1993	Revogou os modelos anteriores de gestão definidos pela Norma Operacional Básica 93 (NOB 93) e estabeleceu para os municípios dois novos modelos: gestão plena da atenção básica e gestão plena do sistema municipal, assim como introduziu regras sobre a forma de repasse dos recursos financeiros da atenção básica do governo federal para os municípios ⁷⁰ . O repasse passou a ser feito sobre um valor fixo <i>per capita</i> denominado “piso da atenção básica” (PAB) (BRASIL, 1997)
A Norma n.º 01/96	1996	Institucionalizou a Estratégia de Saúde da Família e fixou o pagamento por equipe/cobertura (BRASIL, 1977).

Fonte: Portal do Ministério da Saúde

Em que pesem os avanços alcançados incluindo no campo normativo, muitos problemas ainda persistem. A baixa qualidade da atenção básica, onde está inserida a saúde preventiva, a permanência dos indicadores de saúde em níveis indesejados, a não garantia de acesso à rede de saúde, a incipiente referência e contrarreferência, a fragilidade das redes regionais e estaduais e o insuficiente monitoramento de desempenho levaram o Ministério da Saúde a publicar a Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS-SUS 01/2001) (BRASIL, 2001a) que foi reeditada em 2002 que trata da regionalização da assistência à saúde em espaços delimitados e populações definidas e formas de acesso dos usuários aos serviços de saúde nos diversos níveis de complexidade necessários à resolução dos problemas de saúde, reforçando a Estratégia de Saúde da Família (BRASIL, 2001a, 2002a). Destaque-se o Pacto pela Saúde proposto pela Resolução n.º 399/06, que compreende três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão do SUS (BRASIL, 2006b), em que são abarcados os três níveis de governo e as entidades representativas de trabalhadores e usuários, como forma de envolver tanto gestores, como a sociedade, num acordo com a saúde da população, com o compromisso sanitário e a responsabilidade pública (SOUZA, 2008).

⁷⁰ Os municípios tendem cada vez mais a assumir a responsabilidade pelo relacionamento com os prestadores de serviço, à medida que se habilitem as condições de gestão descentralizada do sistema. A norma em vigor (NOAS/SUS 01/02), instituída pelo Ministério da Saúde, define duas condições de participação do município na gestão do SUS: Gestão Plena da Atenção Básica Ampliada, pela qual o município habilita-se a receber um montante definido em base *per capita* para o financiamento das ações de atenção básica, e Gestão Plena do Sistema Municipal, pela qual o município recebe o total de recursos federais programados para o custeio da assistência em seu território.

Também merece destaque a regra constante no artigo 77 do ADCT da CRFB, que estabelecia o valor mínimo de recursos a serem aplicados na saúde, antes da edição da emenda constitucional de 2012, o que exigia dos entes um compromisso mais efetivo. No entanto, a qualidade do serviço público de saúde preventiva continua a ser insatisfatória. Falta também água potável, alimentação nutritiva e tratamento preventivo de situações que põem a saúde em risco de doença etc, na forma já descrita por Doyal e Gough (1984. 246-274). As medidas necessárias abrangem desde o gerenciamento até a execução dos serviços, podendo a implementação ser realizada em parceria com a sociedade civil (KRELL, 2002, p. 34)⁷¹.

A saúde curativa relaciona-se à cura ou à melhora, enquanto a saúde preventiva⁷² tem relação com a redução do risco de doença e a proteção à vida (SILVA, 2010, p. 85) e faz parte da esfera individual de toda pessoa humana, podendo ser reclamada individualmente em juízo, sem obviamente afastar sua dimensão transindividual, pela qual poderia ser demandada de forma mais efetiva e coletiva (SARLET, 2008, p. 18).

Também merece destaque a universalização⁷³ do acesso ao SUS e o exercício do princípio da igualdade entre as pessoas, vinculado às condições econômicas do usuário. O direito a ser tratado como igual não significa propriamente o direito a prestações iguais. No entanto, essa ideia não deveria, *a priori*, colocar em risco a vida humana, devendo prevalecer em relação às questões financeiras, mesmo que comprometa outras demandas, sendo o cotejo feito em cada caso concreto (SARLET, 2008, p. 20). No entanto, ajustar todas as dimensões relacionadas à saúde preventiva, abrange bases teóricas complexas que dividem a comunidade jurídica. A concretude desse direito acaba sendo prejudicada, especialmente se o enfoque for à saúde preventiva, porque se há dificuldades de localizar ações estatais voltadas para a área.

Quando se passa a análise da saúde preventiva se deve realizar alguns ajustes vez que é tema pouco debatido, o que dificulta a análise dos casos. O movimento em favor da

⁷¹ Por certo que nesse trabalho não é possível abranger todos os aspectos voltados à prevenção, focando apenas naqueles aspectos voltado diretamente as ações de saúde do programa Saúde da Família por ser o programa governamental que mais possui ações na área da prevenção, ao mesmo tempo, por ser um programa bem abrangente e envolver vários atores.

⁷² “A Saúde Preventiva pode ser entendida como um conjunto de medidas e ações de saúde voltadas para a prevenção de doenças e/ou seu agravamento” (PORTAL EDUCAÇÃO, 2013).

⁷³ Universalização é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar esse direito. O acesso às ações e aos serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou de outras características sociais ou pessoais. O objetivo do princípio da equidade é diminuir desigualdades. Embora todas as pessoas tenham direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior. O princípio da integralidade considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Além disso, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e na qualidade de vida dos indivíduos.

prevenção surgiu entre 1920 e 1950 na Inglaterra, nos Estados Unidos e no Canadá, em que se criticava a ideia da medicina curativa. Foi proposta uma mudança da prática médica, que começou com a reforma no ensino. A formação dos médicos passou a preocupar-se com a promoção da saúde e a prevenção de doenças. Foi introduzido na grade curricular o estudo da epidemiologia⁷⁴, dos fatores de risco, privilegiando-se a estatística como critério científico na busca da causalidade. A prevenção resultou da conjunção de três fatores: a higiene, que surgiu no século XIX, a discussão dos custos da assistência médica e a redefinição das responsabilidades médicas como forma de orientação dos profissionais (AROUCA, 1975).

O marco da mudança de foco foi à crise de bem-estar social na Europa e na América do Norte em razão da limitação de recursos e da ampliação das necessidades. Ficou claro, então, para as autoridades sanitárias que havia outras condições determinantes da qualidade de vida, além da assistência à saúde, como políticas globais, nacionais e locais, mudanças sociais, diferenças culturais, étnicas e religiosas, todas interagindo, numa constante correlação. Considerando essas condições, foi desenvolvido o modelo de campo de saúde, segundo o qual a saúde é determinada por múltiplas variáveis: um determinante biológico, que se refere a toda manifestação da saúde física ou mental – herança genética, processo de crescimento e envelhecimento e os diferentes sistemas internos complexos; ambiente, que remete aos fatores externos ao corpo humano, como: a qualidade do ar ou a pureza dos alimentos; o estilo de vida, que são as condições de escolha do sujeito para a própria saúde, ligadas ao hábito, às normas, aos valores, ao nível de escolaridade e à consciência que condicionarão a saúde individual; o serviço de saúde disponibilizado e a forma como são realizadas as ações de prevenção, de cura e de recuperação do estado de bem-estar (BECKER, 2001, p.10). Doyal e Goug (1991) também defendem a saúde física e autonomia racional (é a capacidade de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento, de praticá-los sem opressão e de sentir-se responsável por suas decisões) a partir de um conjunto de medidas que envolve a manutenção das necessidades básicas objetivas e universais (SILVA, 2015,p.60).

A partir desse movimento e do informe produzido no Canadá por Lalonde (1974)⁷⁵, foi convocada pela OMS a I Conferência Internacional sobre Atenção Primária de Saúde,

⁷⁴ A epidemiologia é uma ciência que estuda quantitativamente a distribuição dos fenômenos de saúde/doença, e seus fatores condicionantes e determinantes, nas populações humanas. Autores também incluem nessa definição que a epidemiologia permite a avaliação da eficácia das intervenções realizadas no âmbito da saúde pública.

⁷⁵ É importante ressaltar que o movimento canadense resultou em um estudo mais profundo a fim de reduzir os custos da saúde, especialmente após verificar que o estilo de vida e o ambiente eram responsáveis por 80% das causas de doenças, sem desconsiderar o envelhecimento da população, a queda da mortalidade por doenças infecciosas, entre outros fatores. O documento produzido por Lalonde (LALONDE,1974; CARVALHO, 2005.p.54) defendia que as políticas de saúde deviam informar, influenciar e assistir os sujeitos e as organizações para que adotassem atitudes saudáveis, o que, conseqüentemente, reduziria os riscos de adoecimento e de morte.

realizada em Alma-Ata, no ano de 1978. Foi definido os determinantes referentes à saúde, propôs cinco estratégias para a abordagem dos problemas: promoção da saúde, regulação, eficiência da atenção sanitária, investigação e estabelecimento de objetivos (BRASIL, 2013).

O certo é que a tecnologia elevou o custo dos serviços de saúde, o que acabou por ocasionar uma crise nos países ocidentais, que necessitavam de reformas. O Canadá foi o país que melhor ampliou a ideia de promoção da saúde (CZERESNIA, 2003, p. 3). O conceito de saúde passou a abranger quatro componentes: biologia humana, meio ambiente, estilos de vida e organização da atenção à saúde. Doyal e Gough (1984) também trataram sobre os componentes sendo: alimentação nutritiva e água potável; habitação adequada; ambiente de trabalho desprovido de risco; ambiente físico saudável; cuidados de saúde apropriados; proteção à infância; relações primárias significativas; segurança física; segurança econômica; educação apropriada; segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto.

Grandes esforços puderam ser empreendidos para a melhoria da saúde, abrangendo os quatro componentes, dos quais muitos se centram na organização dos serviços de atenção sanitária. Nos estudos realizados no Canadá, concluiu-se que as principais causas de doença e de morte estão ligadas aos três elementos primeiros do conceito: biologia humana, meio ambiente e estilos de vida. Grandes somas no tratamento de doenças podem ser evitadas, bastando, para isso, que sejam adotadas políticas para mudar o estilo de vida, especialmente em relação à alimentação, a exercícios físicos, fumo, droga, álcool etc. (TERRIS, 1996).

A base conceitual do movimento da medicina preventiva foi sistematizada no livro *Medicina preventiva*, de Leavell e Clark (1976), cuja primeira edição data de 1958. Nessa obra, os autores apresentavam a “tríade ecológica” que definiu o modelo de causalidade das doenças a partir das relações entre agente, hospedeiro e meio ambiente. Assim, houve uma ampliação da causalidade na história das doenças. A saúde afastou-se progressivamente da doença, do defeito, da invalidez e da morte, e passou-se a construir um esquema e a aplicar as medidas preventivas para conhecer as múltiplas causas das doenças. Para que tais medidas sejam aplicadas, é preciso conhecer a história natural de qualquer processo mórbido no homem, é preciso conhecer então os períodos de pré-patogênese – antes do adoecimento, quando há uma interação entre o agente da doença e o hospedeiro humano em razão de fatores ambientais estimula a doença – e de patogênese – o curso da doença.

O período de patogênese é aquele em que o homem é acometido por um distúrbio. Logo, vai desde a primeira interação com estímulos que provocam a doença, até as modificações de forma e de função, com evolução para um defeito, a invalidez ou a morte. Buscando-se o histórico clínico do doente, é possível detectar a doença precocemente. Após

instalada, a doença evolui para a patogênese precoce, podendo avançar, posteriormente progredir para a morte, para um estado crônico ou para a invalidez, ou culminar com a convalescença ou o restabelecimento.

Os agentes causadores da doença podem vir do meio ambiente humano ou do interior do homem. Por isso, deve ser examinado minuciosamente todo o ciclo para que se possam interceptar as causas e evitar seus efeitos – principal objetivo da prevenção. A prevenção depende do conhecimento de todas as causas ou da maioria delas, assim como do conhecimento das características do agente, do hospedeiro e do meio ambiente e da facilidade com que as causas podem ser interceptadas. O sucesso da prevenção depende desse conhecimento (LEAVELL; CLARK, 1978, p. 14-15).

O termo “prevenir” pode significar preparar, dispor de maneira que se evite (dano, mal), impedir que se realize, vir antes ou preceder. Empregado na época elizabetana, continua até hoje com o mesmo significado de “antecipar, preceder”. A prevenção é uma ação antecipada, baseada no conhecimento da história natural a fim de buscar impedir ou tornar improvável a progressão da doença (LEAVELL; CLARK, 1976, p. 17).

A prevenção inclui a promoção da saúde que foi utilizada pela primeira vez em 1945 por Henry Sigerist (TERRIS, 1996), historiador da medicina. Para o autor, a medicina possui quatro funções: promoção da saúde, prevenção da doença, restauração do doente e reabilitação. Promover a saúde é capacitar não somente os profissionais, mas a comunidade para cuidar de sua saúde. Não há medida específica para atacar a doença e assim melhorar a saúde e o bem-estar geral, nesse contexto a educação e a boa prática sanitária possuem papel vital para atendimento desse objetivo. Várias medidas são necessárias: bom padrão de nutrição, conhecimento relacionado ao agente, ao hospedeiro, ao meio ambiente – análise que é feita pela epidemiologia (LEAVELL; CLARK, 1978, p. 46). A educação e a boa prática sanitária desempenham um papel vital na promoção da saúde. A prevenção da saúde abrange três níveis de prevenção que foram integrados ao discurso da medicina comunitária no Brasil na década de 60 do século XX e orientaram o estabelecimento de níveis de atenção nos sistemas e serviços de saúde usados até hoje (CZERESNIA, 2003, p. 7-8).

O primeiro nível é a prevenção primária: são medidas destinadas a desenvolver uma saúde ótima⁷⁶, com a proteção específica contra agentes patológicos ou com o estabelecimento de barreiras contra os agentes do meio ambiente. A prevenção primária é

⁷⁶ Doyal e Goug também estabeleceram o que significa nível ótimo de saúde “supõe, de acordo com o código genético da pessoa, graus o mais elevado possível de esperança de vida e maiores reduções possíveis de incapacitações por enfermidades”. O nível ótimo de autonomia compreende um grau inferior e um grau superior.

feita no período pré-patogênese. O segundo nível – a prevenção secundária – é feita por meio de diagnóstico precoce e de tratamento, quando a doença já é detectável, ou seja, no início da patogênese. O terceiro nível – a prevenção terciária – é feita quando há progressão da doença ou quando o defeito e a invalidez estão permanentes. Em cada fase da prevenção, são adotadas medidas específicas: na prevenção primária, a promoção da saúde e a proteção específica; na prevenção secundária, o diagnóstico, o tratamento precoce e a limitação da invalidez; na prevenção terciária, a reabilitação.

A promoção da saúde, não há uma ação diretamente ligada à cura da doença ou da desordem. Várias medidas, disseminadas por meio da educação e de ações sanitárias, podem aumentar a saúde e o bem-estar. A promoção da saúde requer um bom padrão de nutrição ajustado às fases de desenvolvimento, educação sanitária, atenção ao desenvolvimento da personalidade, moradia adequada, recreação e condições agradáveis de trabalho, aconselhamento matrimonial e educação sexual, exames seletivos periódicos. Doyal e Gough falam em nível ótimo de saúde que “supõe, de acordo com o código genético da pessoa, graus o mais elevado possível de esperança de vida e maiores reduções possíveis de incapacitações por enfermidades” (SILVA. 2015. p.61). Promove-se a saúde submetendo-se as pessoas a exames antes de adoecerem. A visita ao médico deve ser uma oportunidade não só para fazer um tratamento, mas também para obter um aconselhamento a fim de manter a saúde potencial. Esse aconselhamento deve ser estendido aos demais membros da família, o que torna mais efetiva a promoção da saúde (LEAVELL; CLARK, 1978, p. 20).

A proteção específica, ainda no período da pré-patogênese, abrange as seguintes medidas: uso de imunizações específicas, atenção para com a higiene pessoal, saneamento do meio ambiente, proteção contra riscos ocupacionais, proteção contra acidentes, uso de alimentos específicos, proteção contra substâncias carcinogênicas e evitação de alérgenos. Qualquer programa de medicina preventiva concentra-se na proteção específica. Muitas das causas de moléstias podem ser combatidas com imunização, melhoria dos hábitos alimentares, estímulo de atitudes satisfatórias na higiene pessoal, uso de drogas supressivas e emprego de roupas e máscaras protetoras. Os fatores ambientais podem ser mitigados com a drenagem de pântanos, a melhoria das condições habitacionais, o controle da propagação de doenças e a melhoria de condições socioeconômicas (LEAVELL; CLARK, 1978, p. 20).

Na prevenção secundária, para fazer o diagnóstico precoce e o tratamento imediato, são necessárias as seguintes ações: adoção de medidas individuais e coletivas para a descoberta de casos, pesquisas de triagem, exames seletivos com o objetivo de curar e evitar o processo da doença, a propagação de doenças contagiosas, complicações e sequelas. Tenta-se

também limitar a invalidez com o tratamento adequado para interromper o processo mórbido e evitar futuras complicações e sequelas, além de adotar meios para limitar evitar a morte.

Na prevenção terciária, conta-se com a proteção dos serviços hospitalares e comunitários para a reeducação, o treinamento e a terapia ocupacional, a fim de possibilitar a utilização máxima das capacidades restantes. A educação do público e da indústria também é importante, a fim de que o reabilitado consiga um emprego tão completo quanto possível – é a colocação seletiva (LEAVELL; CLARK, 1978, p. 20)⁷⁷.

3.2.2 A saúde preventiva no Brasil

No Brasil, o marco da prevenção é a criação do SUS, motivada por fatos ocorridos no país e no resto do mundo como o agravamento da crise financeira da saúde em razão da privatização da assistência médica; a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, que teve lugar em Alma-Ata em setembro de 1978, levando muitos países, inclusive o Brasil, a assumir o compromisso de promover os cuidados primários em saúde; o movimento sanitário que, na segunda metade da década de 70, contribuiu para a sistematização das propostas de mudança do modelo de saúde vigente, resultando no Projeto de Reforma Sanitária; a redemocratização do país na década de 80, que instalou uma nova conjuntura política; a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, com ampla representação de trabalhadores de saúde, governo, usuários e prestadores de serviços de saúde, que representou também um marco na formulação das propostas de saúde, consolidadas na reforma sanitária brasileira (SIQUEIRA, 2010, p. 73-88). Diversos eventos tiveram repercussão importante na área da prevenção.

A Conferência de Alma-Ata, cuja meta era “saúde para todos no ano de 2000”, onde se estabeleceu oito estratégias: a) educação dirigida aos problemas de saúde prevalentes e métodos para sua prevenção e controle; b) fornecimento de alimentos e nutrição adequada; c) abastecimento de água e saneamento básico apropriado; d) atenção materno-infantil e planejamento familiar; e) imunização contra as principais doenças infecciosas; f) prevenção e controle das doenças endêmicas; g) tratamento apropriado de enfermidades comuns e

⁷⁷ Assim, o aspecto abordado na dissertação é avaliar a parte da prevenção primária que está inserido a promoção da saúde e a prevenção específica, sendo que os casos de judicialização apresentados estão na prevenção específica, posto que é difícil entender a prevenção se não se definir o ponto de partida pelo que é necessário esse corte metodológico. O estudo utilizará essa subdivisão em prevenção primária, secundária e terciária.

acidentes; h) e a distribuição de medicamentos essenciais⁷⁸. Importante destacar a semelhança das diretrizes da conferência com os ditames estabelecidos por Doyal e Gough (1994.p.246-274) sobre as necessidades mínimas que o ser humano deve dispor para manter sua autonomia.

A Primeira Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde (1986), que resultou na *Carta de Ottawa*, também enfatizou que os determinantes externos são os principais responsáveis pela condição da saúde, vinculando a sua obtenção a um complexo processo que envolve diversos fatores, como alimentação, justiça social, ecossistema, renda e educação, entre outros⁷⁹.

A *Carta de Ottawa* assim determinava: “Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas” (PRIMEIRA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DE SAÚDE, 1986, p. 1). Nesse documento a promoção da saúde foi assim definida: “Processo de capacitação dos sujeitos e coletividades para identificar os fatores e condições determinantes da saúde e exercer controle sobre eles, de modo a garantir a melhoria das condições de vida e saúde da população” (CARTA DE OTAWA. 1986)⁸⁰.

Várias outras conferências realizadas pela OMS resultaram em declarações importantes como: a II Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada em Adelaide, na Austrália, em 1988, cujo tema foi à política pública saudável, em que se destacou que a questão da saúde extrapola as intervenções médicas ou a saúde pública tradicional, além de ter invocado a intersectorialidade para promover a saúde; a III Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada em 1991, na Suécia, que deu grande destaque ao tema do ambientalismo, abordando os desastres ambientais e as crises ambientais; a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), realizada no Rio de Janeiro, que tratou da “construção de ambientes de apoio à promoção da saúde com políticas públicas saudáveis e sustentáveis”; a IV Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada na cidade de Jacarta, Indonésia, em 1997, cujo tema foi a promoção da saúde até o século XXI, e defendeu a promoção da responsabilidade social pela

⁷⁸ Declaração Alma ata. Disponível em: < <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAsAH/declaracao-alma-ata-carta-ottawa-declaracao-adelaide-declaracao-sundsvall-carta-bogota>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

⁸⁰ Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

saúde, o aumento da capacidade da comunidade e do poder dos sujeitos para controlar as ações que podem interferir nos determinantes da saúde, a expansão e a consolidação de alianças para a saúde, o aumento das investigações para o desenvolvimento da saúde e a garantia da infraestrutura para a promoção da saúde; a V Conferência Internacional sobre a Promoção da Saúde, realizada na cidade do México, em 2000, que debateu o não atingimento das metas da maioria dos compromissos acertados na área da saúde, determinando o monitoramento das ações; a VI Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em 2005 em Bangkok, Tailândia, que enfocou a globalização e as parcerias com o setor privado para a promoção da saúde; a VII Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, que teve lugar em Nairobi, no Quênia, em outubro de 2009, listou as responsabilidades a serem assumidas urgentemente pelos governos para fortalecer as lideranças, tornar a promoção da saúde uma política transversal, empoderar comunidades e indivíduos, fortalecer os processos participativos e construir e aplicar conhecimentos sobre a busca de evidências da efetividade da promoção da saúde; a VIII Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em 2013, em Helsinki, na Finlândia, cuja tema foi “saúde em todas as políticas”, que analisou o impacto e o progresso da promoção da saúde desde a Conferência de Ottawa e destacou o papel central da saúde na economia e sua relação com o desenvolvimento humano e social. Também é relevante destacar a realização da Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), no Rio de Janeiro, em outubro de 2012, em que se discutiu o desenvolvimento sustentável e a saúde na perspectiva da promoção da equidade⁸¹ (BRASIL, 2013).

Enfim, muitas medidas foram adotadas, mas, apesar das propostas feitas pela OMS para a promoção da saúde nas últimas cinco décadas, a questão da saúde, especialmente a preventiva, continua sendo discutida com base nas experiências subjetivas e culturais dos indivíduos⁸².

No Brasil, ampliou-se o conceito de saúde⁸³, “Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do

⁸¹ O termo equidade será usado nessa pesquisa sem vinculação às teorias. O termo é muito usado no direito à saúde, no entanto, sua carga semântica é mais próxima da igualdade.

⁸² Ensina Scliar (2007, p. 30): O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. O mesmo, aliás, pode ser dito das doenças. Aquilo que é considerado doença varia muito. Houve época em que masturbação era considerada uma conduta patológica capaz de resultar em desnutrição [...]. Houve época, também, em que o desejo de fuga dos escravos era considerado enfermidade mental: a drapetomania (do grego drapetes, escravo).

⁸³ Como se constata no Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986.

território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade”⁸⁴.

No caso das ações que envolvem a saúde preventiva, verifica-se que, para serem implementadas, devem estar ligadas a outros setores disciplinares e a políticas governamentais responsáveis pelo espaço físico, social e simbólico, como determinado em algumas conferências. A *Carta de Ottawa* indicou questões importantes e necessárias para a saúde que devem ser levadas em consideração, como paz, recursos sustentáveis, justiça social⁸⁵, equidade, e também definiu que a promoção da saúde deve envolver a capacitação da comunidade⁸⁶ para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e saúde. Essa atuação deve ocorrer nos seguintes campos: elaboração e implementação de políticas públicas saudáveis; criação de ambientes favoráveis à saúde; reforço da ação comunitária; desenvolvimento de habilidades pessoais; reorientação do sistema de saúde (PRIMEIRA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DA SAÚDE, 1986).

A medicina preventiva propõe medidas para a promoção da saúde e a prevenção de doenças, mas é necessário saber como e por que elas se instalam, ao invés de simplesmente tratar os sintomas. Antes a medicina preventiva estava limitada aos casos de vacinação. Com a evolução dos conhecimentos, foi possível constatar que a prevenção engloba a melhoria da qualidade de vida. O próprio manual da Agência Nacional de Saúde (BRASIL, 2009) ainda considera o tripé saúde-doença-cuidado, esquecendo-se de avaliar os determinantes sociais, ou seja, ainda está centrado na assistência médico-hospitalar, que se revela um modelo caro e pouco eficiente, como tem sido debatido.

A promoção da saúde é considerada o caminho a ser seguido, até para atender a regra do mercado vez que pode gerar lucro, o denominado “lucro saudável”. Esse tipo de lucro saudável foca no resultado potencial de medidas adotadas nos programas de promoção da saúde, que podem influir na produtividade das empresas e, por conseguinte, no resultado do próprio mercado. Artigo de Ricardo de March⁸⁷ sobre a influência da saúde nas empresas demonstra a possibilidade de aferição do “lucro saudável” (2003, p. 2)⁸⁸.

⁸⁴

Disponível

em:

<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

⁸⁵ O conceito de justiça mais eficaz na maximização das liberdades das pessoas é encontrado em John Rawls: “a justiça é a virtude primeira de todas as instituições sociais”.

⁸⁶ É importante frisar que o grande diferencial do Programa Saúde da Família é o envolvimento da comunidade por meio do agente comunitário de saúde.

⁸⁷ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/saudavel-lucro-m0042509>. Acesso em: 06 jun. 2015.

⁸⁸ Assim, caso uma empresa que tenha 1000 empregados e cada um deles tiver 2000 horas de trabalho por ano (40 horas por semana x 50 horas por semanas), a capacidade máxima de trabalho, sem horas extras, que essa

A simulação feita de valores e de horas trabalhadas e perdidas em razão do afastamento do empregado por doença levam a resultados que impressionam e comprovam que a prevenção pode ser capaz de trazer lucros diretos para as atividades econômicas.

Nos últimos anos, foi possível constatar que muitos problemas de saúde pública que afetam a população são preveníveis. Com a adoção de medidas preventivas, há uma significativa diminuição da mortalidade por doenças coronárias e cerebrovasculares, redução da incidência do câncer cervical, diminuição da prevalência do consumo de fumo e da incidência de câncer do pulmão em homens, embora seja difícil obter dados empíricos (CZERESNIA, 2003, p. 19). Buscando junto às publicações do Ministério da Saúde, não foi possível obter informações estatísticas sobre a influência da saúde preventiva na saúde curativa, o que confirma a hipótese de que, apesar de ser difundido sobre a necessidade de investir na prevenção a preocupação em se buscar os resultados ainda é incipiente, razão pelo qual o programa escolhido tem singular importância.

Na prevenção da saúde é importante que se adote medidas intermediárias que considerem o risco da vida humana mais importante do que os demais temas relacionados com a saúde, como onerosidade, orçamento, previsão em protocolos legais. O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade devem sempre estar presentes, seja na política pública, seja na decisão judicial, atendendo as bases conceituais dos princípios da precaução e da prevenção⁸⁹, especialmente em relação à observância dos critérios científicos e das garantias de segurança e de eficácia no tratamento (SARLET, 2008, p. 21).

O direito à saúde preventiva acabou por destacar-se do grupo de direitos fundamentais e ganhou importância no ordenamento jurídico e no cenário internacional, apesar de ser tarefa árdua definir os limites da sua concretude⁹⁰. Não basta apresentar conceitos e bases teóricas é

força de trabalho pode fornecer é de 2 milhões de horas ($1000 \times 2000 = 2.000.000$). Se a média de afastamento for de 10 dias por ano, 8 horas por dia ($10 \times 8 = 80.000 - 2.000.000 = 1.920.000$), as horas de trabalhos reais aplicadas à produtividade deverão ser ajustadas para 1,92 milhões de horas, portanto, uma queda de 4% da capacidade total. Diga-se que a capacidade de trabalho de cada empregado corresponde a quatro vezes seu salário total. Se o salário for de 20 mil reais por ano, então a produtividade esperada será de 80 mil reais (4×20.000) ou R\$ 40,00 por hora ($R\$ 80.000,00 \div 2000 \text{ h} = R\$ 40,00$). Para calcular a quantidade de reais perdida por dias ausentes pelos 1000 empregados, basta multiplicar os R\$ 40,00 por hora por 80.000 horas ausentes no ano ($R\$ 40,00 \times 80.000 = R\$ 3.200.000,00$), chega-se a um valor de 3,2 milhões de reais como perda em produtividade. Se um programa de promoção de saúde tiver sucesso na redução do número médio de dias de afastamento de 10 para 7,5 dias, o ganho líquido em produtividade seria de R\$ 800.000,00⁸⁸. Assim, é possível, num simples exercício exemplificativo, verificar que adotar medidas de promoção da saúde, mesmo que seja por questões que envolvem o mercado e não por questões de humanidade, traz lucros sociais.

⁸⁹ O alcance da aplicação do princípio da precaução é amplo, embora o objetivo seja idêntico ao do princípio da prevenção: antecipar-se à ocorrência das agressões ambientais. O objetivo do princípio da prevenção é impedir que ocorram danos ao meio ambiente, concretizando-se, portanto, pela adoção de cautelas, antes da efetiva execução de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais.

⁹⁰ A tese de doutorado de Sandoval Silva aborda como especificar os direitos sociais definindo sua determinabilidade e divisibilidade.

preciso encontrar uma saída que possa diminuir a distância entre os preceitos constitucionais e a realidade fática da população, incluindo estudos empíricos que podem auxiliar na tomada de decisões dos gestores e no convencimento de que o investimento na prevenção significa, não só aumentar gastos, mas otimizar a aplicação de recursos, para obter, além do ganho econômico, o ganho social. Mudanças devem ser adotadas para viabilizar a lógica da prevenção na saúde, incluindo a realização de estudos de sobre os valores a serem empregados para alcançar níveis ideais de ações de promoção da saúde e de prevenção de doenças, já que a doença uma vez instalada, repercute em toda a esfera familiar, seja no aspecto físico, seja no aspecto mental, gerando nessa unidade familiar consequências cíclicas difíceis de serem mensuradas, da mesma forma que uma família saudável gera consequências diretas e indiretas seja na família como na sociedade, influenciando a esfera econômica.

Por fim, é importante destacar o que foi preconizado por Amartya Sen (2000), Nobel de Economia: o verdadeiro desenvolvimento encontra-se mais na qualidade de vida do ser humano do que no aumento da produção de riquezas. Para o autor, o desenvolvimento de um país depende das oportunidades que ele oferece ao povo de poder fazer suas escolhas e exercer a sua cidadania. Para isso é preciso que a população tenha autonomia e para tanto, a saúde física é o vetor necessário a esse desenvolvimento que somente será atingido se a saúde estiver em ótimas condições. Uma população doente não garante produção de riqueza.

3.2.3 A saúde preventiva por meio do Programa Saúde da Família

As discussões sobre a saúde preventiva na judicialização da saúde ainda são incipientes. Pode-se destacar a audiência pública convocada para o julgamento da STA 175, houve um debate nacional de forma dialógica⁹¹, mas os especialistas não abordaram o tema.

Em relação às políticas públicas, tem-se o programa Estratégia da Saúde da Família⁹² e o programa de prevenção e controle dos agravos nutricionais. Ambos são programas voltados mais especificamente para a prevenção, são mais abrangentes e mais integrativos, envolve a

⁹¹ Nessa pesquisa entende-se que o debate ocorrido na audiência foi uma forma dialógica não deliberativa de discutir o direito a saúde. E apesar e não existir obrigatoriedade de seguir o resultado da audiência, no entanto, a discussão dá legitimidade à decisão.

⁹² Para os fins desta pesquisa, optou-se por analisar o programa do governo federal Estratégia da Saúde da Família, que executa ações de saúde preventiva de abrangência no território brasileiro. O objetivo é demonstrar a importância da prevenção. Por certo que nem todo o programa Estratégia Saúde da Família está voltado para a saúde preventiva, mas a relação estreita da população com profissionais da saúde em ações diretas, como visitas domiciliares, requisições de exames, orientações sanitárias, informações básicas de saúde, são ações diretas de prevenção. Com tais medidas, é possível congrega as duas dimensões da saúde: a curativa e a preventiva.

comunidade, a educação e a adoção de medidas que influem diretamente nos hábitos da comunidade (BRASIL, 2011a)⁹³.

Como já destacado anteriormante o historiador da medicina Sigeris, em 1945, definiu quatro funções da medicina: promoção da saúde, prevenção da doença⁹⁴ e restauração do doente e reabilitação⁹⁵, foi à primeira vez que se ouviu o termo “promoção da saúde” que implica um conceito mais abrangente de saúde, pois insere a relação entre o homem e o meio ambiente. Essa subdivisão sofreu modificações e hoje se busca identificar, a partir da história da doença, os níveis de prevenção conhecidos como: prevenção primária, secundária e terciária. Na prevenção primária, tenta-se evitar a doença atuando nas causas, recorre-se à vacinação, ao tratamento da água para consumo, a medidas de desinfecção e desinfestação ou a ações para prevenir infecções. Há dois níveis de prevenção primária: a promoção da saúde e proteção específica. A promoção da saúde requer a contínua busca da identificação dos determinantes do processo saúde-doença e significa adotar medidas para se desenvolver uma saúde ótima. São medidas de promoção a saúde: educação sanitária; bom padrão de nutrição, ajustado às várias fases de desenvolvimento da vida; atenção ao desenvolvimento da personalidade; moradia adequada, recreação e condições agradáveis de trabalho; aconselhamento matrimonial e educação sexual; genética; exames seletivos periódicos. O segundo nível da prevenção primária significa uma proteção específica contra agentes patológicos ou estabelecimento de barreiras que evitem atuação de agentes do meio ambiente. É aplicável a uma doença visando interceptar as causas da mesma, significa o uso de imunizações específicas; atenção à higiene pessoal; hábito de saneamento do ambiente; proteção contra riscos ocupacionais; proteção contra acidentes; uso de alimentos específicos; proteção contra substâncias carcinogênicas; evitação contra Alérgenos. (CZERESNIA, 2003, p.5). O estudo das doenças levou ao conhecimento

⁹³ Em 2014, havia os seguintes programas federais relacionados à saúde: Academia da Saúde; Amamenta e Alimenta Brasil; Bolsa Família; Brasil Sorridente; Consultório na Rua; Doenças Crônicas; Estratégia Saúde da Família; SUS-Atenção Básica; Melhor em Casa; Núcleos de saúde da Família (NASF); Programa Nacional de Melhoria do Acesso e da Qualidade (PMAQ); Práticas Integrativas e Complementares; Prevenção e Controle dos Agravos Nutricionais; PRODESP; Promoção da Saúde e da Alimentação Adequada; Programa Nacional de Suplementação de Vitamina A; Requalifica UBS; Rede Cegonha; Saúde na Escola (PSE); Tele Saúde.

⁹⁴ De acordo com o autor citado a prevenção da doença era considerado um pilar da medicina, que visa evitar enfermidades, buscando detectar precocemente os agravos, fatores de risco e causas que hoje é dividido em primária, secundária, terciária e quaternária.

⁹⁵ O outro pilar citado pelo autor, denominado de restauração do doente e reabilitação, com o avanço da prevenção acabou por estar vinculada a prevenção terciária que tem como objetivo o de recolocar o indivíduo em uma situação de utilidade na sociedade, sendo que a reabilitação depende além da responsabilidade do médico de adequados meios nos hospitais e na comunidade e abrange entre outras coisas a integração do indivíduo em ocupações especiais, o pleno emprego das potencialidades, a terapia ocupacional em hospitais (LEAVELL; CLARK. 1978, p.23).

A subdivisão da prevenção em primária, secundária e terciária, tem vinculação com a própria história da natural da doença, portanto, da limitação de cada fase de prevenção o que acabou por abarcar no pilar da prevenção da doença, a própria restauração do doente e reabilitação. Portanto, não foi possível nessa pesquisa separar esse pilar da prevenção da doença desvinculada a prevenção terciária.

das moléstias epidêmicas e contagiosas que antes eram feitas em bases empíricas e a possibilidade de atuar para evitá-las.

Na prevenção secundária, identifica-se e corrige-se o mais rápido possível qualquer desvio na saúde, ajustando da melhor forma o indivíduo, evitando-se a prevalência da doença. São dois os níveis da prevenção secundária: o primeiro é o diagnóstico e o tratamento precoce; o segundo é a limitação da invalidez, como nos casos das infecções e neoplasias que possuem cura ou nos casos em que não há cura e há prevalência da doença (diabete e hipertensão, por exemplo) – age-se, portanto, quando começa a interação entre hospedeiro-agente e começam as alterações fisiopatológicas. Na prevenção terciária, adota-se um conjunto de ações que reduzem a incapacidade para oferecer melhor qualidade de vida ao indivíduo, aproveitando a saúde ainda existente (CZERESNIA, 2003, p. 6) e (NICOLICH; ROCHA, 2004, p. 30).

O controle periódico feito por meio de exames clínicos e laboratoriais e as informações sobre higiene e saneamento, aliados à complementação de medicamentos e vitaminas, ajudam a debelar males e a evitar as doenças que podem instalar-se e comprometer a saúde do indivíduo. Infelizmente no Brasil ainda é baixa a cobertura da saúde, o que afeta as condições gerais da população. Em 2013, o Brasil ocupou o 79.º lugar (em uma lista de 187 países) no *ranking* de desenvolvimento humano das Nações, com um Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 0,744, o que demonstra o quanto é necessário avançar em matéria da saúde. Nesse diapasão, o programa Estratégia Saúde da Família em muito contribui para a melhora desse índice em caso de implementação correta⁹⁶.

Foi criada a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB)⁹⁷, que compõe um conjunto de ações de saúde, de caráter individual e coletivo, que compreendendo a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde. O objetivo é desenvolver uma atenção integral que tenha efeito na situação de saúde e na autonomia das pessoas⁹⁸, nos determinantes e condicionantes⁹⁹ de saúde das coletividades (BRASIL, 2012). A Estratégia Saúde da Família atua como forma prioritária na reorganização da atenção básica no Brasil. Atende tanto a prevenção primária, secundária e terciária. Há obrigatoriedade dos municípios de inserir a

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/brasil-eleva-idh-em-2013-2379.html>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

⁹⁷ Portaria nº 2488/2011.

⁹⁸ Doyal e Gough (1998.p.53)tratam também da saúde física, que é natural de todos os seres vivos, como alimentação, saúde etc.; a autonomia racional que é a capacidade de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento, de praticá-los sem opressão e de sentir-se responsável por suas decisões.

⁹⁹ Os condicionantes são as condições sociais em que as pessoas vivem e trabalham ou “as características sociais dentro das quais a vida transcorre”.

Estratégia Saúde da Família em sua rede de serviços como tática prioritária de organização da atenção básica. Dentre as atividades estabelecidas para os profissionais estão o mapeamento dos indivíduos/grupos vulneráveis e expostos a risco, realizar ações de educação a comunidade, promover a mobilização e a participação da comunidade buscando efetivar o controle social, entre outras. Importante destaque deve ser dado à atividade do ACS cujo foco é desenvolver atividades de promoção da saúde, de prevenção das doenças e agravos e de vigilância à saúde, por meio de visitas domiciliares e de ações educativas individuais e coletivas nos domicílios e na comunidade, para combater à dengue, malária, leishmaniose, entre outras, mantendo a equipe informada, principalmente a respeito das situações de risco, portanto, a atuação é apenas na prevenção primária e parte da secundária. As ações referentes ao programa constam no PNAB. (BRASILb. 2012.). A criação do programa vem ao encontro de se implementar uma cultura voltada para a prevenção. A sua abrangência de atuação envolve a prevenção primária (promoção da saúde e proteção específica) e prevenção secundária.

O programa foi criado em 1993 pelo governo federal para atuar na manutenção da saúde e na prevenção de doenças. Observa-se que desde sua criação já havia um viés eminentemente preventivo. De acordo com dados do *site* do Ministério da Saúde, o programa atende 103 milhões de brasileiros. A origem desse programa está em outro programa, criado em 1991, chamado Programa Agentes Comunitários de Saúde (ACS)¹⁰⁰, que tinha como objetivo reduzir a mortalidade infantil, predominantemente nas regiões Norte e Nordeste. Por meio da implementação do programa, hoje denominado estratégia¹⁰¹, ficou evidente a necessidade de considerar a família como unidade de ação programática de saúde, adotando-se a ideia de cobertura da família. O alvo, portanto, não é mais o cidadão doente. Foi introduzida a ação preventiva diretamente na família seguindo um novo modelo de atenção (BRASIL, 2011a).

O programa¹⁰² surgiu de uma reunião convocada pelo Ministério da Saúde, que contou com o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Nos dias 27 e 28 de

¹⁰⁰ Atualmente o ACS é o nome dado a quem atua diretamente na comunidade difundindo informações e orientando a adoção de medidas preventivas.

¹⁰¹ Nesse caso serão usados programa e estratégia como sinônimos.

¹⁰² É vasta a legislação que concerne à Estratégia Saúde da Família. Os atos mais importantes são: Portaria n.º 3925/GM, de 13 de novembro de 1998 (aprova o Manual para Organização da Atenção Básica); Portaria n.º 0476/GM, de 14 de abril de 1999 (estabelece indicadores da atenção básica); Portaria n.º 1444/1443/GM, de 28 de dezembro de 2000 (estabelece incentivo financeiro para a reorganização da atenção à saúde bucal prestada nos municípios por meio do Programa de Saúde da Família); Portaria n.º 267/GM, de 6 de março de 2001 (regulamenta a Portaria n.º 1444/GM e aprova as normas e diretrizes de inclusão da saúde bucal na estratégia do PSF); Decreto n.º 3.189, de 4 de outubro de 1999 (reconhece oficialmente o ACS); Lei n.º 10.507, de 10 de julho de 2002 (cria a profissão de agente comunitário de saúde e dá outras providências) (??? Jogar para rodapé.

dezembro de 1993, foi discutido o tema da saúde da família, onde se buscava incorporar novos profissionais, integrando as diversas áreas de conhecimento. Em janeiro de 1994, foram formadas as primeiras equipes, ampliando-se as atividades dos agentes comunitários. Entretanto, para os médicos, saúde estava ligada tão somente a um “ato médico”¹⁰³. Isso ia de encontro às propostas do PSF, em razão da abrangência dos profissionais e atinge a autonomia das demais profissões que atuavam na estratégia e dificultando as ações multidisciplinares na assistência em saúde (ROSA; LABATE, 2005).

O modelo brasileiro do PSF inspirou-se no canadense, sueco, cubano e inglês. Na verdade, o modelo brasileiro é uma estratégia ampla que promove e integra as atividades de saúde em um território definido, a fim de resolver um determinado problema. O propósito é reorganizar a prática da atenção à saúde em novas bases e substituir o modelo tradicional focado apenas no trabalho médico paciente desenvolvido nos consultórios, levando a saúde para mais perto da família, e com isso, melhorar a qualidade de vida de quem é atendido. O modelo aplicado compreende ações de prevenção e recuperação da saúde de forma integral e contínua. A partir dessa nova visão, as pessoas podem ser atendidas em suas casas, por diversos profissionais, como médicos, enfermeiros, agentes comunitários de saúde, passando a existir um vínculo entre os profissionais da área da saúde e os membros da comunidade, o que facilita a identificação dos problemas e na busca de soluções conjuntas para os males identificados. A Estratégia pauta-se pelos princípios básicos do SUS, da universalização, da integralidade e da participação da comunidade. A ideia da participação popular tem um significado de envolvimento e de apoio ao programa para que facilite a aderência das medidas com apoio popular¹⁰⁴. O programa é desenvolvido na unidade básica da saúde que está

Importante destacar que as experiências tenderam a estimular a participação de membros da população nas atividades dos programas para atender a comunidade (GIOVANELLA; MENDONÇA, 2013, p.115).

¹⁰³ O ato médico é o conjunto das atividades de diagnóstico, tratamento, encaminhamento de um paciente e prevenção de agravos ao mesmo, além de atividades como perícia e direção de equipes médicas. Diversos países já elaboraram suas legislações sobre as competências dos profissionais de Medicina e agora os médicos brasileiros reivindicam especificação de funções.

¹⁰⁴ Apesar de Friedman (1993, p. 128-129) estar se reportando a teoria do “constitucionalismo popular moderado” que é contrário a ideia de que a lei é sempre majoritária e de que a Corte é sempre contramajoritária, em razão da necessidade aprovação popular que o Poder Judiciário precisa representando a submissão da interpretação constitucional ao significado dado pela atual maioria, assim, os casos difíceis de concretização das normas constitucionais transformar-se-iam em política comum. Da mesma forma é possível perceber na política pública instituída pelo Poder Executivo “saúde da família” a necessidade do apoio popular para que haja submissão as regras estabelecidas. Para tanto, deverá haver idas e vindas, no que denomina de círculos concêntricos de influência no Judiciário entre os outros juízes do colegiado, nas instâncias inferiores do Judiciário, nos outros poderes e da opinião pública. Está aqui apenas realizando um exercício para mostrar que o apoio/participação popular, difundido na teoria do ator tem abrangência em várias áreas.

estruturada com base nos seguintes princípios: caráter substitutivo¹⁰⁵, integralidade¹⁰⁶ e hierarquização, territorialização¹⁰⁷, cadastramento das famílias e equipe multiprofissional.

Ao longo de 15 anos, o PSF sofreu alterações seguindo diferentes concepções. Inicialmente foi idealizado como um programa de assistência à saúde, destinado às ações de prevenção, promoção e proteção do indivíduo, da família e da comunidade no contexto da Atenção Primária. Com o tempo, foi ampliado e passou a ser considerado como uma estratégia de reorientação focada no modelo assistencial, porém mais dirigido para a Vigilância da Saúde (Cuidado Saúde da Família, p. 114). Trabalhando dessa forma é possível solucionar 85% dos problemas encontrados na população, prevenindo doenças, evitando possíveis internações. A grande diferença é o enfoque: se sai da saúde curativa, passa-se para a saúde preventiva. Abandona-se, portanto, a doença como foco, para prevenir doenças, promover saúde como prioridade, para a penas num segundo plano se reabilitar a pessoa e a família. Com uma equipe multidisciplinar, o PSF tem um alto grau de cooperação¹⁰⁸ e de complementaridade dos profissionais, com tomada de decisões e planejamento conjuntos, levando a uma responsabilidade compartilhada. Além disso, os profissionais levam em consideração a realidade da localidade em que atuam. Para tanto, há a necessidade de avaliação contínua dos pacientes e de seu *habitat*¹⁰⁹.

A Estratégia Saúde da Família foi um grande avanço para a saúde preventiva, não somente por tirar o foco da doença, mas especialmente por considerar o ambiente natural da população e a interferência dos profissionais nesse local com medidas sanitárias que visam criar essa barreira entre o agente e a doença.

A implementação do programa tem haver com a própria política do SUS que mudou a concepção da saúde, agora pautada pela vigilância da saúde. O novo modelo aponta como diretriz a prevenção da saúde, e a mudança de concepção exige uma visão mais coletiva. Nos cuidados com a saúde, todos – gestores, usuários e profissionais – são corresponsáveis pelo avanço e pela mudança de enfoque da saúde com um olhar para a prevenção primária, sem,

¹⁰⁵ O caráter substitutivo remete a uma nova abordagem: tradicionalmente, o paciente busca o hospital; passa-se agora para a solução de problemas, a prevenção de doenças e a promoção da qualidade de vida, sem que isso necessariamente implique a criação de novas unidades de saúde.

¹⁰⁶ A integralidade é concebida, legal e institucionalmente, como um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, em cada caso, nos níveis de complexidade do sistema.

¹⁰⁷ De acordo com a territorialização, a população é vinculada a uma área territorial definida, onde é realizado o cadastramento da população. A família é atendida por uma equipe multiprofissional formada por no mínimo um médico, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e seis agentes comunitários de saúde. Poderá ainda haver outros profissionais, como dentistas, assistentes sociais etc.

¹⁰⁸ Importante viés do programa com o tema do diálogo vez que há uma interação constante entre os profissionais e a comunidade e entre os próprios profissionais.

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/ssaude/saudepessoal/dasp/pgm-saude-fam-historico.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2014.

contudo, deixar de reconhecer a importância da saúde secundária e terciária. A atuação na promoção da saúde e proteção específica (primária) é possível atuar e diminuir as demandas reprimidas em razão do grande número de pessoas doentes (terciária). Para tanto, é preciso que se considere a integralidade para que todos sejam atendidos¹¹⁰ e em todos os níveis de atenção. É preciso ainda garantir o acesso à tecnologia necessária para a resolução dos problemas da saúde preventiva.

A formação profissional dos envolvidos na prevenção é de vital importância e tem sido um dos grandes desafios da política do SUS, considerando a necessidade de integração das informações e das práticas humanizadas. A formação dos profissionais da área da saúde tem de ser baseada no ensino, na gestão, na atenção e no controle social, valorizando a troca de conhecimentos e a cooperação, envolvendo vários ramos da sociedade (ASSIS, 2010).

Uma das atribuições da equipe de Saúde da Família, segundo a Política Nacional de Atenção Básica (BRASIL, 2012) é desenvolver ações educativas que possam interferir no processo de saúde-enfermidade no âmbito individual e coletivo para que seja garantida a qualidade de vida. As equipes vinculadas ao PSF devem atender apenas a saúde primária, não são responsáveis pela saúde integral da população, como evidenciado no Relatório da OMS (2008, p. 59). Cada equipe da saúde da família deve tratar no máximo 4000 pessoas, mas, é recomendada uma média de 3000 pessoas, observado sempre o grau de vulnerabilidade para definir o número de pessoas atendidas: quanto maior o número de pessoas vulneráveis, menor o número de pessoas que serão atendidas. O número de agentes comunitários de saúde (ACS) deve ser suficiente para cobrir 100% da população que realizou o cadastramento. Deve haver o máximo de 750 pessoas por ACS e de 12 ACS por equipe de Saúde da Família. Assim, há um limite individual (750 por ACS) e um coletivo (4000 por equipe), portanto, quanto mais ACS houver melhor será o desenvolvimento da política pública. Os profissionais devem estar vinculados a apenas uma Estratégia da Saúde da Família, com exceção apenas para os médicos, que poderão estar vinculados a duas estratégias com carga horária máxima de 40

¹¹⁰ Sempre considerando a ideia da justiça distributiva. As demandas coletivas na área da saúde preventiva apresentam diversas vantagens em comparação com as ações individuais: prestigiam a igualdade, pois em regra afetam muitas pessoas; permitem uma visão mais global da problemática, pois a instrução processual, sendo mais complexa, permite analisar os argumentos da reserva do possível e a programação da política; ao mesmo tempo que permite enfrentar o núcleo do problema, fortalecendo a política pública de saúde do SUS, evitando medidas apenas paliativas e, por conseguinte, serve de indicativo ao poder público, da necessidade de ajuste da política instituída. No processo coletivo, o juízo exerce atividade de mediador, árbitro e indutor do processo, conduzindo uma negociação para que se alcance a solução mais viável. Ademais, quando se trata da saúde preventiva, é imprescindível que a solução seja fruto da mediação e de uma interação com um maior número de participantes, e isso somente é possível por meio de uma ação coletiva (SOUZA, 2013, p. 298). A falta de percepção da relevância da tutela coletiva pelo judiciário vem criando uma situação paradoxal com uma retração de atuação para a tutela coletiva ao mesmo tempo cria uma preocupação de gerir a quantidade de casos idênticos (ARENHART. 2013.p.77)

horas semanais. A estratégia também estabelece o quantitativo de equipes por número de habitantes nos municípios.

Uma importante estratégia do PSF diz respeito à ação específica destinada à população ribeirinha da Amazônia Legal e do Pantanal Sul Mato-Grossense: as Equipes de Saúde da Família Ribeirinhas (eSFR) desempenham a maior parte de suas funções em unidades básicas de saúde construídas ou localizadas nas comunidades pertencentes à área adstrita, à qual se tem acesso por meio fluvial; as Equipes de Saúde da Família Fluviais (eSFF) desempenham suas funções em Unidades Básicas de Saúde Fluviais (UBSF) (BRASIL, 2012.p.68). Essas equipes têm mais condições de desenvolverem junto da comunidade ações sanitárias fortalecendo a difusão de medidas preventivas que evitam que a doença se instale e demande a necessidade de atendimento de média e alta complexidade. Assim, os ACS tem função primordial por estarem diretamente ligados a ação de promoção da saúde e proteção específica, viés eminentemente preventivo.

Há ainda o Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF), que ajuda a ampliar a abrangência e o escopo das ações da atenção básica, assim como a sua resolubilidade. As equipes dos NASF são formadas por profissionais sanitaristas que devem auxiliar no apoio institucional, analisando os casos, intervindo nos riscos coletivos e nas vulnerabilidades observadas e participando das discussões sobre os indicadores de saúde (BRASIL, 2012.p.69-75). No entanto, essas equipes também de multiprofissionais não fazem atendimento individual e coletivo, mas sim os profissionais que atuam no PSF, mas fortalecem o diálogo entre os profissionais como forma de fortalecer o sistema da saúde da família.

Assim, as equipes devem colaborar para que o atendimento do SUS seja ampliado na parte clínica, aumentando ainda a possibilidade de análise dos problemas e de intervenção nas necessidades de saúde, inclusive no aspecto sanitário. As ações das equipes do NASF incluem: discussão de casos, atendimento conjunto ou não com as equipes de Saúde da Família, interconsulta, construção conjunta de projetos terapêuticos, educação permanente, intervenções no território e na saúde de grupos populacionais e da coletividade, ações intersetoriais, ações de prevenção e de promoção da saúde, discussão do processo de trabalho das equipes etc. As equipes do NASF além do diálogo entre os profissionais desenvolvem focam suas atividades em fortalecer a prevenção da saúde.

Quando se analisam os dados referentes ao PSF no *site* do Ministério da Saúde, observa-se que há municípios com boa cobertura e outros que ainda não recebem a cobertura do programa. Portanto, ainda há muito a ser feito para ampliar a cobertura do PSF¹¹¹.

Quadro 3 – ACS e Equipe Saúde de Família 2002- 2010 a 2015

ANO	ACS	EQS	REPASSADOS MUNICÍPIOS (R\$)
2002	175.463	16.734	5.000,00
2010	244.883	31.660	2.844.254.800
2011	250.607	32.295	3.002.609.550
2012	257.265	33.404	3.287.446.293
2013	257.936	34.715	3.248.884.580
2014	265.696	39.229	-

Fonte: Ministério da Saúde

Esses valores representam um aumento na cobertura populacional: 52,61% em 2002 e 64,01% em 2014. Importa observar que houve uma queda em relação à cobertura de 2012, que era 65,04%¹¹².

Observa-se um aumento expressivo na cobertura populacional das equipes saúde da família: 31,92% em 2008 e 60,17% em 2014. Houve ainda um aumento no número de Núcleos de Apoio à Saúde da Família: eram 395 em 2008 e 3.107 em 2015. Com o aumento expressivo em relação ao número de ACS e de equipes, houve uma ampliação das ações de prevenção, seja por meio da promoção da saúde ou prevenção específica. No entanto, não há estudos (ou pelo menos não foi localizado) que indiquem o impacto da política pública na redução dos indicadores sociais ou ainda da repercussão da prevenção da saúde na saúde curativa. Por outra banda também não foi encontrado nenhuma informação sobre as pessoas que não possuem cadastros no programa saúde da família.

Quadro 4 – Cobertura Populacional – 2002- 2010 a 2015

ACS - Agentes Comunitários de Saúde	2002	2010	2011	2012	2013	2014
Cobertura Populacional	52,61%	63,17%	64,06%	65,04%	64,74%	64,01%
Estimativa de cobertura	90.690.464	119.841.804	122.189.034	125.119.788	125.119.788	128.694.369
Municípios com ACS	5.076	5.383	5.404	5.425	5.436	5.492
Número de ACS	175.463	244.883	250.607	257.265	257.936	265.698
População	172.385.826	191.575.774	190.755.799	192.379.287	193.976.530	193.976.530

Fonte: Ministério da Saúde

Em 2000, foi realizado estudo acerca da Estratégia Saúde da Família no Brasil, foram analisados dados de 10 municípios de mais de 100.000 habitantes, em quatro regiões do

¹¹¹ Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

¹¹² Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

Brasil. Esse estudo mostra a evolução do programa. Conclui-se que 90% dos usuários conheciam a unidade de saúde e consideravam que o local era de fácil acesso, de trem ou a pé. A maioria das famílias (90%) teve acesso aos serviços na unidade. Importante destacar que, de acordo com a pesquisa, a maioria dos atendimentos foi emergencial, ou seja, saúde curativa, apesar do caráter preventivo do programa (BRASIL, 2011b).

Em relação às equipes, foi constatado que a equipe multiprofissional do programa dispensou atenção integral, tendo em vista a inclusão social. Embora o nível de estudos dos agentes comunitários tenha superado o exigido – saber ler e escrever –, a formação dos profissionais de saúde de nível superior em atenção básica foi considerada baixa. Em seis municípios, menos de 30% dos profissionais em saúde coletiva ou saúde da família tinha formação superior. Quanto às novas práticas relacionadas à integralidade da atenção prestada, a equipe preocupou-se com o reconhecimento do ciclo de vida, identificando as necessidades de saúde, verificando as condicionantes de saúde, como coleta de lixo, abastecimento de água, esgotamento sanitário, matrícula de crianças na escola. No entanto, embora a maioria dos profissionais de saúde de nível superior afirme fazer intervenções preventivas, a aderência à saúde preventiva ficou entre 45% e 54%, índices considerados baixos (BRASIL, 2011b).

Outro aspecto relevante no estudo é mostrar que os profissionais têm uma visão do programa mais otimista que os usuários. Assim, mais da metade dos profissionais informou conseguir agendar serviços ambulatoriais de média complexidade sempre ou na maioria das vezes. Já segundo as famílias, a realização de exames apresentou dificuldades importantes: das oito cidades em que foi feita a pesquisa sobre as famílias, cinco relataram dificuldades para agendar exames. Observa-se que 70% a 90% dos profissionais comprometidos participaram de atividades itinerantes, como visitas domiciliares e reuniões com a comunidade, o que demonstra que existe uma rotina de promover a saúde. Tal atividade é prioritária dos agentes de saúde, que atuam em 90% dos casos. As principais ações das equipes da Saúde da Família estão reunidas em sete grupos: saúde da criança, saúde da mulher, controle da hipertensão, controle do diabetes, controle da tuberculose, eliminação da hanseníase e saúde bucal. Nos centros urbanos, observou-se a existência de doenças crônicas¹¹³ entre 50% a 67%, sendo a pressão arterial e o diabetes foram às doenças com maiores referências (BRASIL, 2011b). Nesses casos de doenças crônicas a prevenção secundária exerce uma importância singular, vez que partir de práticas de medidas preventivas

¹¹³ Uma doença crônica é uma doença que não é resolvida num tempo curto, definido usualmente em três meses. As doenças crônicas são doenças que não põem em risco a vida da pessoa num prazo curto, logo não são emergências médicas. No entanto, elas podem ser extremamente sérias.

envolvendo alimentação saudável, prática de exercício físico, exames periódicos é possível evitar agravamento que levem a necessidade de se adotar medidas preventivas terciárias.

Importante destaque deve ser feito a dificuldade que se tem de obter dados sobre o quantitativo de pessoas atendidas pelo programa Saúde da Família. O que se encontrou foi uma estimativa de cobertura populacional.

Como se pode constatar, o PSF é um programa abrangente, que exige um esforço conjunto do Estado, dos profissionais e da sociedade civil. Na nova forma de execução do PSF, os profissionais de saúde aplicam seus conhecimentos não apenas com o objetivo de curar as doenças instaladas, mas, sobretudo de levar informações à população e melhorar a condição de vida e evitar a instalação de doenças. Olhando não a pessoa isoladamente, mas toda a unidade familiar é possível avançar na saúde preventiva, reduzindo os males que ainda assolam a população. Cumpre examinar os índices de doenças que poderiam ser evitadas, se houvesse mais foco na prevenção, ainda que fosse à prevenção da secundária.

Ao se examinar os dados referentes à tuberculose (2008 -2012) é possível verificar que ainda há um alto índice da taxa de incidência da doença. Por 100.000 habitantes os índices assim se comportaram: de 2008, 38,85%; 2009, 38,07%; 2010, 37,54; 2011, 36,99; 2012, 35,73% ¹¹⁴. Importante destacar que a forma de prevenção da tuberculose é feita principalmente através da vacinação. A vacina B.C.G (Bacilo de Calmette e Guérin), não possui eficácia de 100%, mas permite reduzir o número de casos de tuberculose ¹¹⁵.

Observa-se que, embora as taxas de incidência tenham diminuído ano após ano, a diminuição é muito pouca, o que pode representar ausência de políticas preventivas e efetivas para doenças que ainda acometem muitas pessoas e consomem recursos importantes da saúde, que poderiam estar sendo aplicados em outras áreas mais críticas ou aplicados em políticas de saúde preventiva para evitar esses tipos de enfermidades.

A mesma análise pode ser feita em relação à malária (2008 -2012) é possível verificar que ainda há um alto índice da doença. Por 100.000 habitantes os índices assim se comportaram: número de casos de malária em 2008, 309.256; 2009, 301.979; 2010, 326.025; 2011, 260.779; e 2012, 234.995; tendo sido efetuado tratamento em 2008, em 56,8%; 2009, 58,24%; 2010, 58,42%; 2011, 62,52%; 2012, 57,18% dos casos ¹¹⁶. A malária pode ser prevenida com a proteção adequada contra mordidas de mosquito como vestir a roupa coberta, a utilização de uma rede de mosquito e a utilização de um repelente de insetos

¹¹⁴ Fonte: IBGE. Sistema de Informações de Agravos de Notificação (SINAN)

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.criasaude.com.br/N2818/doencas/tuberculose/prevencao-tuberculose.html> Acesso 12 jun. 2015.

¹¹⁶ Fonte: SIVEP-Malária/SISMAL/SIM/SINAN/SIH/SUS/IBGE.

ajudam em impedir mordidas. A vacinação Completa das mordidas não é possível, contudo o número de mordidas pode ser reduzida tanto quanto possível, é possível ainda a utilização da medicação prescrita antes, durante e depois do curso é importante na prevenção de adquirir infecções¹¹⁷.

Ao examinar os dados referentes à dengue (2008 -2012) é possível verificar que ainda há um alto índice da doença. Por 100.000 habitantes os índices assim se comportaram: número de casos de dengue em 2008, 262,42; 2009, 333,65; 2010, 212,16; 2011, 530,26; 2012, 397,14; e 2013, 304,56; tendo sido notificado em 2008, 80,13%; 2009, 83,88%; 2010, 84,3%; 2011, 84,8%; 2012, 87,66%; e 2013 (não há dados) dos casos¹¹⁸. A melhor forma de se evitar a dengue é combater os focos de acúmulo de água, locais propícios para a criação do mosquito transmissor da doença. É importante não acumular água em latas, embalagens, copos plásticos, tampinhas de refrigerantes, pneus velhos, vasilhinhos de plantas, jarros de flores, garrafas, caixas d'água, tambores, latões, cisternas, sacos plásticos e lixeiras, entre outros¹¹⁹.

Para dengue, os dados relativos a 2013 não constam no *site* do Ministério da Saúde. Verifica-se que, em 2011, houve um aumento expressivo no número de casos, número que se reduziu no ano seguinte, embora não tenha chegado ainda aos patamares de 2008.

Quanto à febre amarela, em 2008 houve 47 casos. Já para 2011, não consta registro de nenhum caso no *site* do Ministério da Saúde. Da análise dos dados, infere-se certa constância nos números, o que confirma que as políticas públicas em determinadas áreas precisam ser aprimoradas para diminuir contínua e efetivamente a incidência desses males na população.

O combate ao mosquito transmissor é fundamental para a prevenção da doença, há ainda a vacinação que é considerada pela OMS a principal e mais eficaz forma de lutar contra a febre amarela. A vacina da febre amarela é constituída pelo vírus atenuado. A OMS diz que a imunidade é adquirida em 30 dias em 99% dos vacinados. A vacina da febre amarela é recomendada para pessoas que pretendem viajar a áreas de risco¹²⁰.

As referidas doenças são usadas como exemplo em razão de que há atuações específicas da atenção básica desenvolvida pelas equipes da saúde da família e que apesar do destaque que é dado na política pública, ainda há altos índices de incidências de doenças que poderiam ser mais bem controladas com ações de prevenção. Muitas dessas doenças poderiam

¹¹⁷ Disponível em: [http://www.news-medical.net/health/Malaria-Prevention-\(Portuguese\).aspx](http://www.news-medical.net/health/Malaria-Prevention-(Portuguese).aspx)> Acesso em: 13 de jun. 2015.

¹¹⁸ Fonte: SIVEP-Dengue/SISMAL/SIM/SINAN/SIH/SUS/IBGE.

¹¹⁹ Disponível em: <http://www.tuasaude.com/prevencao-da-dengue/> Acesso em: 13 de jun. 2015.

¹²⁰ Disponível em: <http://www.criasaude.com.br/N4525/doencas/prevencao-febre-amarela.html> Acesso em: 13 jun. de 2015.

já ter sido debeladas se houvesse uma atuação mais agressiva na prevenção e nesse diapasão o programa saúde da família seria o vetor para implementar as referidas medidas.

Sem dúvida que a atuação da equipe multiprofissional que desenvolve as atividades de Saúde da Família é imprescindível para o sucesso do programa, cada profissional assumindo uma função específica, mas compartilhando trabalho, tendo em vista o combate de determinadas doenças previsíveis. Em pequena síntese, cabe ao enfermeiro velar pela saúde daqueles que estão cadastrados, realizar consulta de enfermagem, procedimentos, atividades em grupo, solicitar exames complementares, prescrever medicações, gerenciar insumos e encaminhar os usuários a outros serviços. A esse profissional também é atribuída a educação permanente das equipes de enfermagem, o gerenciamento e a avaliação, especialmente do agente comunitário de saúde (ACS). O médico é o profissional que promove a saúde, prevenindo, diagnosticando e tratando doenças; a ele também é dada a responsabilidade pelo acompanhamento do plano terapêutico do usuário. O médico, assim como o enfermeiro, deve participar das atividades constantes de educação das equipes de saúde. O agente comunitário de saúde exerce o papel de “elo” entre a equipe e a comunidade (BRASIL, 2011b).

O ACS busca informações sobre a saúde da comunidade à qual está vinculado; por meio de visitas, coleta informações que permitem diagnosticar e dimensionar os problemas de saúde. Também é responsável pelos cadastros das famílias ligadas ao PSF e pela orientação das famílias quanto à utilização dos serviços de saúde. Os ACS orientam as famílias em ações educativas para promover e prevenir a saúde, fazendo pelo menos uma visita por mês, dependendo da vulnerabilidade dos casos. Também são responsáveis pelo acompanhamento das condições do Programa Bolsa Família ou de outro programa similar. Portanto, o papel do ACS é central no desenvolvimento do PSF especialmente quando se está buscando um viés da prevenção, visto que sua participação é focada na promoção da saúde e proteção específica vinculada à prevenção primária. Sua participação é o grande diferencial entre os modelos testados, uma vez que a atuação dos ACS é permanente e direta na comunidade¹²¹ (BRASIL, 2011, p. 55). Por lei, o ACS exerce atividades de prevenção de doenças (proteção específica) e de promoção da saúde, mediante ações domiciliares ou comunitárias, individuais ou coletivas, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do SUS. Em razão da singular importância do papel do ACS e da forma de acesso ao programa, há inúmeras demandas judiciais versando sobre a forma de contratação desses profissionais. Alguns municípios

¹²¹ A atividade dos ACS foi regulamentada por meio da Emenda Constitucional n.º 51, pela Lei n.º 11.350 e pela Emenda Constitucional n.º 63, em que foi determinada a possibilidade de contratação do ACS por processo seletivo.

utilizam contrato temporário para a contratação¹²², apesar de a lei apenas excepcionar essa forma de contratação em caso de combate a surtos epidêmicos. Outra forma de contratação tem sido o processo seletivo simplificado público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e os requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme determinado na Lei n.º 11.350/2006¹²³.

Outro profissional de grande importância na saúde preventiva é o técnico e auxiliar de enfermagem a quem cabe realizar procedimentos regulamentados no exercício de sua profissão com a supervisão do enfermeiro. O cirurgião-dentista é o profissional de saúde capacitado na área de odontologia, realizando ações de saúde de forma multidisciplinar. O trabalho desse profissional é desenvolvido juntamente com o técnico em saúde bucal individual e coletiva, sempre tendo em vista a promoção da saúde e a prevenção de doenças. Cumpre dar destaque ao Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF), composto por profissionais de diferentes áreas de conhecimento que trabalham ao lado das demais equipes de Saúde da Família, Atenção Básica para populações específicas e com o Programa Academia da Saúde. Entre as diversas atribuições desses profissionais, estão a definição de indicadores e metas que avaliem suas ações, a definição de uma agenda de trabalho que privilegie as atividades pedagógicas e assistenciais, além de ações diretas e conjuntas com a ESF no território (BRASIL, 2011b).

O PSF é bem abrangente, compreendendo muitas ações que atuam preventivamente na saúde, mas não somente. No entanto, apesar da evolução que ocorreu, ainda falta aumentar a cobertura do programa na área preventiva para evitar o agravamento de males, que sob a perspectiva de Doyal e Gough (1991, p.50) são os (males) que podem ocasionar graves danos (*serious harm*) à saúde física e mental como sendo os impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva de os seres humanos viverem física e socialmente em condições de poder expressar sua capacidade ativa e crítica.

A estratégia tem repercussão nos indicadores de saúde, apesar das limitações existentes, como formação inadequada dos profissionais, número reduzido de médicos, falta de recursos e de condições de trabalho, falta de compreensão dos próprios gestores sobre a estratégia. É preciso ampliar a cobertura, melhorar a articulação, a comunicação e a capacidade de coordenação dos cuidados, estabelecendo mais diálogo com a comunidade e criando uma imagem positiva na população, para que haja mais efetividade na implantação

¹²² STF. Primeira Turma. ARE 791600 AgR/PE. Relatora: Min. Rosa Weber.

¹²³ AgRg no CC 136320/RS. Agravo Regimental no conflito de competência 2014/0252262-2. Relator: Min. Mauro Campbell Marques.

dos serviços públicos ofertados e seja alcançada uma saúde universal, equitativa, de qualidade, que possa influir na condição social da comunidade.

O que se pode constatar, apesar da importância do programa, a sua universalidade do sistema está fragmentada e desarticulada no âmbito interno do sistema público e na cadeia que organiza todo o sistema. A promoção da saúde não deve chegar quando a doença se instalou, pois é contrária a própria diretriz do sistema, pelo que é necessário reorientar as políticas de saúde e os serviços de saúde públicos e privados, especialmente porque a saúde deve ser considerada um bem comum¹²⁴ e para tanto, deve ser tratado como tal, sendo o Estado responsável pela sua regulação e controle e a observância de suas diretrizes de prevenção.

Deve-se dar destaque a importância da atividade do ACS no programa pois é por meio dele que se vincula a política e a comunidade. Essa aproximação vem permitindo um diálogo entre a comunidade e o poder público com o objetivo de difundir medidas sanitárias que sirvam de barreiras para a instalação da doença.

A apresentação das principais características do programa se deu em razão de que o caso de judicialização apresentado no item 5.5.3 envolve o programa.

Em razão das dificuldades em se concretizar o direito a saúde a população vem buscando o poder judiciário para solucionar o conflito, no entanto, essa transferência vem ocorrendo sob o viés de muitas críticas, para tanto se buscará apresentar uma terceira via que se afaste da extremidade bipolar entre o poder judiciário e poder legislativo.

¹²⁴ Bem comum é algo substancial ou material, e não um ideal comum em um mundo social e político, em que cada indivíduo ou grupo pode ter legitimamente uma ideia de bem como fim último de sua vida. (LOPES, 2006, p. 142).

4 CONTROLE JUDICIAL DIALÓGICO

4.1 ENTRE INTERFERÊNCIA E ATUAÇÃO DIALÓGICA

Parte do debate sobre a judicialização da política se foca na ideia de usurpação das funções do soberano (majoritário), o povo, que é o único legítimo, e que somente poderia ser exercido pelo Poder Legislativo, seu legítimo representante. É nesse contexto que se pretende examinar o controle judicial, enfatizando a atuação na saúde preventiva.

A judicialização possui pelo menos duas correntes: a que entende haver uma expansão dos poderes de legislar (do Poder Legislativo) e de executar leis (do Poder Executivo) para o Poder Judiciário; a que entende que o debate de processos decisórios jurídicos e procedimentos dos tribunais passaram para a arena política, no que se tem chamado “tribunalização da política” (DIAS; DARWICH. 2011. p.17). A judicialização da política pode ser observada em alguns exemplos: o exercício, pelo Poder Judiciário, de atribuições que não são tipicamente suas; a independência do Poder Judiciário, que chega a agir contra os outros poderes; as decisões judiciais que passam a ter força normativa; o aumento da atuação dos juízes para outras interpretações, contrariando a ideia de que os juízes são neutros, imparciais; a apreciação pelo Judiciário de questões políticas; os debates no Judiciário de questões sociais. A soberania popular conferiu um papel ao Judiciário que lhe garantiu o direito de controlar o poder político. Essa mobilidade de atribuições, que aparentemente seriam de um ou de outro poder, parece ter sido prevista anteriormente na Constituição, que criou mecanismos de tutela judicial para promover a implementação de direitos e princípios que controlem o poder público (DIAS; DARWICH, 2011.p.18).

O fenômeno da judicialização, observado também em outros países, é explicado por diferentes teorias, dentre as quais se destacam a teoria conceitualista e a teoria funcionalista. Para a teoria conceitualista, a expansão da judicialização deveu-se à positivação dos direitos fundamentais nas constituições a partir da Segunda Guerra Mundial, quando não mais se concebia a democracia apenas como a regra de maioria, mas como uma democracia constitucional, que teria como premissa o respeito aos direitos das minorias. Uma variação da teoria constitucionalista veria a judicialização como uma medida de limitação do poder de um Estado amplo. As teorias funcionalistas defendem que a judicialização decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico. O próprio federalismo e o presidencialismo contribuíram para a expansão do Judiciário, levando-o a agir como um terceiro imparcial e a resolver conflitos entre poderes ou entre entes. Outras teorias mudaram o foco, não mais se

preocupando com uma cultura de direitos ou de arranjo institucional, mas com a atuação de grupos politicamente relevantes e com os conflitos sociais e econômicos. A expansão seria um seguro político, havendo uma relação entre as incertezas políticas e a expansão do Judiciário e quanto maior o temor, maior será a constitucionalização e a judicialização, impondo um limite ao sistema majoritário, evitando a ideia de que o ganhador leva tudo. Dessa forma, o Judiciário e a Democracia avançam juntas (BRANDÃO, 2012, p. 65-72).

A universalização do sufrágio, o aumento dos serviços educacionais, a difusão das informações, as deliberações no Parlamento não garantem a vitória das elites. A modificação estrutural garante a substituição da supremacia parlamentar pela supremacia judicial a fim de manter as coisas da mesma forma, retirando os princípios das elites do processo majoritário, uma vez que não são mais garantias de que as elites dominem o Parlamento, passando a ser usada a retórica da legalidade e da imparcialidade que faz com que as decisões do Judiciário mantenham tal hegemonia. Há uma interação entre as elites políticas, econômicas e judiciais. As elites políticas ameaçadas tentam manter a hegemonia, as elites econômicas consideram que a proteção constitucional, especialmente referente à propriedade e às liberdades, é um meio de limitar o próprio governo, favorecendo o mercado, e as elites judiciais tentam aumentar sua influência¹²⁵. Assim, a consolidação da democracia acabou por influenciar na expansão do Judiciário, o que gerou um contrassenso, porque é considerada antidemocrática. A conclusão é que quanto maior a força do partido político e maior a concentração do poder político no momento da democracia, menos amplo será o controle de constitucionalidade; quanto menor a força do partido dominante, mais dividido estará o poder na transição e mais amplo será o controle de constitucionalidade (BRANDÃO, 2012, p. 71)¹²⁶.

A ampliação do Poder Judiciário ocorreu tanto em relação à competência parlamentar, quanto nas políticas de ação social (inserido a saúde preventiva), o que seria a exteriorização do próprio controle de constitucionalidade, havendo a perda da autonomia do sistema jurídico e insuficiência na forma tradicional de interpretação do direito, provocando a chamada “juridificação da política”. A instrumentalização do sistema jurídico (oriundo do Estado de Bem-Estar Social) gera a juridificação, causando um paradoxo: a inflação legislativa provoca

¹²⁵ Cite-se o exemplo do *apartheid*: a maioria branca governava por meio do regime parlamentar e era vedado o controle judicial, no entanto, quando se reverteu a situação, a minoria branca passou a sustentar o controle de constitucionalidade (BRANDÃO, 2012, p. 71).

¹²⁶ Deve-se levar em consideração ainda que um grande rol de atividades – multifárias atividades – é atribuído ao Poder Executivo, de forma que mesmo as instituições majoritárias não conseguem efetivar os anseios dos grupos de interesses, seja em razão do trancamento, por exemplo, da pauta do Legislativo, seja em razão da desconfiança das virtudes, que ou só atendem a interesse próprio, ou são corruptas, o que acaba por transferir para o Judiciário a realização da agenda política. Por óbvio que tal medida só ocorre porque a instituição judicial tem maior respeito e legitimidade que os outros poderes (BRANDÃO, 2012, p. 71).

a ineficiência da lei e enfraquecimento do Poder Judiciário, que não consegue aplicar de forma universal os mais elementares direitos humanos e sociais. Há uma ampliação do espaço para argumentação e fundamentação da decisão judicial aumentando a possibilidade de decisões conflitantes, diminuindo a precisão das normas, havendo uma pressão do sistema legal pelo sistema político, causando uma explosão legal. (DIAS; DARWICH, 2011, p. 21-23).

Não se pode deixar de destacar que o direito (e, por conseguinte a aplicação do direito pelo judiciário) funciona como um freio nas democracias frente ao excesso de velocidade do Legislativo. Assim, o controle da constitucionalidade tem repercussão direta nesse efeito da judicialização, especialmente porque qualquer partido político que possua um representante tem legitimidade para exercê-lo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)¹²⁷, fazendo com que assuntos políticos possam ser discutidos no âmbito dos tribunais (BRANDÃO, 2012, p. 122).

Definir o tamanho do papel do Judiciário ante tantas demandas é tarefa que tem desafiado os doutrinadores, mas é admissível que sua ação possa ser mais intervencionista, ao mesmo tempo, limitada. Assim, naquelas situações em que o processo político (seja do Legislativo, seja do Executivo) é omissivo na implementação de políticas públicas para atingir os objetivos sociais, deve o Judiciário intervir para atender as necessidades básicas, promovendo os objetivos do Estado de Bem-Estar Social. Apesar dos grandes avanços que o Brasil tem tido nos indicadores sociais – redução da mortalidade infantil, aumento do acesso à educação, redução do desemprego, aumento da renda e criação e melhoria do SUS –, o país ainda está entre os que mais possuem desigualdades sociais. Nesse sentido, o Poder Judiciário pode contribuir muito e tem contribuído: se não garante o direito individual a cada demandante – como no caso da saúde –, pelo menos indica aos governantes que as políticas adotadas necessitam de melhorias, cumprindo também seu papel de transformador social estabelecido na constituição, concretizando o bem comum. Por certo, que deverá ser encontrado o equilíbrio nessa atuação, evitando-se a polarização entre predominância do Legislativo e predominância do Judiciário. O grande desafio é saber se a outorga de um

¹²⁷ Para destacar esse fenômeno, Vianna cita os números relativos ao controle de constitucionalidade e a sua relação com os partidos de oposição. No governo Fernando Henrique Cardoso, os partidos de oposição foram responsáveis por 63,3% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e os aliados, por 18,95%. No governo de Luiz Inácio Lula da Silva, os partidos de esquerda propuseram 6% das ADI e os de direita, 73%. Quando se analisa a atuação do Partido dos Trabalhadores, verifica-se que, na época do governo Fernando Henrique, o partido respondeu por 57% das demandas das ações, enquanto, na época do governo Lula, nenhuma ação foi proposta pelo PT. A sociedade civil, por meio de associações organizadas, também tem tido uma atuação relevante no processo de judicialização, respondendo por 24,9% das demandas, o que demonstra que diversos grupos de interesses atuam no Judiciário (VIANA, 2007, 66-70).

direito (por meio da especificação feita pelo judiciário) ao indivíduo pelo Judiciário é usurpação inconstitucional de competência dos demais poderes ou se é função imposta pela Constituição (MIRANDA, 2013, p. 100-105).

Na promoção e prevenção específica da saúde apesar de serem poucos os casos como demonstrado, a atuação do judiciário tem sido fulcral, o que indica que há um espaço de atuação que pode ser preenchido pela atividade judiciária. A saúde preventiva, nesse cenário, tem sido relegada pelos poderes e pelos órgãos de controle, que veem nela a necessidade de grandes aportes financeiros, o que limita a atuação do Executivo e do Judiciário (quando não delibera ações em razão do grande volume de recursos).

No âmbito do Judiciário, pode-se perceber uma timidez, às vezes até desconcertante, diante de casos que poderiam ter sido precursores, mas, por envolverem a prevenção e, por conseguinte a prestação de direito coletivo¹²⁸.

O Judiciário cada vez mais é procurado por instituições e movimentos populares como forma de garantir os direitos sociais, no entanto, observa-se a existência de um modelo de decisões casuísticas nos tribunais locais e nos tribunais superiores, incluindo o STF que se desviam das suas próprias teses, sem justificativa que demonstre a especificidade do caso, deixando de preservar coerência e integridade. (BRANDÃO, 2012, p. 161).

Para muitos, as decisões do Judiciário são ineficazes em razão do excesso de formalismo e de ritualismo, mas também pela falta de capacidade de lidar com os novos conflitos provocados pelas contradições socioeconômicas. A base legal não evolui na mesma proporção que as condições socioeconômicas, o que resulta em decisões estritamente legalistas. Certo ou errado, tem havido uma ampliação da legislação vigente e dos programas governamentais a partir da atuação do Judiciário (MIRANDA, 2013, p. 100-107). O Judiciário vem servindo também de grupo de pressão. No caso da judicialização da saúde é patente a influência das decisões na formulação da política pública e se utiliza como exemplo novamente a judicialização da política de prevenção ao HPV que foi julgada improcedente, no entanto, um ano após, a política foi criada.

Há quem chame essa expansão do judiciário de “ativismo judicial”¹²⁹, outros denominam “judicialização”, outros usam os termos como sinônimos apesar de algumas

¹²⁸ Essa situação ocorreu no caso da decisão sobre a vacina HPV da ACP proposta pela Defensoria Pública de Sergipe, em que, apesar dos argumentos baseados em evidências, em depoimentos de especialistas, a ação foi julgada improcedente.

¹²⁹ O ativismo judicial tem origem nos Estados Unidos com o julgamento de alguns casos de grande repercussão e iniciou de forma conservadora, visto que os reacionários encontraram na atuação proativa da Corte no amparo da segregação racial, para a invalidação das leis sociais em geral, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo

discordâncias técnicas. O ativismo é conhecido como a busca de interpretações que extrapolem a lei em sentido estrito: busca-se a igualdade mais do que a letra fria da lei. Logo, essa expressão é usada quando há uma expansão da discricionariedade do juízo, que cria ou estende um direito para promover mudanças sociais e efetivar políticas públicas. Portanto, o ativismo estaria ligado a uma escolha, a uma participação mais intensa do Judiciário (OLIVEIRA; ANJOS, 2010, p. 110). A judicialização¹³⁰, por conseguinte, seria inerente ao modelo constitucional, e não um exercício deliberado de vontade política. Assim, resta um pequeno espaço de manobra para distinguir as duas expressões, que estão numa intercessão de ampla atividade judicial: ao utilizar a discricionariedade, estar-se-á diante do ativismo; quando o Judiciário estiver dentro dos parâmetros constitucionais, haverá judicialização da política.

Observa-se que há certo sentido pejorativo na expressão “ativismo judicial”. Como a diferença entre “ativismo judicial” e “judicialização” é tênue, fica difícil no caso prático diferenciar os dois institutos. Oliveira; Anjos (2010. p. 91-110) afirmam que embora o ativismo judicial não seja *per se* uma usurpação das funções do legislativo e do executivo, ele também não deve ser celebrado de forma acrítica. A função judicial necessita de cuidadosa consideração e cautelosa execução. O ativismo judicial irrestrito pode ser um golpe mortal para a democracia. O modelo enfoca aspectos de natureza institucional, como a violação da

estatal. Já na década de 50, houve uma inversão, a Corte decidiu sobre matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros, acusados em processo criminal e mulheres, além do direito de privacidade e de interrupção da gestação. O ativismo inclui: aplicação direta da Constituição, declaração de inconstitucionalidade de atos normativos e imposição de condutas ou abstenção ao Poder Público. Nessa perspectiva, o STF tem tido uma atuação ativista. Portanto, é evidente a dificuldade de separar o instituto do ativismo e o da judicialização (BARROSO, 2008, p. 7).

¹³⁰ Na audiência pública, Ingo Sarlet ressaltou o fato de o Poder Judiciário ser acusado de causar discriminação ou efeito anti-isonômico, ao conceder medidas judiciais a quem nunca buscou administrativamente os serviços de saúde ou de beneficiar judicialmente os mais “abastados” e os mais “espertos” no famoso “carona”, referido na doutrina do *free rider effect*. Ele discorda de tais acusações, mas reconhece as distorções e os excessos das medidas judiciais, mas ressalta que a maioria dos casos refere-se a direitos que foram anteriormente negados nos serviços públicos e previstos em lei, alguns até em protocolos do SUS. Portanto, Judiciário é chamado a corrigir a exclusão promovida pelo próprio Poder Público. Mencionou também que a saúde é direito dos pobres e que a judicialização é promovida pelos mais abastados e afirma haver estudos que mostram que parte da demanda é feita pela Defensoria Pública, embora a maioria seja demandada por ONG e advogados particulares, o que “em tese” beneficiaria a elite brasileira. Tal interpretação, para o autor, seria uma perversidade, uma vez que a Defensoria Pública não está em todos os municípios; muitas vezes, quando um cidadão apresenta uma receita médica particular não significa que antes não esperou meses por uma consulta, ou meses por um atendimento, pelo que devem ser analisadas com mais cuidado tais afirmações. A mesma interpretação deve ser dada a quem busca advogados particulares. Por fim, destacou a necessidade de reforma do sistema orçamentário, incluindo o seu controle prévio até a sua execução, e reafirmou que em outros países, como, por exemplo, na Alemanha, já tem sido ampliada a disponibilidade de tratamento de saúde. O discurso do autor demonstra que a questão da saúde é muito mais complexa do que as atuais alegações obre legitimidade, separação de poderes, reserva do possível e mínimo existencial. Aliás essa pesquisa visa exatamente demonstrar essa afirmação.

democracia e a separação dos poderes, e de natureza normativista, como a instabilidade da jurisprudência e a insegurança jurídica.

Oliveira; Anjos (2010, p. 110) faz críticas ao ativismo, fala em usurpação judicial e também enfoca aspectos institucionais e normativos. Para ele, o ativismo judicial agride o majoritarismo, agride o processo democrático substantivo quando elabora políticas substantivas sem representatividade, viola a especificidade da política, uma vez que acata a política feita por juízes e não pelas agências, impossibilita a criação de alternativas, viola a estabilidade interpretativa, pois há modificação da jurisprudência, da doutrina ou da legislação, e afasta a fidelidade interpretativa, vez que faz interpretação contrária à do constituinte. Na mesma linha Oliveira (2010, p. 111) considera como prejudicial o ativismo porque é contramajoritário, contrário a posição de Pogrebinski (2011, p. 20-50).

Há também quem veja o lado positivo do ativismo, defendendo as seguintes virtudes: há princípios implícitos que não são explicados na Constituição em defesa dos direitos das minorias, há medidas judiciais corretivas para rever injustiças (CAMPILONGO, 1997) e há decisões que estão dentro do bojo da ordem global (OLIVEIRA, 2010, p. 112).

A evolução da hermenêutica ampliou os textos legais levando com que atividade judicial passasse a ser mais criativa e inovadora especialmente porque não se limita a reproduzir o que está no texto e que são enriquecidos para se adaptarem a situação concreta, no entanto, não se pode negar que essa criatividade é bem menor que a do Poder Legislativo (RAMOS. 2013.p.119). Quando essa expansão serve para proporcionar creches, escolas e saúde estando em consonância com o texto constitucional, atendendo direitos sociais fundamentais pode ser considerado benévola, no entanto, ao expandir-se demais pode ocorrer o que tem se denominado de tirania do judiciário (SOUZA. 2013.p. 219-223).

Segundo Barroso (2008,p.8), os casos de fornecimento de medicamentos que não se encontram na lista de medicamentos ou de tratamentos experimentais são casos de ativismo judicial¹³¹. Ressalte-se que o ativismo não deve comprometer a imparcialidade e neutralidade do judiciário (WAMBIER; SANTO,2011, p.197-207).

Para Barroso diversos casos levados ao STF foram examinados dentro daquilo que foi pedido pela parte, preenchendo-se os requisitos legais necessários na ordem constitucional,

¹³¹ No Brasil, há exemplos de ativismo judicial, como o caso de fidelidade partidária, em que o STF declarou que a vaga pertence ao partido, ou o caso de nepotismo, em que se criou súmula vinculante em apenas um julgamento. No caso da política de prevenção os casos mais comuns dizem respeito a ADI sobre leis que padecem de vício formal de iniciativa em que o STF tem primado por retirá-las do ordenamento, apesar de ressaltar que a política ali estabelecida era de absoluta importância e tinha como objeto a realização de exames oftálmicos nos alunos da rede pública (RE 630385/MG. RE 630385 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 26/11/2012.)

não podendo o Tribunal deixar de examinar esses casos. Logo, a judicialização não decorre de opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte apenas o cumprimento de seu papel constitucional, diferentemente do que tem sido considerado ativismo judicial (BARROSO, 2008, p. 3-20).

A crise de representação vivida pelo Brasil também contribuiu para essa transferência de credibilidade ao Poder Judiciário. Segundo Canotillho (2008), a corrupção e o clientelismo levaram a essa crise de representação do “Estado de partidos”, da política e dos políticos. As conquistas importantes, como o direito de voto, a liberdade partidária, o livre mandado, o direito de acesso aos cargos políticos, à igualdade de trato fiscal, foram estranguladas pelo tráfico de influência, pelo clientelismo e pela corrupção. A realidade é que as políticas desenvolvidas são de curto prazo, estão mais preocupadas com a divisão de receitas do que com o êxito dos macroprojetos.

Essa celeuma sobre a judicialização ou excesso democrático traz inserido debates que discutem temas como constitucionalismo e democracia. O Parlamento sendo o representante do ideal democrático em razão de nele haver uma diversidade de segmentos sociais que debatem com o fim de atender os direitos e as vontades da maioria. O voto seria o grande veículo do direito individual, sujeitando todas as decisões deliberadas, especialmente numa sociedade em que os conflitos e desacordos substantivos fazem parte do processo democrático, o voto seria o meio de amenizá-los. Já o constitucionalismo é mais ligado aos tribunais e serve para proteger os direitos e os excessos da democracia, garantindo o núcleo de justiça da Constituição e o direito das minorias (SOUZA, 2013, p.35-69).

A ideia de supremacia do Parlamento como garantidor da democracia, significa que somente o Parlamento poderia promulgar (dimensão positiva) ou revogar lei (dimensão negativa). Esse modelo, de origem inglesa, era reforçado pela visão de que o Parlamento, por ser plural e refletir a concentração de forças sociais, legitima a atuação da Assembleia Constituinte e atua em nome do poder soberano. Com a subida ao poder dos partidos de direita na Alemanha e na Itália e os horrores da Segunda Guerra, firmou-se o modelo norte-americano, baseado na força normativa de uma Constituição mais concisa e com poucos direitos individuais, possibilitando o controle judicial. A partir de então, as Constituições europeias passaram a ter uma lista de direitos individuais. São as chamadas “constituições substanciais”, com princípios mais abertos, com deveres positivos para garantir a igualdade material (SOUZA, 2013, p. 35-40).

Discutir o tema da judicialização implica a discussão do caráter “antidemocrático” das decisões e as dificuldades contramajoritárias (SOUZA, 2013, p.42-69), especialmente porque

falar em democracia, para muitos significa dizer que é governo da maioria. É difícil aceitar que a vontade de juízes que não passaram pelo sufrágio universal. Segundo Bikel, quando se declara inconstitucional uma lei, age-se contra a vontade dos representantes do povo, contra a maioria, por isso tal medida é antidemocrática. Por outra banda, Dworkin (1999) defende a atuação judicial para garantir a pré-democracia por meio de uma interpretação moral da Constituição, com a figura do juiz Hércules.

No campo da ciência, há notícias de que o processo de judicialização tem a função conservadora de manutenção do poder nas elites chamada “teoria do seguro”: a judicialização é uma das formas de assegurar eventuais perdas de poder após a aprovação da Constituição, minimizando os riscos, assim, para assegurar essa estabilidade é necessário permitir que haja controle. Mesmo para os defensores da linha teórica americana passaram a questionar o obscurecimento do Legislativo e do Executivo e a atuação da Suprema Corte, porque tal atuação estaria enfraquecendo outras arenas que podiam ser utilizadas para a concretização dos direitos constitucionais, como a mobilização cívica. Ressalte-se ainda a visão de Waldron, que discorre contra a supremacia judicial e, por conseguinte, contra a dificuldade contramajoritária e a legitimidade judicial para o controle de constitucionalidade, criticando o constitucionalismo norte-americano, fundada numa Constituição rígida e escrita. (WALDRON, 2006; SOUZA, 2013, p. 46, MENDES, 2011, p. 69-104)

Ainda dentro das críticas dos que atacam (Waldron) a Supremacia Judicial e defendem a supremacia parlamentar, há aquelas que entendem que quando as decisões são submetidas ao controle judicial, a vontade dos ramos majoritários é superada pela vontade da Corte, que decidiu por maioria, mas não do povo, mas pela maioria dos membros. É necessário se perquirir quem deve ter poder para tomar decisão, pois não há instituição que resolva o desacordo existente e sim autoridade, logo, é importante saber as razões que levam à decisão de quem deve decidir¹³².

A legitimidade dada ao Judiciário, segundo Waldron, decorre do hábito de afetar a imagem do legislador, considerado hipossuficiente, volúvel, negociável, em busca de troca de favores e incapaz de fazer política lastreada em princípios. Não há arranjo político que

¹³² O autor não ultrapassa a barreira da possível tirania da maioria destaca que há a disseminação do medo (supressão dos direitos da minoria) do que chamam “tirania da maioria” por opressão da maioria. No entanto, mitiga tal ideia quando reforça a boa-fé da comunidade e o pensamento no bem comum, em que a visão sobre a decisão do Parlamento será vista como correta não havendo que se falar em tirania. A divergência representará decisão da maioria e não tirania, que não necessariamente estará certa ou errada, mas refletirá a decisão da maioria. Afirma que quem participa de sua construção da ideia deve fazer o melhor e de boa-fé e que os desacordos são inerentes à política e que a justificativa da autoridade para resolver os conflitos foi instituída no momento das lutas para estabelecer essa forma de decidir por maioria (WALDRON, 2006; MENDES, 2008, p. 82-85).

produza decisões consideradas justas, pois o que a Corte decide prevalece, independentemente de estar certo ou errado, pois quem decide sempre decide por último. Para que fosse diferente, deveria haver outro procedimento para decidir qual a melhor visão da Corte. Defensores da revisão judicial entendem que também não há quem corrija os erros do legislador quando violar os direitos, mas nesse aspecto o que importa é a participação e não o discurso de prioridade moral sobre o direito. O desacordo continuará, pois sempre haverá visões diferentes sobre as coisas. O que se tem de estabelecer é qual procedimento deve ser adotado para conhecer a visão comum, e as pessoas têm o direito de participar desse processo (MENDES, 2008, p. 53-109).

Dworkin (1996, p.20), ao contrário, defende a revisão judicial como forma de resgatar a cultura da liberdade. Para ele, a democracia é baseada apenas em números, a maioria é uma democracia estatística, e não democracia verdadeira, em que se deve autorizar todos a participar da política como iguais, seja pelo voto, seja pela liberdade, mas também se deve tratar todos com igual respeito e consideração. A regra da maioria seria mais um método inquestionável para tratar de assuntos de política. A revisão judicial faz parte do processo democrático, que trilha o caminho do que seria justo, havendo uma coincidência entre justiça e democracia, buscando-se uma decisão com uma qualidade substantiva e valor moral. Também importa ressaltar a ideia de Dworkin segundo a qual as decisões judiciais respeitam as decisões do povo, porque são justas com base no processo argumentativo. Ele não esconde o desacordo, nem afirma que há consenso nas decisões da Corte, mas valoriza a busca da Corte pela resposta certa. (DWORKIN, 1996, p.20; MENDES, 2008, p. 52-67).

O certo é que apesar das ideias excludentes de supremacia legislativa e judicial, a democracia e o controle judicial andam lado a lado, mas não necessariamente se excluem. Basta citar a supremacia parlamentar do Reino Unido antes do controle de convencionalidade, exemplo que demonstra que pode haver democracia sem o referido controle.

Não se pode tampouco deixar de desprezar que um sistema constitucional que exige tal controle pode ser considerado antidemocrático. Essa dicotomia existirá por um bom tempo, pois há distorções tanto em um, como em outro. Assim como, há decisões judiciais que visam privilegiar grupos de interesses no poder, há também, no Parlamento, decisões revestidas de caráter democrático que têm exatamente a mesma finalidade: decidir a favor de grupos de interesses que querem continuar no poder. Há exemplos na história de decisões judiciais que demonstram tal afirmação, como há inúmeros exemplos de leis que foram julgadas inconstitucionais exatamente por ofender direitos, o que também é exemplo de erros

do Parlamento. Há defesa tanto para a supremacia parlamentar, quanto para a supremacia judicial, mas há igualmente argumentos contra as duas correntes¹³³.

Dentre os argumentos que evidenciam o *deficit* democrático¹³⁴ das Cortes, podem-se destacar: a) a Corte possui não representação da vontade popular constituinte (pré-comprometimento), em razão do poder do constituinte ter aprovado a sua atuação; b) a Corte não é única na interpretação constitucional e não tem mais capacidade nessa função que o Parlamento; c) a Corte não é imparcial, já que não está fora da política, e todos sentem os efeitos das decisões adotadas, por isso seria melhor que o Parlamento exercesse o controle; d) a Corte possui também falibilidade; e) a Corte promove uma representação deliberativa ou argumentativa, uma vez que juízes não são eleitos, mas são uma elite profissional, o que rompe com a ideia de que a Corte é representante da razão, em oposição à defesa de que o Parlamento é representante da agregação de interesses; f) a prisão da Corte a uma linguagem inflexível e amarrada a tecnicidades jurídicas contrapõe-se à ideia de que a Corte é uma instituição mais educativa do que o legislador, cuja argumentação judicial está mais preocupada com a semântica do que com os valores subjacentes (MENDES, 2011, p. 95-103; SILVA, 2015, p. 107).

Em contraposição, há argumentos que apontam para o *deficit* moral¹³⁵ do Parlamento, destacando-se críticas de duas naturezas: contra a representação eleitoral e contra a regra de maioria. Os argumentos contra a representação eleitoral buscam evidenciar: a) a origem oligárquica, antidemocrática e anti-igualitária do Parlamento, convertido em instituição democrática pelo voto – essa afirmação afeta a ideia de que o Parlamento é a encarnação essencial da democracia e de que é o governo do povo¹³⁶; b) a atuação do Parlamento para satisfazer os interesses imediatos dos eleitores e a preocupação com a reeleição e a ampliação do poder individual são objetivos que tornam o Parlamento um foro muito mais motivado pela retórica e muito mais distante de um foro deliberativo sereno para convencer de seus pares; c) representação eleitoral não é o único tipo de representação democrática, que é puramente agregativa e não representa a pluralidade e a diversidade da sociedade; d) submissão dos

¹³³ Essa visão em relação a pressão dos grupos de interesse para se manter suas vontades acaba por impactar na discussão sobre quem dá a última palavra, pois os grupos podem não ter interesse em que aconteça, para manter sempre a possibilidade de modificação.

¹³⁴ O déficit democrático tem haver com o fato do Judiciário não tem a legitimidade pelo voto levando a uma dificuldade contramajoritária e de deliberação principiológica.

¹³⁵ O déficit moral tem haver com o fato do Legislativo não está atrelado a decisão substantiva baseada em princípio.

¹³⁶ A representação eleitoral ou política (governo representativo) foi criada em clara posição antidemocrática ou em oposição ao conceito de democracia, que era direta, no final do século XVIII; a representação eleitoral ou política atual é um conceito que, equivocadamente, quase se confunde com a democracia ou a resume (POGREBINSCHI, 2011, p. 169-170).

legisladores à pressão não desaparece, ainda que sejam eleitos parlamentares (MENDES, 2011, p. 83-88).

No mesmo sentido de ataque moral ao Parlamento, há os argumentos contra a regra de maioria: a) Parlamento não consegue captar a relevância que a matéria votada tem para cada indivíduo, revelando insensibilidade à intensidade de preferências; b) a votação majoritária nem sempre representa a vontade da maioria, mas pode representar a vontade de uma minoria bem organizada; c) a vontade do Parlamento nem sempre é da maioria, e a decisão da Corte nem sempre é da minoria (MENDES, 2011, p. 83-86)¹³⁷.

A fonte da legitimação da Corte é baseada no poder argumentativo da decisão, numa espécie de “representação argumentativa”, desde que haja uma fundamentação racional. Não só o Parlamento representa o povo-cidadão, o Tribunal também representa o povo constitucionalmente por meio dos argumentos. O que diferencia uma decisão do Tribunal é seu fundamento, embora ela seja tomada pela maioria (MENDES, 2008, p. 82-181).

Merece ser destacada os argumentos contra a supremacia judicial fundado na falta de responsabilidade do juiz que não presta contas (*accountability*) de suas decisões e, mantém sua estabilidade, diferentemente dos parlamentares, que galgam sua condição por meio de uma disputa política por votos e, caso não correspondam, não obterão tal contrapartida. Por outra banda, não se deve meramente afirmar que a decisão dos juízes é tomada apenas com base na maioria, pois, se assim fosse, não se legitimaria; a decisão dos juízes é tomada com base no poder que o fundamento daquele direito se firma (apesar de a decisão ser tomada com base na maioria de seus membros), no entanto, se não for legítima o desacordo permanece.

Conclui-se que das questões apresentadas sobre a supremacia da Corte ou do Parlamento, pode-se depreender que há bons argumentos favoráveis aos dois lados. É claro que também devem ser consideradas as críticas a ambos. De fato, levando em consideração as razões aventadas, não parece razoável desprezar os argumentos. Em cada ângulo há realmente certa parcela de razão. A falta de acomodação ou o desacordo entre os argumentos sugere que é necessária uma reavaliação para um afastamento do sistema binário¹³⁸ que se apresenta, para

¹³⁷ Os argumentos a favor do Parlamento, no que se refere à regra de maioria são: 1) é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade, sem repressão por pensar diferente; 2) limita o poder, visto que os ciclos de votação contribuem para a estabilidade da democracia e tornam menos provável uma tirania da maioria, que é menor num regime democrático do que em regimes não democráticos; 3) a legitimidade de suas decisões é testada por sua compatibilidade substantiva com o princípio de justiça, e não com as preferências sentidas pelo Parlamento. Logo, a sensibilidade parlamentar à intensidade da preferência não tem correlação com a justiça dos direitos fundamentais, pois as preferências não têm qualquer impacto na avaliação da correção da decisão tomada (MENDES, 2011, p. 89-95).

¹³⁸ Quando se raciocina com base em dicotomias abrangentes e rígidas, limita-se a verificar se um objeto tem ou não determinada qualidade: forma/substância, decisão/razão, formal/informal, realismo/idealismo, última palavra/diálogo, curto prazo/longo prazo, ações/omissões, ordinário/extraordinário, populismo/expertocracia,

seguir na direção de uma terceira via¹³⁹, gradativa, que pudesse minimizar os pontos negativos. Nesse cenário, o diálogo entre os atores - seja ele institucional, seja ele por meio da base teórica que se apresente - fornece elementos que conduzem aos intérpretes do direito, alternativas coerentes para concretizar os direitos, sem que isso, necessariamente, implique em modificação do modelo adotado.

5.2 DECISÕES JUDICIAIS (CONTRA)MAJORITÁRIAS

Thamy Pogrebinschi (2011, p. 20-105) apresenta dados valiosos acerca de toda essa problemática envolvendo as decisões do Judiciário e a atividade Parlamentar. Tal estudo ajuda na compreensão das dicotomias apresentadas entre Judiciário e parlamento e reforça a ideia de que o judiciário é legítimo para atuar em política pública. A autora é categórica ao afirmar que a questão relacionada à judicialização e a possível afetação da representatividade são um “falso silogismo”, especialmente porque uma das funções do Poder Judiciário é expurgar as produções legislativas que não estejam de acordo com o ordenamento jurídico por terem sido elaboradas com pouca qualidade. Essa função vem sobrecarregando o Judiciário e, ao mesmo tempo, vem sendo responsável pela chamada “supremocracia” (autoridade do STF). A autora tenta mostrar, de forma empírica, que não há comprovação da correlação entre o mau funcionamento do Legislativo e a expansão do Judiciário¹⁴⁰.

Pogrebinschi analisou o número de ações ajuizadas no STF, incluindo as ações de inconstitucionalidade, a fim de confirmar ou não se há realmente uma predominância da minoria contra a maioria em matéria de decisões judiciais, sendo esse o principal argumento de quem defende a supremacia legislativa. Afirma ter havido um crescente aumento de demandas judiciais, e isso não necessariamente significa que o Legislativo tenha deixado de

maioria/minoria, universal/particular, ação coletiva estática/ação comunal, democracia/constitucionalismo, políticas públicas/direitos fundamentais.

¹³⁹ A terceira via institucional considera a dinâmica orgânica do processo decisório, avaliando-se qual instituição está mais apta a proporcionar um melhor resultado. Nesse quesito, é preciso analisar as características de cada instituição. Os tribunais, por exemplo, são compostos de agentes vitalícios e especializados em direito e necessitam justificar suas decisões, mas encontram-se limitados pelos procedimentos que regulam todo o processo judicial. No Parlamento, essa dinâmica é bem diferente, pois os parlamentares têm liberdade para atuar na área que desejaram. Os tribunais, por outra banda, são isolados politicamente, mas, como seus agentes gozam de vitaliciedade, nesse quesito, sentem-se mais livres para tomar suas decisões; ao contrário, os parlamentares, por terem seus mandados renovados e estarem em constante busca da reeleição, precisam agradar a base eleitoral, sofrendo pressões das elites dominantes. Essa questão não afasta a ideia de que os Tribunais também podem sofrer tais influências. Ademais, o processo judicial foi pensado sob o prisma da justiça comutativa, o que dificulta a análise à luz da justiça distributiva, que considera os problemas sociais. (SOUZA,2013)

¹⁴⁰ A teoria da autora que não vê as decisões do STF como contramajoritária, mantendo, portanto, a decisão do Parlamento (representante do povo) é diferente do estudo de Friedman que foi analisar a aceitação ou apoio popular no controle da Corte.

ficar menos apto a representar o cidadão; tampouco o número de ADI significa retração do poder representativo ou até ativismo judicial. Ressalva que, apesar dessa dicotomia, o Poder Judiciário não pode deixar de ser reconhecido também como instituição política. Demonstra por dados estatísticos que o STF tem adotado uma postura bem condescendente com o Parlamento, o que representa certa deferência às leis editadas; além disso, na atuação do Tribunal, o próprio Legislativo tem respeitado a revisão judicial, dando assim a última palavra, havendo, portanto, prevalência da vontade da maioria, fortalecendo a representação, ao contrário do que se tem profetizado (POGREBINSCHI, 2011, p. 8).

O fato de o STF convalidar as leis editadas quando as julga constitucionais representa que houve uma garantia da prevalência da vontade da maioria, ou melhor, que as leis editadas pelo Parlamento, em regra, obedecem às regras constitucionais. Importa frisar que a autora, em sua análise do campo da atuação do Poder Legislativo, destaca a expressiva atuação do Poder Executivo, responsável por 85% da iniciativa das leis, atividade que, em princípio, deveria ser legada ao Parlamento, que detém prioritariamente a função legiferante (POGREBINSCH, 2011, p.13).

Veja alguns resultados da pesquisa da autora no período pesquisado de 1988 a 2009.

RESULTADO FINAL	ADI's	%	ADPF's	%	ADC's	%	TOTAL	%
Aguardando	1.495	34,39	88	43,56	9	36	1.592	34,81
Julgadas	2.852	65,61	114	56,44	16	64	2.982	65,19
Total	4.347	100	012	100	25	100	4.574	100
ORIGEM	ADI's	%	ADPF's	%	ADC's	%	TOTAL	%
Federal	810	18,63	31	15,35	16	64	857	18,74
Outro	3.537	81,37	171	84,65	09	36	3.717	81,26
Total	4.347	100	202	100	25	100	4.574	100

Fonte: Supremo Tribunal Federal

Das **4.574** ações ajuizadas no período de 1988 a 2009, o STF julgou **2.982 (65,18%)**. Desse total de 4.574 ações, apenas **857 (18,74%)** questionavam a constitucionalidade de leis emanadas do Poder Legislativo federal. Esse dado representa que o STF tem cautela maior ao examinar os atos do legislativo federal, ou que os atos são produzidos com maior efetividade. A autora destaca que, no caso da ADC, quanto maior for o número de pedidos de improcedência, mais significa que o Poder Judiciário concordou com o Legislativo, portanto,

a análise é inversa para a ADI e a ADPF, que impugnam leis e atos normativos (POGREBINSCH, 2011, p.21-25).

RESULTADO FINAL	ADI's	%	ADPF's	%	TOTAL	%
Aguardando	318	39,26	20	64,52	338	40,19
Julgadas	492	60,74	11	35,48	503	59,81
Total	810	100	31	100	841	100
RESULTADO	ADI's		%			
Sem julgamento/mérito	374		74,35			
Improcedente	62		12,33			
Procedente em parte	32		6,36			
Procedente	35		6,96			
Total	503		100			

Fonte: Supremo Tribunal Federal

Das 503 ADIs que foram julgadas apenas 35 (6,96%) são contrárias às decisões do Parlamento (foram consideradas precedentes que demonstra a tendência a se manter a decisão parlamentar) (POGREBINSCH, 2011, p.26-35).

Assim, do universo de 503 ADI julgadas, 374 (74,35%) são resolvidos sem adentrar no mérito, sendo, portanto, rejeitados imediatamente pelo STF, o que demonstra uma tendência rigor da Corte no exame a fim de evitar adentrar no mérito. Por outro lado, apenas 129 (25,65%) das ações foram consideradas em condições de serem analisadas pelo STF e foi julgado improcedente 62 (12,33%) ações. Apenas 35 (6,36%) foram julgadas procedentes, percentual baixo em relação ao número de ações propostas (POGREBINSCH, 2011, p.34-35).

Do STF total de 503 (ADI e ADPF) 436 (86,68%) das decisões do STF indeferem os pedidos, confirmando, a constitucionalidade das normas e a vontade da maioria e 67 (13,325) não preservam a vontade legislativa (POGREBINSCH, 2011, p.36).

Das 810 (ADI) ações propostas contra norma do Parlamento, apenas 3 (0,37%) foram consideradas inconstitucionais total e apenas 2 (0,2%) normas foram invalidadas, valor de baixa expressividade para se concluir que o STF realmente é o último a proferir a decisão, vez que vem confirmando quase que na totalidade as decisões do Parlamento demonstrando todo o conservadorismo do STF.

Pogrebinschi (2011, p.51-53) ainda apresenta dados referentes à estatística geral do STF, afirmando que, das 2.966 ADI e ADPF julgadas, 1044 adentraram no mérito (procedente, improcedente ou procedente em parte). Afirma a autora que quando a lei é federal, o STF tende a ser mais reservado que em relação a normas provindas de outra fonte. Importante destaque deve ser dado à tendência que o STF tem de julgar inconstitucionais

normas que não são emanadas do Congresso Nacional. O STF tem um alto grau de indeferimento de plano das ações oriundas do Congresso Nacional.

Cumpra destacar os temas mais impugnados nas ações de controle: das 67 decisões finais procedentes, 26 (39%) trataram de assuntos relacionados ao Poder Judiciário o que demonstra uma predisposição do STF para analisar leis que dizem respeito a sua organização. Assim, aparentemente, o STF preocupa-se mais em proteger seu território que invadir o dos outros poderes (POGREBINSCH, 2011, p.51).

Como se está a analisar a prevalência da decisão da maioria é importante apresentar as decisões que julgaram as ações procedentes ou procedentes em parte. Os dados mostram que, embora as ADI e ADPF tratem de temas muito diversificados, nenhuma versou sobre a matéria de saúde (POGREBINSCH, 2011, p.75-82).

Importa ressaltar a parcela irrisória de leis realmente retiradas do ordenamento: das 46 normas promulgadas, 44 foram declaradas parcialmente inconstitucionais e apenas 2 (0,44%) foram retiradas na íntegra do Ordenamento. De acordo com a análise de há uma grande diferença entre o controle da vontade majoritária e o exercício da guarda da Constituição, parecendo, pelos dados, que o STF prefere a segunda função. A autora justifica tal medida pelo excesso de constitucionalização de políticas, o que revela uma maior disposição da Corte para controlar o Executivo em suas políticas (POGREBINSCH, 2011, p.112).

Dos números apresentados por Pogrebinschi (2011, p. 113-147), depreende-se que o STF não toma tantas decisões contramajoritárias como a doutrina tem anunciado. Ao contrário, o STF tem buscado preservar a decisão do Legislativo. Portanto, é necessário que a principal crítica feita à atuação do Poder Judiciário – estar atuando contra a vontade do povo – seja reavaliada, uma vez que pode parecer apenas retórica no caso do Brasil. Primeiro porque foram poucos os casos em que o STF retirou efetivamente a norma de vigência e segundo porque é evidente a preocupação da Corte em manter o trabalho do Legislativo. Apesar de não ter sido objeto do estudo a política de saúde é importante vez que a principal crítica ao avanço do judiciário está relacionado a impossibilidade de atuar contra a vontade da maioria¹⁴¹.

Por tanto, a conclusão é que a atuação do judiciário é contramajoritária perde força quando se examina os dados da pesquisa da autora. Os dados são conclusivos ao demonstrar a

¹⁴¹ Assim, é possível verificar que, em matéria de saúde, algumas ações foram propostas e julgadas procedentes. Importa destacar a ADI n.o 3.937-MC, referente à proibição de uso no Estado de São Paulo de amianto ou asbesto por ser agressivo à saúde. A Lei Estadual n.º 12.684, de 26 de julho de 2007, proibiu a comercialização no de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto e ainda vedava à administração pública a utilização de qualquer produto que contivesse as substâncias. Merece destaque ainda a ADI n.o 3.645, do Paraná, que requereu informações nos rótulos dos produtos transgênicos, no entanto, a ação foi julgada improcedente porque ficou entendido que o Estado extrapolou os limites da competência concorrente.

tendência de manter as decisões do Parlamento, ou de aproveitar ao máximo a produção legislativa especialmente quando se está diante da legislação federal. Portanto, o poder judiciário tem aprimorado a legislação. A força das decisões de quem representa a vontade da população continua a ser mantida¹⁴².

Assim, a ideia da judicialização acaba por representar um seguro ao próprio legislativo que tem suas produções mantidas. Assim a ideia de autoridade continua preservada, funcionando nos termos definidos pela Constituição. Portanto, as principais arenas de debates políticos ainda estão sendo realizadas no Parlamento, apesar de parte da credibilidade do legislativo ter sido transferida para o judiciário. Com essa configuração o Judiciário continua a proteger os direitos e o excesso da democracia garantindo um núcleo de justiça da constituição e podem ser consideradas instancias representativas politicamente mesmo que não submetidas ao processo eleitoral em razão de também defenderem o interesse público e as demandas sociais. Por fim é bom destacar o estudo realizado por Robert Dahal, nas decisões da Corte Americana (teoria do diálogo que afirma a imposição pelo Legislativo e Executivo a Corte um controle e responsabilidade por suas decisões evitando decisões diferentes da adotada pela maioria democrática) em que se observou que as decisões da Corte acabam por manter a visão dos ramos políticos majoritários revelando não haver a dita dificuldade contramajoritária. O referido estudo se assemelha aos proporcionado por Pogrebinschi (2011).

5.3 DIÁLOGO INSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA PARA AS INTERVENÇÕES JUDICIAIS NA SAÚDE

5.3.1 As bases dialógicas para dirimir as controvérsias judiciais

Hübner ressalta que o termo “diálogo” tem uma grande carga semântica, especialmente porque tem forte ligação com igualdade, respeito, reciprocidade (MENDES, 2008, p. 97). Sarlet e Figueiredo (2013, p. 35) também utilizaram o termo “diálogo” quando discorreram sobre a hipertrofia do Judiciário e a incessante tentativa de estabelecer critérios mais objetivos e práticos, buscando um diálogo interdisciplinar e interinstitucional. Da mesma forma, Claudio Pereira Neto (2008, p. 531) entende que o diálogo deve ser uma prática constituída quando se questionarem prestações públicas, devendo dele participar as partes e especialistas. Seguem essa mesma linha Binbojm e André Cyrino (2008, p. 1010-1011).

¹⁴² Foram encontradas 101 ações de inconstitucionalidade no STF envolvendo a palavra saúde 9 tiveram ligação com o tema que envolve ilegitimidade de propositura, dois casos envolvendo alimentos transgênicos julgada inconstitucional e assuntos relacionados a notificação da secretaria de saúde sobre câncer de pele.

É importante destacar que mesmo quem adota a supremacia judicial poderá inclinar-se ao diálogo, especialmente quando o controle judicial for mais fraco e for dada uma deferência maior aos demais poderes. As teorias do diálogo possuem algumas características comuns. São elas: 1) recusa de uma visão juriscêntrica e do monopólio do Judiciário na interpretação da Constituição; 2) recusa da existência da última palavra, pelo menos de que a Corte detenha a última palavra por meio da revisão judicial; 3) valorização do desacordo sobre questões substantivas e afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para dissolvê-lo; 4) visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; 5) visão mais ampla do tempo da política (SOUZA, 2013, p. 70-71).

Roach (SOUZA, 2013, p. 70-71) destaca três teorias dialógicas. A primeira é a da construção coordenada, em que o Poder Legislativo e o Executivo dariam sua interpretação à Constituição não se submetendo à interpretação dos Tribunais, ignorando-os até. A crítica a esse modelo decorre do fato de não haver diálogo, podendo ser gerada uma anarquia interpretativa. A segunda teoria daria ao Legislativo e à sociedade civil o poder de impor à Corte um controle e a responsabilização por suas decisões, a fim de evitar que suas decisões sejam diferentes das decisões democráticas majoritárias. Essa teoria foi desenvolvida por Robert Dahal após análise dos principais julgados dos EUA verificou que os Tribunais tendem a manter a visão dos ramos políticos majoritários, o que confirmaria que a alegada dificuldade contramajoritária não existe – apesar de serem desviantes em alguns momentos, na maioria, as decisões dos Tribunais tendem a refletir a vontade majoritária. A terceira teoria prega que as funções dos poderes são complementares, apesar de diferentes. A teoria defende a importância das decisões judiciais sem que sejam consideradas a última palavra. As decisões seriam tomadas em rodadas de conversas entre os tribunais, o povo e seus representantes, interagindo e dialogando (SOUZA, 2013, p. 70-71).

Christine Bateup (2006, p. 1122-1173) também discorreu sobre as teorias e apresentou dois grupos: as teorias do método judicial, em que juízes utilizariam técnicas decisórias que estimulariam debates sobre o significado constitucional no interior dos poderes ou entre os poderes; teorias estruturais do diálogo, em que haveria o reconhecimento de que existem instituições e mecanismos políticos no sistema constitucional que permitem que atores tratem as decisões em caso de desacordo. Essas teorias são chamadas por Conrado Hübner Mendes (2011, p. 107), respectivamente, “diálogo no interior das decisões” e “diálogo como fruto da separação dos poderes”¹⁴³.

¹⁴³ Para Conrado Hübner, é importante perceber a relação entre juízos descritivos e prescritivos, porque há uma forte carga de prescrição (dever ser) nas teorias do diálogo no interior da decisão, sendo emitido um juízo de

Para Bateup, haveria três subconjuntos de teorias do diálogo no interior da decisão: a) a teoria do aconselhamento judicial – a atividade consiste em encorajar juízes a dizer como os demais poderes poderiam interpretar a Constituição; b) a teoria do respeito às regras procedimentais – os juízes são tidos como controladores do procedimento majoritário para que seja atingido o resultado político substantivo; c) o chamado “minimalismo judicial” – proposto por Bickel e defendido por Sunstein. Nesse terceiro modelo, há um espaço para deliberação e escolhas democráticas, que somente é possível com a contenção judicial. As chamadas “virtudes passivas” privilegiam “o não fazer”, sendo o Judiciário aquele que tem o poder de persuadir, e não de coagir. Os juízes deveriam dizer somente o necessário, o que implica o uso construtivo do silêncio. Portanto, decidir-se-ia o mínimo ou até não se decidiria se a decisão não estivesse madura, aumentando a capacidade de reflexão e debates nas arenas políticas. Assim, o silêncio judicial ajudaria os agentes políticos a fundamentar suas decisões, mantendo sua capacidade de dar a última palavra, logo, estaria fortalecido o controle popular e aumentaria o espaço para a deliberação dos órgãos majoritários. As Cortes funcionariam como propulsora, catalisadora e supervisora. Ressalte-se que, mesmo no caso de supremacia judicial, quando é proferida a decisão, os Tribunais são influenciados pela opinião pública, pelas manifestações parlamentares e pelas tendências do chefe do Executivo. Por outro lado, as Cortes também modelam os discursos majoritários. Não se deve desconhecer que, após as decisões judiciais, ainda permanece um intenso processo interativo entre o Presidente, o Congresso, as agências executivas, os estados, as associações profissionais e o público em geral. A teoria do diálogo não é a favor da supremacia, nem judicial, nem parlamentar, funda-se na teoria da fragmentação dos poderes, em que nenhum dos poderes exagera nas suas funções (SOUZA, 2013, p. 76-77)

Friedman¹⁴⁴ destaca que nem sempre há uma correlação entre majoritarismo, Parlamento, Corte e contramajoritarismo, especialmente porque a Corte muitas vezes toma decisões majoritárias¹⁴⁵. O processo de interpretação constitucional deve envolver todos os ramos de poder, e o diálogo oferece essa possibilidade (FRIEDMAN, 1993, p. 628 ss: SOUZA, 2013, p.86).

A questão central aqui é definir se a Corte realmente tem a capacidade de dar a última palavra, sabendo-se que, mesmo após uma decisão polêmica, a sociedade continua o

valor, afirmando-se o que é certo e errado. As teorias que têm como foco a separação dos poderes, buscam mais a interação entre os ramos da soberania popular, sendo, portanto, mais descritivas (MENDES 2011, p. 107).

¹⁴⁴ Souza destaca que a argumentação de Friedman questiona e demonstra por dados empíricos que não é possível se definir estaticamente a relação entre minorias e maiorias em uma sociedade complexa.

¹⁴⁵ Pogrebinsch apresentou estudos citados anteriormente que confirma que as decisões da Corte não são contramajoritária.

movimento de discussão. Haverá debates formais e informais, ou seja, enquanto não houver acordo, haverá insatisfação, e o debate continuará até que se tenha certa pacificação, ainda que a Corte se tenha manifestado. A Corte é livre para mudar de opinião, o povo é livre para discordar da Corte. A Corte é livre para discordar do povo, os membros das Cortes são livres para discordar entre si, o diálogo acaba por ser o caminho que leva a esse desacordo. Nesse aspecto, a Corte tem o papel de interlocutor, modelador e facilitador. Assim, o papel da Corte abrangeria: 1) realizar a síntese das diferentes visões constitucionais; 2) focar o debate em temas relevantes; 3) atuar como catalizador, gerando debates sociais que estariam adormecidos na agenda política; 4) modelar o debate de acordo com a gramática constitucional; 5) dar voz e corpo ao diálogo, trazendo para seu centro posições pouco disseminadas no espaço público e ideias marginalizadas no processo político ordinário; 6) moderar e direcionar o debate por meio da proteção de algumas instituições que participam do diálogo (SOUZA, 2013, p. 90).

Para a população, somente haverá adesão às decisões judiciais se entender que os juízes estão certos, pois, se não concordar, haverá pressão para que haja mudança.

Janet Hiebert (2002) defende a teoria do diálogo, enfatizando a participação de diversos atores no processo decisório de temas relevantes. Preconiza, pois, o afastamento dos polos extremos, tanto daqueles que são contra a revisão judicial por ser antidemocrática, quanto daqueles que defendem a revisão judicial por fazer parte da democracia. Para Hiebert as responsabilidades devem ser compartilhadas em termos relacionais, avaliando-se o potencial da Constituição e sua influência no ramo jurídico e político. Da conversação entre poderes, resultaria uma menor formalidade. O Parlamento também contribuiria para a interpretação da CRFB. Nesse sentido, cada ramo da soberania ofereceria uma contribuição diferente, uma vez que suas estruturas e formas de atuação são diferentes, mas cada um conceberia a possibilidade de reação dos outros ramos à sua decisão, não havendo última palavra, numa constante renovação cíclica. Além disso, as instituições deveriam reagir à decisão da outra, não com o intuito de apontar o erro, mas analisando as justificativas para a tomada de decisão. Para a autora, a Constituição é implementada de forma mais aceitável quando há essa divisão de responsabilidades entre Parlamento e Judiciário, especialmente quando o julgamento das ações estatais usa a base de princípios. Há sempre uma reflexão sobre as justificativas apresentadas.

Constata-se que há uma correlação entre os modelos de diálogo e as teorias do diálogo, mas não uma relação de necessidade entre elas. Modelos não dialógicos têm apostado na teoria do diálogo, como ocorre nos EUA, que, embora adotem a supremacia judicial, têm

optado pelas teorias do diálogo. Assim, a diferença entre aqueles que adotam os modelos de tradição britânica e os que adotam os modelos americanos está no tempo de resposta dado a cada ramo de poder. Nos sistemas dialógicos, os ramos políticos conseguem reverter mais rápido as decisões tomadas pelos atores; já no modelo da supremacia judicial, as decisões podem ser revertidas, mas isso demanda um tempo maior, em razão de emendas constitucionais, de mudanças de composição dos tribunais ou de reversão legislativa. (SOUZA, 2013, p. 70).

Conrado Hübner Mendes (2011) defende o diálogo interinstitucional como uma saída intermediária e conciliatória para a solução do desacordo. O autor apoia-se na hipótese de rodada procedimental e última palavra provisória, apresentando o modelo deliberativo fundado na persuasão, no qual os poderes tanto falam como escutam os demais, em contraposição ao modelo adversarial, que se funda na imposição, em que um poder fala para impor-se. Para o autor, deve se iniciar uma rodada de discussão no desacordo, sabendo-se que a resposta para aquela questão será apenas provisória até que seja necessária outra resposta. Haverá uma conexão da nova resposta com a anterior até que se alcance nova resposta. Ele invoca ainda o caráter endógeno e exógeno do diálogo¹⁴⁶. Mendes ainda destaca que as decisões não são meras interpretações, são, antes, uma indicação ao legislador das virtudes passivas (decidir não decidir) e ativas da Corte. Mendes destaca Bickel, para quem a regra é não decidir, ou melhor, a Corte somente deveria decidir após esgotadas todas as possibilidades do diálogo: quando se tem expertise especial; quando há informação e conhecimento confiável; quando o seu senso político diz que é necessário. Assim, haveria um estímulo ao processo deliberativo com rejeição da ideia da Corte como detentora da última palavra, a participação da Corte deve processar-se para aplicar o direito e proteger a sociedade, liderar a agenda pública, apontar horizontes e provocar reações (MENDES, 2011, p. 107). Já Sunstein (2001, p. 57) assume uma posição intermediária em relação à de Bickel, pois entende que deve haver uma atuação minimalista como regra e maximalista como exceção; segundo o qual a Corte deixaria coisas não decididas, ficando em silêncio, examinando as particularidades por meio de analogia e de casos hipotéticos. Sunstein defende a **atuação judicial maximalista**: a) quando o juiz tem considerável confiança no mérito da solução; b) quando a solução pode reduzir o custo da incerteza para litigantes futuros; c) quando o planejamento for importante e; e) quando se lidar com precondições da democracia

¹⁴⁶ O aspecto endógeno o processo do diálogo ocorre no interior da decisão e a participação do legislador é indireto, por meio das razões acessórias ou pelas informações preambulares e o exógeno, a produtos da separação de poderes vinculado ao desenho institucional ou sistemático inserido na Constituição (MENDES, 2011, p. 107).

ou se criarem incentivos que tornem mais provável a prestação de contas das instituições eleitas. Sunstein sustenta a **atuação judicial minimalista** também em quatro situações: a) quando o caso envolver grande incerteza factual ou moral; b) quando uma solução tiver riscos de confundir casos futuros; d) quando a necessidade de planejamento não for permanente e; e) quando as precondições da democracia não estiverem jogo.

Para Katyal (1997, p. 1710), a Corte pode ser mais proativa, aconselhando e mandando recados por meio de suas decisões: o juiz toma decisões estreitas, mas adicionais, por meio de conselhos de maior amplitude. Essa seria uma técnica mais efetiva de promover a democracia e a adaptabilidade da decisão judicial. Há ainda a técnica da proporcionalidade: como a teoria do diálogo é bem flexível, racionalizando o exame da validade de restrições aos direitos fundamentais, o juiz induz os outros poderes a pensar com base na proporcionalidade, criando uma linguagem comum de comunicação entre os poderes; o Parlamento também pode persuadir a Corte da validade dos seus atos. Essa técnica é defendida por Alec Stone-Sweet (MENDES, 2011, p. 127-128; STONE-SWEET; MATHEWS, 2008, p. 4, p. 37 e p. 61, 2008).

Para Mendes as teorias do diálogo são o produto necessário da separação de poderes. Na construção coordenada, a Constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes, o que permite uma interpretação extrajudicial e retira da Corte a última palavra. A interpretação é circular e só termina quando há uma estabilização a partir de um mínimo acordo (MENDES, 2011, p. 156).

Friedman (2005, p. 263) defende o diálogo e o constitucionalismo popular mediado e quebra o mito da maioria e da última palavra, afirmando que, quando as vozes plurais se chocam, acomodam-se e transformam-se em progressão infinita, cabendo aos poderes negociar e definir uma direção em meio a essa pluralidade. Daí o que Friedman denominou “círculos concêntricos de influência”, que teriam quatro níveis: a interação com os outros juízes do colegiado, as pressões das instâncias inferiores do Judiciário, a pressão dos outros poderes e a pressão da opinião pública. Tudo num processo contínuo de idas e vindas, uma vez que os juízes são produtos da sociedade em que vivem, sendo a Corte um participante ativo do debate. O constitucionalismo dialógico é mediado por uma lenta interação entre Cortes e opinião pública.

Mendes abandona a ideia da última palavra definitiva para defender a “última palavra provisória” e a ideia da rodada procedimental, admitindo que o diálogo é um fato, que evidencia a tensão entre o empírico e o normativo, e propondo uma teoria normativa do diálogo interinstitucional (MENDES, 2008).

Para ilustrar a aplicação das teorias do diálogo serão apresentadas três experiências dos modelos dialógico no direito comparado que poderão servir de inspirações a outros países.

5.3.2 Experiência dialógica e exemplos de medidas dialógicas no Brasil

A controvérsia sobre a supremacia parlamentar e a supremacia judicial é histórica e tem ocupado parte da doutrina contemporânea. Entre 1982 e 1998, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido adotaram Cartas de direitos fundamentais, mas procuraram afastar-se do modelo norte-americano, que prega a supremacia judicial, criando um meio-termo entre esses dois polos, buscando um equilíbrio institucional, com atuação conjunta entre o Parlamento e Tribunais, na busca da proteção dos direitos fundamentais e de soluções para problemas ligados à supremacia propondo alternativa ao extremismo dos dois modelos.

O modelo de destaque é o da Nova Zelândia, que surgiu com a constitucionalização dos direitos fundamentais e funda-se em uma tradicional experiência de supremacia parlamentar. No modelo neozelandês, considerado intermediário, a declaração de direitos – *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA) – estabelece regras segundo as quais o Judiciário não poderá invalidar as leis aprovadas pelo Parlamento – é mantida a supremacia parlamentar –, mas poderá interpretar o sentido das leis para proteger os direitos fundamentais. Assim, permanece no Parlamento o custo político de aprovar leis contrárias ao NZBORA. No entanto, o desacordo continua, uma vez que a reinterpretção pelos Tribunais poderia distorcer a vontade do legislador. Na prática, os tribunais têm feito uma interpretação mais protetora dos direitos fundamentais, tendo sido inclusive consignado, em alguns julgados, essa forma ampliativa e criativa (SOUZA, 2013, p. 51-56).

No Reino Unido, o processo foi um pouco diferente. Houve a incorporação, no âmbito interno, da Convenção Europeia de Direitos Humanos na Carta de Direitos Humanos de 1998 (*British Human Rights Act*). Com isso, os juízes internos tomariam decisões na mesma linha das tomadas na Corte Europeia de Estrasburgo. Ficou estabelecido que o Tribunal daria interpretação e efeitos a determinada legislação que deveriam ser compatíveis, “na medida do possível”, com os direitos reconhecidos no *British Human Rights Act*; caso entendesse que a legislação examinada era incompatível com o *Act*, deveria emitir uma “declaração formal de incompatibilidade”. A lei continua válida, devendo ser aplicada pelos Tribunais; a declaração não criaria dever legal, nem para o Parlamento, nem para o governo, apenas confere competência a um dos ministros para iniciar um processo sumário para alterar a lei com o

referendo do Parlamento, havendo assim uma interação entre Cortes, Parlamento e Executivo. O ministro encarregado da legislação pode iniciar um processo sumário de alteração, o que diminui o tempo que levaria se fosse pela via ordinária, ou se entender que a medida é urgente, pode levar o processo a cabo por meio de uma ordem ministerial para posterior ratificação pelo Parlamento. Destaque-se que essas declarações de incompatibilidade são respeitadas pelo Parlamento. Assim, há uma divisão no controle, cabendo à Corte indicar a incompatibilidade e ao Parlamento, decidir sobre o futuro da lei¹⁴⁷.

O outro modelo é o canadense. Até 1960, vigorava no Canadá o modelo da supremacia parlamentar total, os poderes sendo divididos verticalmente entre a esfera federal e as províncias. Em 1982, foi aprovada a Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms* (CORF)), de *status* constitucional, superior às leis ordinárias. Nela foi instituído um rol de direitos fundamentais e foi atribuído ao Judiciário o poder de invalidar normas incompatíveis com a Carta, de maneira semelhante ao modelo estadunidense.

Embora o novo modelo canadense devesse assemelhar-se mais ao modelo estadunidense, a oposição parlamentar impediu o avanço. Uma das críticas ao modelo foi que haveria uma diminuição das discussões sobre questões políticas no espaço público, a interpretação tinha de ser contínua, com cidadãos reinterprestando a base da vida coletiva. Assim, o modelo canadense acabou por tornar-se um modelo intermediário, em que não prevalece a pura supremacia judicial, nem a supremacia parlamentar. Foi dado ao Judiciário o importante poder de invalidar leis incompatíveis com a Carta e, ao mesmo tempo, foi permitido que o Parlamento superasse essa invalidação por um período (SOUZA, 2013, p. 60-62). No modelo canadense, foi adotada a possibilidade de o Parlamento dar a última palavra por meio da “cláusula não obstante”, prevista na seção 33 da CORF. Essa medida permite que o Parlamento suspenda a decisão de inconstitucionalidade por um período de cinco anos, renovável por igual período indefinidamente. Assim, a decisão do Tribunal serviria de alerta ao Parlamento, gerando um custo político para o Parlamento, caso resolvesse manter a lei, por meio da “cláusula não obstante”. Ao mesmo tempo, a “cláusula não obstante” permite que “questões de princípios” alegadas pelos Tribunais sejam consideradas pelo Parlamento, assim como os Tribunais ficam mais sensíveis aos complexos juízos de bem-estar coletivo, inerentes às políticas públicas (SOUZA, 2013, p. 60).

¹⁴⁷ Apesar da mudança, ainda não é possível confirmar que se criou uma cultura de direitos humanos capaz de conduzir a modificações significativas. Segundo Souza (2013), diversos estudos empíricos mostraram que não houve modificações na prestação de serviços públicos. Além do mais, legislações antiterroristas foram aprovadas depois do atentado de 11 de setembro de 2001, o que pode ser um indicativo de que a cultura de direitos humanos ainda é incipiente (SOUZA, 2013, p. 51-59).

Outra novidade no modelo canadense foi a “cláusula geral de limitações de direitos”, segundo a qual se admite que haja restrições de direitos colidentes e entre direitos e finalidades públicas. Essa limitação realizada deverá ser clara e justificada, logo, demandaria um debate público bem acirrado. O governo deveria justificar as limitações impostas aos direitos, demonstrando que são necessárias para a consecução de outros objetivos importantes e que não haveria alternativa menos custosa. Assim, o Governo deveria ter uma habilidade especial para justificar leis que restrinjam direitos; ao mesmo tempo, haveria um diálogo entre Tribunais e o Parlamento, uma vez que a Corte questionaria a razão da violação do direito, e o Parlamento daria a explicação (SOUZA, 2013, p. 60-62).

Esses três modelos mostram que é possível buscar uma conversação entre os poderes, sem que isso signifique predominância de um sobre o outro, garantindo a possibilidade de cooperação entre os envolvidos e a divisão de responsabilidades pelas medidas adotadas. Seguindo esses modelos, poderá haver a adoção de medidas que contribuam para a melhoria das decisões no Brasil, especialmente na área da saúde. O certo é que o judiciário deve garantir também a plena e permanente vigência do estado democrático de direito evitando que ocorra lesão ou ameaça de lesão de um direito fundamental quando ocorrer uma atuação irregular ou insuficiente da administração pública, cuidando dos limite que foram previamente estabelecidos (SCHWARZ, 2013, p.224-225).

No Brasil, há características que devem ser observadas para a adoção do modelo dialógico. Aliás, é bom que se ressalte que já houve a adoção no Brasil de medida semelhante à “cláusula não obstante” do direito canadense. Era a regra do artigo 96 da CRFB de 1937, que dispunha sobre a competência do Presidente da República para afastar a inconstitucionalidade declarada pelos Tribunais, submetendo novamente a lei ao Parlamento; por 2/3 em cada câmara o Parlamento poderia tornar sem efeito a decisão. Destaque-se que, nesse período, o Brasil viveu a época de maior autoritarismo (SOUZA, 2013, p. 102).

Apesar de não haver no modelo brasileiro a institucionalização da teoria do diálogo como nos países que foram exemplificados, não se pode deixar de observar que foram adotados mecanismos importantes com a finalidade de conversação entre diversos setores, como foi o caso do *amicus curiae*¹⁴⁸, abrindo possibilidades para outros atores a participarem

¹⁴⁸ A figura do *amicus curiae* está prevista para o processo objetivo de controle abstrato (para ADI e ADC, art. 7.º, parágrafo 2.º, da Lei n.º 9.868/99; para ADPF, art. 6.º, parágrafo 1.º e 2.º, da Lei n.º 9.882/99) e para os incidentes de inconstitucionalidade nos tribunais inferiores (art. 482 do CPC). Novos mecanismos de abstratização do controle difuso também apostam em algumas formas de abertura procedimental. No processo de aprovação de súmulas vinculantes, há previsão nesse sentido (art. 3.º, parágrafo 2.º, da Lei n.º 11.417/06), assim como também (art. 546-A, parágrafo 6.º, do CPC) ou que sejam consideradas repetitivas pelo STJ (543-C, parágrafo 4.º, do CPC).

do debate. A própria audiência pública¹⁴⁹ também tem sido usada com muito sucesso nessa rodada de decisão. O sistema adotado no Brasil para o julgamento de inconstitucionalidade não impede que haja deflagração de um novo processo legislativo, portanto, não é vinculativo para o Parlamento (apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, art. 102, parágrafo 2.º, da CRFB), para nova rodada de deliberação, por meio de emendas ou de promulgação de novas leis e o mesmo ocorre nos casos das súmulas vinculantes (art. 103-A da CRFB). O procedimento para nomeação dos membros do STF a partir da indicação do Presidente da República, com aprovação prévia do Parlamento. O próprio processo legislativo no Brasil é um procedimento dialógico no qual há diversos partícipes presentes desde o início do processo, uma vez que é atribuída competência a diversos atores, inclusive ao Judiciário. Merece destaque o processo das leis orçamentárias em que há inclusive limitação da atuação do próprio poder legislativo. Com esses exemplos é possível verificar que a vida constitucional não se exaure na Corte, havendo sempre uma interação entre os poderes num pretense processo de mutua cooperação constitucional¹⁵⁰.

É possível, portanto, usar o diálogo, seja por meio de alterações institucionais, desde que passem a ser previstas no ordenamento jurídico, seja por meio de alteração do processo interpretativo, do questionamento do dogma da supremacia judicial e da disseminação da cultura mais dialógica. Assim, mesmo sem alterar o modelo brasileiro, é possível construir um sistema cooperativo entre os atores. Hübner (MENDES, 2011, p. 173) destaca que o diálogo institucional é feito com base em dois componentes essenciais: o desenho institucional que disciplina o diálogo e a cultura política que o incentiva.

O Parlamento poderá insurgir-se contra as decisões do STF, o que demonstra que, mesmo no Brasil, não há definitividade nas decisões da Corte¹⁵¹.

¹⁴⁹ Art. 9.º, parágrafo 1.º, da Lei n.º 9.868/99 e art. 1.º da Lei n.º 9.882/99.

¹⁵⁰ É certo que, no Brasil, há uma preponderância legislativa do Executivo, ao qual é atribuída grande parte da iniciativa de lei – como, aliás, Thamy Pogrebinski (2011), tão bem ressaltou –, além da grande quantidade de medidas provisórias (art. 61, parágrafo 1.º, e art. 165, I, II e III, da CRFB). No entanto, também é possível observar que o Parlamento tem adotado medidas de forma a recuperar o controle da agenda política. Foi o caso da interpretação dada a assuntos relacionados a sobrestamento, em que o Parlamento decidiu que não estariam sujeitos a sobrestamento propostas de emendas, projetos de lei complementar, decretos legislativos e resoluções, as matérias mencionadas no inciso I do artigo 62 da CRFB. Da mesma forma, cite-se a decisão do STF apreciando questionamento de matéria em que foi ressaltado que o presidente da Câmara poderia devolver ao Parlamento o poder da agenda, permitindo selecionar e apreciar matérias com relevância política, social, cultural, econômica e jurídica, numa espécie de agenda autônoma, sem prejuízo do bloqueio procedimental a que se refere o parágrafo 6.º do artigo 62 da CRFB (SOUZA, 2013, p. 99-109).

¹⁵¹ Isso é ilustrado por um importante caso que versava sobre a proporcionalidade de número de vereadores, em atenção ao artigo 29, IV, da CRFB – o RE 197.917/SP. O STF declarou inconstitucional a lei do município de Mira Estrela que previa 11 vereadores para a população de menos de três mil habitantes. A Constituição estabelecia uma proporcionalidade aritmética. Esse entendimento foi incorporado à Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que foi impugnada por ações de inconstitucionalidade, cujo julgamento declarou a Resolução constitucional. No entanto, foi aprovada a EC n.º 58/09, que alterou tal entendimento, aumentando

Por fim, deve-se destacar ainda a institucionalização dos CIRADS em que há uma integração entre o Poder Judiciário, o MPF, DPU, Advocacia Geral da União, Secretarias Municipais de Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde, além da Defensoria Estadual e Procuradoria de Justiça quando a matéria envolve direito fundamental a saúde. Esse órgão atua para resolver demandas de forma administrativa servindo de interlocutor entre os atores.

5.3.3 Experiência dialógica na saúde: casos apresentados de judicialização da saúde

Há experiências importantes na área da política pública da saúde que merecem destaque por representarem formas dialógicas de solução de desacordos. Nos EUA é possível verificar o controle judicial nas agências regulatórias e executivas responsáveis pelas áreas de saúde, educação, moradia etc. Por meio da chamada litigância de direito público (*public law litigation*), busca-se reestruturar os serviços prestados pelas agências (que fiscalizam), a fim de que os beneficiados tenham seus direitos respeitados. Os litígios, dos quais participa um conjunto de interessados, envolvem instituições públicas, como escolas, hospitais, prisões etc., e os provimentos judiciais têm como escopo a reestruturação e o monitoramento das instituições pelas agências. Essas ações objetivam desinsular as instituições que vinham falhando na prestação de serviços. Essa forma de atuar sofreu grandes críticas, mas esse modelo, chamado “experimentalista”, possibilita um contínuo aprendizado e uma contínua reconstrução, com a participação de uma rede de governança para solução dos problemas¹⁵².

A experiência sul-africana também oferece um exemplo via de intervenção e controle pelo Judiciário envolveu a *Treatment Action Campaign* (TAC), entidade protetora dos portadores de HIV. Foram estabelecidas fortes políticas restritivas de acesso aos medicamentos antivirais para as mães portadoras do vírus, o que limitava o acesso gratuito a apenas alguns centros especializados. A entidade propôs uma ação de direitos constitucionais para garantir o acesso ao serviço de saúde. O Tribunal acatou os argumentos do Estado e reconheceu que as disposições constitucionais não poderiam gerar direitos subjetivos para cada indivíduo, ainda que atingissem o mínimo existencial sanitário. Ao mesmo tempo, o Tribunal entendeu que o Governo estava obrigado a implementar um programa amplo para

significativamente a quantidade de vereadores. Outro caso foi a Lei da Ficha Limpa (LC n.º 135/10), que reverteu a decisão judicial sobre a impossibilidade de se considerar situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado como hipótese de inelegibilidade, obstando candidaturas para mandatos eletivos (SOUZA, 2013, p. 111-116).

¹⁵² Destaque-se o caso da reforma de instituições psiquiátricas, em que os tribunais primeiramente determinaram que as instituições públicas adotassem parâmetros de segurança, higiene e eficiência de tratamento dos doentes. Após, passou-se para a negociação, definindo um plano de execução, do qual participariam vários atores. Os réus eram os responsáveis pela implementação do que estava no plano e por possíveis falhas (SOUZA, 2013, 298)

garantir os referidos direitos às gestantes, combatendo a transmissão do vírus do HIV, determinando que fosse cessada a restrição imposta de acesso e houvesse facilitação de uso em hospitais (SOUZA, 2013, p. 303).

No Brasil, podemos destacar a ACP proposta pela Defensoria Pública Federal para que fosse disponibilizada a vacina de HPV. A ação foi julgada improcedente, no entanto, apesar dos argumentos contrários da União para a disponibilização da ação, dois anos após foi criada a política pública para atender meninas na faixa etária de 11 a 13 anos. Convém lembrar que na rede privada a mesma vacina vinha sendo disponibilizada para as demais faixas etárias. O argumento da União para que a ação fosse julgada improcedente é de que não havia comprovação da eficácia da vacina em todas as faixas etárias. No entanto, a União acolheu dialogicamente o argumento judicial e passou a oferecer a vacina na rede pública, ainda que limitada a uma determinada faixa etária. Assim, como afirmado anteriormente, se houvesse sido instituído o diálogo durante o processo a população poderia ter sido beneficiada com a política dois anos antes, implicando em milhares de mulheres protegidas do câncer e conseqüentemente ter ocorrido a redução de gastos com o câncer causado pelo HPV. Mesmo com a improcedência, não se pode desconsiderar que o Poder Judiciário funcionou como um grupo de pressão para que a política pública fosse instituída. Por outras palavras, a improcedência dos pedidos resultou numa espécie de diálogo indireto ou de engajamento entre os poderes, uma vez que o ajuizamento da ação persuadiu o Poder Público a refletir acerca da medida, que preferiu implementar antecipadamente, ao invés de aguardar novas ações que seriam propostas no Brasil requerendo igual medida.

Por fim, não se pode deixar de fazer referência à audiência pública de saúde no caso que envolveu o julgamento da STA 175 (audiências públicas – que é uma forma de conversação dentro do processo judicial).

Todo o processo trouxe repercussão nas demandas de saúde, abrindo rodadas procedimentais dialógicas em outros poderes, vez que definiu os parâmetros para as decisões envolvendo a saúde, incluindo a saúde preventiva. Após, houve a edição da Recomendação n.º 31, do Conselho Nacional de Justiça, em 30 de março de 2010, que recomendava aos Tribunais a realização de convênios que objetivem disponibilizar profissionais para auxiliar os magistrados na formação de seu convencimento.

Outro avanço em matéria de saúde individual foi a edição da Resolução n.º 107, de 6 de abril 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e a resolução das demandas, e o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, em São Paulo, quando foi publicada a declaração que determinou a criação e a integralização dos

Comitês Executivos Estaduais, órgão de formação multidisciplinar, cujo objetivo é apresentar um cronograma semestral de atividades, promover eventos científicos e propor medidas concretas e normativas voltadas para a prevenção e a solução de conflitos.

A mesma repercussão ocorreu com criação dos Comitês Interinstitucionais de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS)¹⁵³ (solução extrajudicial) criados a partir da audiência vem funcionando no curso do processo judicial¹⁵⁴. A função do comitês é analisar casos concretos em que o cidadão, assistido ou não pelo SUS, não tenha sido atendido, identificando-se as causas dos problemas, para encontrar soluções mais rápidas e seja evitada a judicialização ou solucionada a lide mais rápida. A recomendação do Conselho Nacional de Justiça tem sido cumprida, e os comitês têm sido instituídos a partir de termo de cooperação envolvendo diversos órgãos.

A atuação do comitê é um exemplo de possibilidade de diálogo entre as instituições públicas, uma vez que o objetivo é exatamente a cooperação entre os integrantes para a solução dos problemas encontrados nas demandas. A instituição desses comitês foi um grande avanço e demonstra que é possível minimizar as questões da saúde se houver um trabalho conjunto dos poderes instituídos e dos demais entes envolvidos. Essa experiência criada para auxiliar o judiciário na solução de conflitos judiciais envolvendo a saúde vem na verdade se ampliando para a solução de conflitos antes da judicialização da ação. As Defensorias Públicas e o Ministério Público têm se socorrido junto à comissão buscando: compor os litígios, definir as competências de cada ente, estabelecendo recomendações para atendimento das demandas. Quando o processo está judicializado a atuação busca a mesma forma compor o desacordo a fim de buscar encerrar aquela demanda. Por fim, como sugestão, poderia ser ampliada a atuação dos CIRADS de forma a ser institucionalizada no âmbito da judicialização a fim de garantir o diálogo entre os envolvidos para a solução da controvérsia.

As teorias do diálogo servem para melhorar o sistema de saúde preventiva, permitindo a participação e a intervenção de diversos atores especialistas em saúde e em políticas públicas, não havendo uma preocupação apenas com o direito subjetivo. Não significa proibir as demandas individuais, mas antes, priorizar as ações coletivas, de forma a melhorar o sistema. No Brasil, no que diz respeito à saúde privada ou a planos de saúde, já têm sido

¹⁵³ Destaque-se que apesar de o tema do diálogo ser utilizado para o controle de constitucionalidade, portanto, mais abrangente, a pesquisa se utiliza das bases dialógicas para discutir a concretização do direito a saúde preventiva.

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://www.pge.pa.gov.br/?q=node/340>>. Acesso em: 21 nov. 2014.13:22.

No Estado do Pará, o comitê conta com a participação: Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Procuradoria Geral do Estado do Pará, MPF, Defensoria Pública da União, Advocacia Geral da União, Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos de Belém, Secretaria Municipal de Saúde de Belém, Secretaria de Saúde Pública do Pará, Defensoria Estadual e Procuradoria de Justiça

adotadas medidas de regulação da atividade, nos moldes da *Public Law Litigation* norte-americana. Medidas semelhantes poderiam ser adotadas para o SUS (SOUZA, 2013, p. 324)

O modelo adotado no Brasil, em que o Judiciário faz parte do processo decisório, significa uma grande conquista do nosso sistema, porque se incentiva a cooperação entre os poderes na própria estrutura do sistema. Nesse mesmo sentido, podemos destacar também a opinião de Sarlet e de Figueiredo (2013, p. 35).

O diálogo é uma alternativa viável para superar a polarização entre supremacia parlamentar e supremacia judicial. A hipótese de rodadas procedimentais e de última palavra provisória, fundando o modelo deliberativo na persuasão, no qual se busca convencer o outro, bem diferente do modelo adversarial, em que um tenta impor-se ao outro. De acordo com a essa teoria, baseada no que chama “rodadas procedimentais”, haverá diversos debates até que se chegue a uma resposta; no entanto, essa resposta é provisória até que seja realizada outra rodada procedimental. Uma resposta vincula-se à outra nova resposta, dessa forma não haveria um ganhador e um perdedor (MENDES, 2013, p. 168-169).

Como se observa, abandonando-se o jogo binário entre Corte e Parlamento, a terceira via representada pelo diálogo parece ser bem apropriada para a resolução das questões que envolvem a saúde preventiva. De fato, por meio de uma interação entre todos os atores, é possível chegar a uma solução viável que atenda aos diversos grupos de pressões sociais. A atuação dialógica direta na saúde preventiva, especialmente na saúde primária, também é uma solução viável para a melhoria dos serviços de saúde, assim como, para a otimização da aplicação dos recursos públicos, que são limitados e necessitam passar por um processo de escolha inteligente. Além da melhoria dos serviços e, por conseguinte, da saúde da população, tal medida repercutiria diretamente nas ações judiciais curativas, que hoje são responsáveis pela pulverização de um volume considerável de recursos em casos individuais, sem que a sociedade possa sentir a imediata melhoria dos serviços.

Com o novo do CPC que exige das partes a busca por uma solução de mediação e conciliação antes da contestação e a atuação dos CIRADS as ações envolvendo a saúde podem tomar outros rumos, seja com a diminuição da judicialização, seja em razão da autocomposição da lide no início do processo judicial.

É necessário ainda um maior envolvimento dos os órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública e poderes que busquem uma solução conjunta ou, ainda, que busquem uma atuação mais abrangente que garanta solução provisória. Nesse cenário a atuação do Judiciário não deve ser vista como maléfica, ao contrário, pode ser uma atuação fomentadora.

A atuação do Judiciário poderia ter sido ampliada se no projeto do novo Código Civil houvesse sido mantido a possibilidade de os juízes converterem as ações individuais em uma ação coletiva. Sem dúvida que em matéria de saúde haveria um grande avanço, pois a ação coletiva ampliaria a prestação, forçaria a negociação entre os envolvidos, atenderia a justiça distributiva, além de garantir maior coerência nas decisões.

O certo é que as diferenças embora existam entre os poderes e a forma de controle é necessário instituir uma forma de superar as dicotomias que tem se apresentado, e o diálogo vem como alternativa viável e possível de ser implementada, como ocorreu nos exemplos apresentados, seja, por meio do diálogo direto deliberativo ou por meio do diálogo não deliberativo. No caso de política pública de saúde preventiva a saída do diálogo indica ser o meio viável. E tem havido muita receptividade por parte das arenas de debates a inserção de meios que fomentem a cooperação entre os envolvidos.

5.4 PARÂMETROS JUDICIAIS PARA O DIÁLOGO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

5.4.1 Suspensão da Tutela Antecipada n.º 175: parâmetros para a saúde preventiva

Dada à importância do tema, o STF ofereceu definições importantes para o direito à saúde e estabeleceu parâmetros jurisprudenciais que têm delimitado as decisões judiciais, que, apesar de não vinculativas, promovem certa acomodação em relação a algumas celeumas judiciais após a convocação de uma audiência pública em 2009 que culminou com o julgamento da STA 175. Ademais no voto restou consignado que seria levado em consideração a experiência e os dados colhidos na audiência pública, o que demonstra que a audiência influenciou nas decisões adotadas pelos ministros, tanto que em algumas passagens é feita referências aos discursos proferidos. O evento, embora não tenha focado diretamente a saúde preventiva, definiu parâmetros que também servem para a análise dos casos de judicialização de ações preventivas, razão pela qual serão abordados no presente estudo.

Tratava-se de agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF em que foi indeferido o pedido de STA n.º 175 (que contém apenas a STA n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo município de Fortaleza)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ A medida foi proposta contra acórdão proferido pela 1.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, nos autos da Apelação Cível n.º 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

O indeferimento ocorreu sob o argumento de não ter sido vislumbrada a grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública. A matéria fática trazida como pano de fundo foi o fornecimento de medicamento *Zavesca* a paciente portador da patologia denominada *Niemann-Pick tipo C*, que causa distúrbios psíquicos numa típica ação individual.

A audiência pública foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009. Foram ouvidos mais de 50 especialistas: advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS. Na época, tramitavam diversas demandas versando sobre a matéria da saúde^{156 157}. Muitos representantes defenderam seus pontos de vista em relação à saúde, no entanto, poucos abordaram o tema da saúde preventiva.

Outras manifestações também representaram grandes contribuições para a conclusão do STF e o julgamento da STA 175. Os discursos servem para que se conheça a preocupação de vários segmentos da sociedade e ajudem na reflexão sobre o assunto saúde e ao mesmo tempo demonstram que, mesmo num debate tão amplo, a saúde preventiva foi relegada ao segundo plano. No entanto, os argumentos podem ser transportados para a saúde preventiva.

Como resultado da audiência foi proferido o julgamento que firmou os seguintes parâmetros sobre a judicialização da saúde.

a) **direito de todos**¹⁵⁸ abrange a esfera tanto do direito individual, como do direito coletivo. Não mais se pode entender que as normas na área da saúde sejam consideradas de caráter programático, pois se assim fosse, estaria sendo negada a própria força normativa da Constituição. O direito subjetivo seria a garantia da política pública de saúde, porém as decisões judiciais não poderiam comprometer o SUS. Deve se adotar o critério da justiça distributiva baseada em escolhas alocativas, levando em consideração o número de pessoas atingidas, a efetividade e eficácia do serviço, maximização de resultado, entre outros.

¹⁵⁶ Agravos regimentais nas Suspensões de Liminares n.º 47 e n.º 64, Suspensões de Tutela Antecipada n.º 36, n.º 185, n.º 211 e n.º 278 e Suspensões de Segurança n.º 2361, n.º 2944, n.º 3345 e n.º 3355, processos de relatoria da Presidência.

¹⁵⁷

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>> Acesso em: 20 de jun. 2015. 09:36.

Os principais temas debatidos na audiência foram: o acesso às prestações de saúde no Brasil, um desafio para o Poder Judiciário; responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS; gestão do SUS (legislação do SUS e universalidade do sistema); registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; políticas públicas de saúde (integralidade do sistema); assistência farmacêutica do SUS. A audiência visava esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais

¹⁵⁸ O Procurador Geral da República em seu discurso destacou a necessidade de se atender a todos e que o judiciário deve interferir especialmente no caso de omissão do Poder Público, e alertou acerca da falta de especificação do direito a saúde e a importância de se acompanhar a execução da política a fim de se evitar fraudes.

b) **dever do Estado** o parâmetro firmado foi que o ente tem o dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, a partir do estabelecimento de diretrizes básicas: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas¹⁵⁹; participação da comunidade. A descentralização dos serviços e a divisão dos recursos reforçam a ideia de solidariedade¹⁶⁰ entre os entes;

c) **garantia por meio de políticas sociais e econômicas**, determinou a elaboração de políticas públicas para que os direitos a saúde sejam concretizados por meio de escolhas alocativas e critérios distributivos¹⁶¹, mas foi ressaltado o caráter programático¹⁶² em razão dos progressos da medicina o que não afasta a obrigatoriedade do Poder Público de criar políticas públicas. No entanto, é bom destacar que, na visão do STF, há políticas públicas (e, portanto, legislações suficientes que criam a política pública) suficientes para a proteção do direito a saúde, a não ser em relação às novas tecnologias. Esse parâmetro fortalece a ideia de que o judiciário pode interferir num área bem ampla da política pública.

d) **políticas visem devem reduzir do risco de doença e de outros agravos**. A Constituição indica a necessidade de se instituírem medidas preventivas na área da saúde, o que foi reforçado pelo artigo 198. No entanto, não houve grandes debates sobre essa matéria – apesar de terem sido encontradas algumas decisões no STF versando sobre ações de prevenção que serão objeto de estudo neste trabalho. Em audiência alguns especialistas ressaltaram a importância da prevenção da saúde e citaram o programa PFS¹⁶³;

¹⁵⁹ Assim como é previsto na Constituição, a decisão enfocou a necessidade de se priorizar a prevenção na saúde.

¹⁶⁰ Na audiência pública da saúde, o jurista, Luís Roberto Barroso tratou da questão da solidariedade dos entes e enfatizou a importância de se definir melhor o papel de cada um, assim como, a necessidade de o Judiciário ser responsável por deflagrar um diálogo institucional e compelir a autoridade pública a ter uma política articulada em relação a determinadas demandas, quando for detectada sua ausência. Nos casos em que, mesmo havendo uma política pública instituída, a demanda não for atendida pelo ente, o autor merece o provimento, e o Judiciário deve decidir que todas as pessoas naquela situação devem ser atendidas, transformando a demanda individual em coletiva, por exemplo, oficiando o juiz ao Ministério Público, que demandaria, ou, *lege ferenda*, o próprio juízo transformaria a ação individual em coletiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em: 20 de jun. de 2015. 22:50.

¹⁶¹ Nesse aspecto, é possível confirmar a ideia da justiça distributiva. Para Beauchamp e Childress (1994, p. 327), a expressão “justiça distributiva” refere-se “à distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade determinada para justificar normas que estruturam os termos da cooperação social. Seu âmbito inclui as políticas que distribuem benefícios e responsabilidades diversas, tais como a propriedade, os recursos, os impostos, os privilégios, e as oportunidades. As várias instituições públicas e privadas são envolvidas, incluindo o governo e o sistema de saúde. O termo justiça distributiva é usado às vezes amplamente para se referir à distribuição de todos os direitos e responsabilidades na sociedade”.

¹⁶² Na Audiência publicada saúde o tema da norma programática foi trazido pelo, Flávio Pansiere, membro da comissão de estudos da OAB. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr. Flávio Pansiere membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB .pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere_membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf)> Acesso em: 21 de jun. de 2015. 14:08.

¹⁶³ Paulo Ziulkosk, presidente da Confederação Nacional dos Municípios, ressaltou a função dos municípios na atenção básica, a importância do Programa Saúde da Família, a função dos agentes comunitários de saúde, a

e) políticas públicas têm que visar o acesso universal e igualitário. Ficou definido que essa meta está relacionada à impossibilidade de haver preconceitos ou privilégios em relação à saúde por parte dos entes. Importante destacar que esse assunto teve um dia específico de debate. Destaque-se o discurso do Ex Secretário Adib Jatene¹⁶⁴ que abordou a questão dos valores gastos em saúde;

f) instituição de ações e serviços para a promoção, à proteção e a recuperação da saúde. Aqui não houve aprofundamento em relação a ações de promoção e proteção (vinculados à prevenção primária). Foi reforçada a ideia de que os maiores problemas na área da saúde dizem respeito mais à implementação e à manutenção de políticas públicas do que à falta de legislação específica (ou criação de política pública) para a efetividade do direito. Ficou constatado que a maioria das situações envolvendo a intervenção do Judiciário está relacionada ao cumprimento de políticas preestabelecidas. Assim, o parâmetro para os julgamentos é a existência ou não de uma política pública estatal para a prestação de saúde pleiteada. Caso não tenha sido formulada, dever-se-á perquirir se a omissão foi legislativa ou

farmácia básica, a imunização e a vigilância e a divisão de competências, nos cinco mil quinhentos e sessenta e três municípios. Ana Beatriz Vasconcellos, Coordenadora Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde, reforçou que a alimentação e a nutrição são requisitos básicos da promoção e da proteção da saúde e possibilitam o alcance do potencial pleno do desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania. Essas questões também fazem parte da política pública do SUS. As diretrizes do SUS são: estímulo das ações intersectoriais, para garantia da segurança alimentar e nutricional; respeito da garantia da qualidade de alimentos e dos serviços de alimentação e nutrição; respeito do monitoramento da situação alimentar e nutricional da população, que permite ao SUS realizar o diagnóstico permanente descritivo e analítico dos problemas nutricionais e seus determinantes, caracterizando áreas geográficas de maior risco, segmentos sociais e grupos vulneráveis biologicamente, incluindo a prevenção e o controle dos distúrbios nutricionais das doenças associadas à alimentação e à nutrição.

O Sr. José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, destacou a prevenção do câncer¹⁶³. Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde, afirmou que há quatro grandes componentes das políticas do SUS voltadas para a expansão do acesso racional aos medicamentos no Brasil – incluindo as vacinas; programas de assistência farmacêutica; programa da Farmácia Popular; programa de expansão do acesso a medicamentos genéricos; Programa Nacional de Imunização. Assim, quando o Poder Judiciário determina a concessão de qualquer Direito Social, fixando o modo de exercício do direito, não está “criando” política pública, ou política social está determinando que um específico direito previsto no ordenamento seja concedido a quem dele faz jus (FILHO, 2008.p.77).

¹⁶⁴ Na audiência convocada para julgamento da STA n.º175, Dr. Adib Jatene, ex-Ministro da Saúde, também apresentou dados relevantes sobre os gastos com saúde. Afirma haver um déficit real no orçamento da Seguridade vez que o orçamento de 1985, corrigido pela inflação até a data da audiência pública era maior que o orçamento de 2008. Em 1995, aplicava-se 22% do orçamento da Seguridade; em 1998, esse percentual caiu para 18% e em 2008 caiu ainda mais, para a ordem de 12 %; já a população, nesse mesmo período, cresceu em 30 milhões de pessoas. Isso demonstraria uma redução sistemática em termos relativos nos gastos com saúde. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Adib_Jatene.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2015. 22:56. O presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) também contribuiu para o debate apresentando dados relevantes sobre os gastos com a saúde. Segundo ele, entre 2001 e 2007, a União reduziu seus investimentos em saúde de 60% para 45%, enquanto, no mesmo período, os estados tiveram de aumentar seus gastos com a saúde de 19% para 27% e os municípios, de 22% para 28%. Ressaltou que a OMS estimou que, em 2005, o Brasil gastou em saúde 7,9% do PIB, 44% de valores públicos e 55,9% de recursos privados. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Osmar_Terra.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2015. 23:00.

administrativa, se a decisão administrativa foi de não fornecer medicamento ou se há vedação legal da dispensação¹⁶⁵. No caso de vedação, deverá ser observado o devido registro do medicamento ou do tratamento nos órgãos responsáveis, a fim de que possa garantir a saúde¹⁶⁶. Há ainda as exceções a serem consideradas para o caso de importação de medicamentos não registrados em que será necessária a autorização da Anvisa¹⁶⁷. Assim, deverão ser privilegiados os tratamentos do SUS, e não a opção escolhida pelo paciente, desde que não comprovada à ineficácia ou a impropriedade da política do SUS. Há que ser considerado ainda os tratamentos experimentais que somente são disponibilizados em estudos clínicos¹⁶⁸.

Ficou estabelecido que há necessidade de revisar periodicamente os protocolos existentes no SUS a fim de que se possam elaborar novos protocolos. O Ministro Celso de Melo ainda destacou que o STF vem em suas decisões neutralizar os efeitos nocivos, lesivos e perversos que resultam da inatividade estatal que representam um insulto aos direitos básicos. Ressaltou a impossibilidade do retrocesso a fim de comprometer as conquistas alcançadas no que ele chama de dimensão negativa do direito que impede que aqueles direitos conquistados sejam reduzidos ou suprimidos com exceção nos casos em que haja compensação. Por fim ainda destacou que entre proteger a inviolabilidade da vida e da saúde e o direito secundário, deve-se optar pela vida.

¹⁶⁵ Dispensação é o ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não.

em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Antonio_da_Silva.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2015. 23:15.

¹⁶⁶ Conforme determinado na Lei n.º 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária e o fornecimento de medicamentos.

¹⁶⁷ Na Audiência pública da saúde, Heloisa Machado de Almeida, representante da Conectas Direitos Humanos, que abordou o tema referente às patentes sobre os medicamentos. A proteção das patentes teria como objetivo o fomento à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação; no entanto, na prática, a proteção não estaria gerando o resultado esperado em termos de inovação. Como exemplo, foi destacada a total ausência de pesquisa para medicamentos para a malária e a doença de chagas, que assolam o Brasil há anos, mas, por serem doenças de pessoas pobres, não há interesse em se buscar uma solução mais definitiva. Afirma que em 1994, os incentivos caíram de 91 milhões de dólares para 37 milhões de dólares após a edição da Lei de Propriedade Industrial¹⁶⁷. Ressaltou a diferença entre o preço pago pelo medicamento protegido por patente no Brasil e o preço internacional. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Heloisa_Almeida.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2015. 22h48.

¹⁶⁸ Na Audiência da saúde, Paulo Hoff, Diretor do Instituto do câncer, ressaltou que deve ser disponibilizados apenas nos locais que estão realizando o estudo clínico, não podendo obrigar o SUS a custear o tratamento. Dividiu em quatro etapas: a primeira da “droga experimental” aquela não aprovada em local algum do planeta e cuja eficácia realmente ainda não foi demonstrada em um estudo clínico; depois, as drogas aprovadas apenas fora do Brasil; as drogas aprovadas no País, mas que são utilizadas fora da indicação de bula; e as drogas aprovadas no País, mas não disponibilizadas no SUS, disponíveis apenas para pacientes que tenham condições econômicas ou uma fonte pagadora na saúde suplementar. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf Acesso em: 21 de jun. de 2015. 15:18.

Restou nítido nos argumentos que não é possível atender a saúde, mesmo que a preventiva, em todas as dimensões, na totalidade dos pedidos levados ao Judiciário, por causa da existência de muitas distorções. No entanto, também não é mais possível afastar o direito constitucional sob o argumento de que o fundamento está numa norma programática, ou porque existe um limite material, ou, ainda, porque existem limites constitucionais que impedem o Judiciário de intervir ou de atuar.

Também ficou claro que a inoperabilidade da administração e do legislador para definir melhor os parâmetros do direito à saúde, englobando a preventiva, não pode ser suficiente para privar a população do direito prescrito na Constituição, assim como, a simples alegação de falta de recurso não pode impedir a concretude do direito.

É necessário debater outras soluções, especialmente em relação à saúde preventiva, para a concretude do direito, no entanto, os argumentos construídos pela Administração Pública que limitavam os direitos a saúde foram perdendo força e dando espaço a argumentos em prol da garantia do direito fundamental à saúde. Muitas falhas na saúde advêm da própria administração que é inerte na execução da política, na fiscalização da execução, na ausência de intervenção do poder público na política de proteção dos medicamentos, e no pouco interesse na saúde preventiva. Não se deve desconsiderar que o descaso com a prevenção poderá ainda estar relacionado à lucratividade da saúde curativa¹⁶⁹.

Será apresentado no próximo tópico dados relacionados às decisões judiciais de saúde que tramitam no STF além de apresentar casos de judicialização envolvendo a prevenção relacionado ao Programa Saúde da família e a disponibilização da vacina contra o HPV.

5.4.2 Pesquisa de casos de judicialização da saúde preventiva no STF e TJE/PA.

Inicialmente apenas como informação foi realizada uma pesquisa na Procuradoria Geral do Estado do Pará, nas ações judiciais da capital em que o Estado do Pará apareceu como réu na área da saúde perante o Tribunal de Justiça do Estado e não foi identificada nenhuma ação na área da saúde preventiva¹⁷⁰. No STF foram feitas pesquisas no período de

¹⁶⁹ Essa afirmação serve apenas de reflexão e merece estudo aprofundado.

¹⁷⁰ No TJE/PA foram ajuizadas aproximadamente 487 medidas judiciais nos três anos: 2010, 2011 e 2012. Em 2010, foram propostas 123 ações; em 2011, 152 ações, e; em 2012, 212 ações. No Estado do Pará, as demandas têm aumentado; de 2010 para 2012 o crescimento foi de 72%. Os casos mais comuns também envolveram fornecimento de medicamentos (180), tratamento médico (154), tratamento fora do domicílio (66), internações hospitalares (26), entre outras (61). Porém nenhuma ação foi vinculada à prevenção, pelo menos não nas ações em que a Procuradoria do Estado do Pará atuou no período de 2010 a 2012. A totalidade das ações incidiu na área curativa, demonstrado que, tanto nas ações individuais, como nas ações coletivas, a preocupação é com a

2010 a 2013, em que se identificaram poucas ações específicas na saúde preventiva¹⁷¹. Assim ficou o levantamento.

Quadro 5 – Ações judiciais no Supremo Tribunal Federal em saúde (2010-2013).

ACÇÕES	2010	2011	2012	2013	TOTAL
Acórdão	8	7	10	9	34
Presidência	25	10	17	13	65
Monocrática	249	196	209	267	921
TOTAL	282	213	236	289	1020

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

No STF, em 2010, foram encontrados 8 acórdãos e 25 decisões da presidência¹⁷². Não foi localizada nenhuma ação preventiva¹⁷³. Dos 8 acórdãos, foram excluídas as decisões que não tinham vinculação direta com a pesquisa restando 3¹⁷⁴ decisões que estavam vinculadas a tratamento ou medicamentos na área da saúde curativa. Nas 3 decisões foi concedido/mantido o direito à saúde.

Das 25 decisões da presidência, foram excluídos assuntos que não tinham vinculação direta com a saúde, restando apenas 13¹⁷⁵. Não foi localizada nenhuma a saúde preventiva. Não foram concedidas a suspensão em 11 decisões (mantendo a decisão do tribunal local referente à prestação à saúde) e 2 (pedidos da União) concederam a suspensão requerida (suspenderam a prestação a saúde). Do total (13) das decisões, 10 foram examinadas apenas monocraticamente e 3 foram confirmadas no colegiado. Foi possível observar referências à audiência pública convocada em 2009 na STA 175/CE em 11 decisões monocráticas¹⁷⁶. Constata-se que nesse ano (após a ocorrência da audiência) os julgamentos passaram a fazer referência à audiência pública, ao menos nas decisões da presidência, no entanto,

remediação da doença ou com a saúde preventiva secundária e terciária. Apesar de o Ministério Público ter ajuizado 215, atuando com destaque mantém a cultura de propositura de ações paliativas.

¹⁷¹ O parâmetro de pesquisa foi às palavras “saúde e pública”. A pesquisa foi refinada para eliminação de assuntos que não tinham relação direta com o tema proposto, como, por exemplo, plano de saúde, repasse de recursos, mandado de injunção. Ainda assim, observou-se que as ações versavam, na maioria, sobre a saúde curativa ou a saúde preventiva secundária e terciária. Não se buscou na pesquisa apresentar todas as ações de saúde, mas examinar o comportamento dessas decisões, a partir do parâmetro estabelecido, a fim de verificar o nível de aderência do Judiciário a questões da área preventiva.

¹⁷² As decisões monocráticas foram analisadas separadamente num total de 249 que somadas as demais decisões totalizam 282.

¹⁷³ Nesse ano, as principais ações versavam sobre fornecimento de medicamentos, importação de medicamentos, pagamento de despesa fora do domicílio e transplante renal, o que se repete nos demais anos de 2011, 2012 e 2013

¹⁷⁴ AI 734487 AgR / PR; SL 47 AgR / PE; STA 175 AgR / CE.

¹⁷⁵ STA 390 / PB; PE – PERNAMBUCO. SUSPENSÃO; SL 256 / TO; STA 424 / SC; STA 260 / SC; STA 316 / SC; STA 334 / SC; STA 434 / BA; SS 3989 / PI; STA 283 / PR; SS 3962 / SE; SS 3852 / PI; SS 3941 / DF; AI 734487 AgR / PR; SL 47 AgR / PE; STA 175 AgR / CE.

¹⁷⁶ STA 424/SC, SS 3962/SE, STA 421/PE, SL 256/TO, STA 260/SC, STA 334/SC, STA 434/BA, STA 283/PR, SS 4045/CE, SS 3852/PI e SS 3941/DF.

considerando o número de ações totais os 11 casos são considerados de pouca representatividade.

Em 2011, foram encontrados 7 acórdãos e 10 decisões da presidência. Dos 7 acórdãos, foram excluídos assuntos que não tinham vinculação direta com a saúde, restando apenas 1¹⁷⁷ que se referia a concessão de medicamento (as demais não tinham vinculação direta com o tema).

Das 10 decisões da presidência, foram excluídos assuntos que não tinham vinculação direta com a saúde, restando apenas 3¹⁷⁸ decisões que estavam vinculadas a tratamento ou medicamentos na área da saúde curativa. Não foi encontrada nenhuma decisão na área preventiva. Não foi concedida a suspensão requerida em nenhuma das 3 decisões, mantendo a concessão liminar da prestação à saúde. Nenhuma das 3 decisões foram examinadas pelo colegiado. Nas decisões pesquisadas no ano de 2011, não se verificou referência à audiência pública realizada. Esse dado demonstra como o diálogo foi importante para legitimação da judicialização da política da saúde apenas no primeiro ano, vez não se repetiu o argumento nas demais decisões judiciais, da mesma forma também não se localizou decisão na área da saúde preventiva.

Em 2012, foram encontrados 10 acórdãos e 17 decisões da presidência que versavam sobre saúde. Dos 10 acórdãos, foram excluídos assuntos que não tinham vinculação direta com a saúde, restando apenas 2¹⁷⁹ envolviam o tema saúde e foram mantidas a decisão que concedeu a prestação à saúde. No AI 809018 AgR/SC, na ACP, ficou determinada a possibilidade de implementação de políticas públicas para a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição. No Agravo Regimental, no RE n.º 665764/ RGS, ficou estabelecido que o Judiciário pode interferir em políticas públicas, o que corrobora o argumento da ADPF 45.

Em relação às 17 decisões da presidência foram excluídos assuntos que não tinham vinculação direta com a saúde, restando apenas 1, o ED, no RE 665764 AgR/RS, referente a saúde e que não alterou a decisão de conceder a prestação à saúde. Em 2012, não foi possível verificar referência à legitimação dialógica da judicialização da saúde discutida na audiência pública realizada na STA 175, o que demonstra que a influência legitimadora da audiência se fez necessário apenas no ano posterior ao julgamento da STA n.º 175.

¹⁷⁷ RE 607381 AgR / SC.

¹⁷⁸ STA 538 / RJ; SS 4316 / RO; SS 4304 / CE.

¹⁷⁹ AI 809018 AgR / SC; RE 665764 AgR / RS.

Em 2013, foram encontrados 9 acórdãos e 13 decisões da presidência. Dos 9 acórdãos, foram excluídos assuntos que não tinham vinculação direta com a saúde, restando apenas 4¹⁸⁰ que se referiam a saúde e mantiveram a decisão que concedeu a prestação. Uma decisão era de cunho preventivo. Destaque-se as seguintes decisões: ARE 740800 AgR/RS, AG. REG, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário interposto contra decisão que entendeu ser devido o direito pleiteado, para aumento de leitos em unidade de terapia intensiva (UTI). O relator negou seguimento ao agravo confirmado pela turma; RE 581352 AgR/AM, AG. REG, no RE, interposto pelo Estado do Amazonas que inadmitiu o recurso extraordinário, para ampliação e melhoria do atendimento e gestantes em maternidades estaduais¹⁸¹, recurso interposto pelo Estado do Amazonas, que foi desprovido; RE 716777 AgR/RS, AG. REG, no RE, Interposto pela União, que inadmitiu o recurso extraordinário interposto contra decisão que entendeu ser devido o direito pleiteado, para tratamento e preservação da saúde de pessoas carentes com doenças oncológicas, tendo sido desprovido o agravo interposto pela União, confirmado pela turma. Em relação às decisões da presidência, cabe destacar a Suspensão de Liminar n.º 710/SC, formulada pela União, para suspensão da decisão que determinou o fornecimento de medicamento a todos os pacientes acometidos com câncer de mama, tendo sido indeferido o pedido de suspensão. Foi possível localizar decisão referente ao atendimento de gestantes como ação de caráter preventivo (Essa ação será tratada no item abaixo sobre ações preventivas).

Das 13 decisões da presidência foram excluídos assuntos que não tenham vinculação com a pesquisa, restando apenas 1¹⁸² que realmente tratava do tema saúde. O pedido de suspensão foi interposto pela União, tendo sido indeferido pleito, mantendo-se a decisão que concedeu a prestação. O pedido somente foi examinado monocraticamente. Vejamos o resumo dos julgados.

Quadro 06 – Ações judiciais no Supremo Tribunal Federal em saúde (2010-2013).

ANO	TOTAL	EXCLUSÃO RESTOU	coletiva		individual		DP	MP	ÓRGÃO	
			Qtde	%	Qtde	%			relator	turma
2010	249	13	3	23,07	10	76,92	7	3	9	4
2011	196	31	18	58,08	13	41,93	10	17	24	6
2012	209	31	6	19,35	25	80,65	8	7	28	3
2013	267	74	19	25,67	55	74,32	26	18	21	21

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

¹⁸⁰ ARE 740800 AgR / RS; RE 581352 AgR / AM; RE 716777 AgR / RS; RE 642536 AgR / AP.

¹⁸¹ Essa ação tem cunho eminentemente preventivo.

¹⁸² SL 710 / RS.

Em 2010, foram encontradas 249 decisões monocráticas¹⁸³. Após excluir alguns assuntos¹⁸⁴ restaram 13¹⁸⁵ decisões. Das decisões analisadas, 10 corresponde a demandas de medicamento. Não houve a preocupação por parte do *Parquet* com a saúde preventiva.

Das 13 ações selecionadas, apenas 1 foi demandada contra a União. Do total (13) das decisões pode-se concluir que em apenas 3 não concederam/confirmam o direito a saúde, correspondendo 23,07%, todas ações individuais¹⁸⁶. Conclui-se que as decisões levadas ao STF, sejam coletivas ou individuais acabam por privilegiar¹⁸⁷ o direito a saúde e, por conseguinte, entende que a atuação do judiciário em matéria de política pública é viável na mesma linha firmada na STA n.º 175.

Em 2011¹⁸⁸ foram encontradas 196 decisões monocráticas¹⁸⁹. Após excluir alguns assuntos¹⁹⁰ restaram 31¹⁹¹ decisões. Das decisões analisadas, 10 referem-se a fornecimento de medicamento que correspondem a 32,25%, o que representa uma queda significativa em relação a 2010 que corresponde a 78,57%. Nesse ano, houve uma ampliação das ações na área da saúde saindo de 13 para 31, um crescimento de 138,46%. O Ministério Público também teve ampliado a sua atuação respondendo por 54,83% das ações propostas. Apenas uma ação foi proposta por associação e não pelo Ministério Público. Das 31 ações selecionadas apenas 2 envolviam a União como recorrente, mas mesmo assim a prestação à saúde foi concedida, o que demonstra que mesmo nos litígios (individuais) contra a União, o STF mantém seu

¹⁸³ As decisões monocráticas foram analisadas separadamente num total de 249 que somadas as demais decisões totalizam 282.

¹⁸⁴ Mandados de injunção, ressarcimento a plano de saúde, *habeas corpus*.

¹⁸⁵ RE 575361 / PR; AI 797349 / RS; RE 626193 / RS; AI 826577 / RS; RE 631275 / RS; AI 809700 / RS; RE 537912 / DF; RE 626341 / RS; AI 790737 / RS; AI 800139 / RS; AI 734487 / PR; AI 785238 / RJ; AI 711953 / DF;

¹⁸⁶ As decisões que julgam ser devido o direito a saúde podem ter ocorrido pelo julgamento do Recurso Extraordinário, seja negando seguimento ao recurso do ente não modificando a decisão de piso, seja porque a decisão não tinha ligação com o bem pretendido.

¹⁸⁷ Importante destacar que na audiência pública convocada antes do julgamento da STA n.º 175 o juiz federal, Jorge André de Carvalho Mendonça, da 5.ª Vara Federal de Recife, destacou o estudo realizado na 1.ª, na 2.ª, na 3.ª e na 5.ª Região em 2008 e 2009, quando todas as liminares foram confirmadas no juízo de 2.º grau, apenas no Tribunal Regional Federal - TRF da 4.ª Região houve algumas limitações. Conclui então que os juízes de 1.º grau não são irresponsáveis ao conceder as liminares, como muitas vezes é ventilado, já que tem suas decisões revistas e confirmadas, muitas vezes até pelo STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> Acesso em: 20 de jun. 2015.

¹⁸⁸ Foi usado o mesmo parâmetro “saúde e política”.

¹⁸⁹ As decisões monocráticas foram analisadas separadamente num total de 196 que somadas as demais decisões totalizam 213.

¹⁹⁰ Mandados de injunção, ressarcimento a plano de saúde, *habeas corpus*.

¹⁹¹ RE 590664 / RS; ARE 642258 / RS; ARE 659539 / RS; RE 575179 / ES; RE 570186 / ES; AI 651909 / RJ; RE 655554 / MT; RE 642536 / AP; ARE 635679 / GO; AI 674764 / PI; AI 675275 / RJ; RE 648410 / DF; ARE 650343 / RS; RE 628293 / DF; RE 628345 / DF; ARE 646235 / SP; RE 510818 / RS; RE 639260 / RS; RE 559073 / RS; AC 2839 MC / RS; RE 641916 / PR; AI 837735 / RJ; AC 2267 AgR / PR; RE 587084 / PR; AI 774167 / SC; RE 594633 / RS; AI 840928 / SP; AC 2836 MC / SP; AI 839594 / RS; RE 586995 / MG; AI 837938 / MT.

posicionamento. Por fim, das 31 decisões analisadas, em apenas 6 situações a decisão do STF não concedeu/confirmou o direito à saúde, correspondendo a 19,35%¹⁹², sendo que três decisões eram coletivas (9,67%) e três individuais (9,67%). Das 31 decisões monocráticas selecionadas, 24 transitaram em julgado com a decisão do relator e 6 foram confirmadas pela turma, não havendo portanto, qualquer decisão da turma que tenha reformado a decisão do relator.

Em 2012, foram encontradas 209 decisões. Após a exclusão de assuntos que não estavam relacionados diretamente com saúde, restaram 31¹⁹³ decisões. Das decisões analisadas, 7 referem-se a fornecimento de medicamento que correspondem a 22,58% das ações, o que representa uma queda significativa em relação a 2010 que representavam 76,92%. Foram identificadas 13 ações para tratamento médico, incluindo exames, representando 41,93%. Das 31 decisões de saúde, apenas 6 tinham feição de ação coletiva o que representa baixa densidade de medidas coletivas, conseqüentemente, também baixíssimas ações preventivas, vez que as referidas ações são de cunho coletivo. Das 31 ações selecionadas, apenas 4 envolviam a União no polo ativo da demanda. Das 31 decisões analisadas pode-se concluir que em apenas três situações o STF não confirmou a decisão do tribunal local, seja julgando o RE, seja negando seguimento ao recurso do ente não modificando a decisão de piso.

Em 2013, foram encontradas 267 decisões. Com o tratamento dos provimentos jurisdicionais alguns assuntos¹⁹⁴ foram excluídos da análise e restaram 74¹⁹⁵ decisões. Das decisões analisadas, 34 referem-se a fornecimento de medicamento correspondendo a 45,94%

¹⁹² Está se considerando o resultado dos julgamentos, seja julgando o Recurso Extraordinário, seja negando seguimento ao recurso do ente não modificando a decisão de piso e uma decisão não tinha ligação com o bem pretendido.

¹⁹³ ARE 705672 / RJ; ARE 706331 / SP; RE 713241 / RN; RE 713231 / RN; ARE 704791 / RJ; RE 725184 / RN; ARE 685230 / MS; ARE 721928 / SC; RE 630385 / MG; RE 650312 / SC; RE 626505 / RJ; AI 761949 AgR / RS; RE 713635 / DF; ARE 707396 / MG; RE 668723 / RS; RE 668721 / RS; RE 629380 / SP; ARE 687487 / DF; AI 844259 / RS; RE 593744 / AM; RE 587734 / MG; RE 669955 / RN; ARE 700557 / MG; AI 850017 / RJ; RE 683615 / PR; AI 857273 / SC; AI 854599 / MG; ARE 677187 / MG; AI 854007 / RJ; AI 834759 / RS; ARE 675428 / SC.

¹⁹⁴ Mandados de injunção, ressarcimento a plano de saúde, *habeas corpus*.

¹⁹⁵ ARE 788767 / SP; RE 635488 / RN; RE 615961 / DF; RE 705275 / RS; ARE 750183 / ***; ARE 774143 / RJ; ARE 785326 / RS; ARE 769709 / RJ; RE 696077 / RS; RE 705900 / RS; RE 756149 / RS; ARE 744707 / PE; AI 759543 / RJ; RE 770859 / SC; ARE 766946 / RJ; ARE 768550 / RJ; ARE 773825 / RJ; RE 753514 / RS; ARE 764701 / RJ; RE 700393 / RN; RE 581352 / AM; RE 760259 / RS; ARE 761454 / RJ; RE 638675 / RS; ARE 767702 / RJ; RE 634260 / DF; ARE 761078 / MG; ARE 762092 / SP; AI 807372 AgR-segundo / SP; AI 742734 / RJ; ARE 715027 / RS; ARE 730306 / SC; ARE 759089 / ***; ARE 752822 / RN; RE 755485 / RS; ARE 752232 / RJ; ARE 742453 / RJ; ARE 682647 / PE; ARE 741566 / RS; ARE 741583 / RS; RE 706931 / RN; ARE 738729 / RS; RE 609041 / RS; RE 657718 / MG; ARE 741537 / RS; ARE 743232 / RJ; ARE 739978 / RS; ARE 743504 / RS; ARE 701353 / RN; ARE 741554 / RS; RE 682686 / AM; RE 740397 / ES; ARE 721593 / SC; AI 857922 / MG; ARE 695065 / PA; AI 736937 / SC; AI 836254 / RS; AI 805390 / GO; AI 812756 / RS; ARE 740075 / RJ; ARE 730744 / SP; RE 588067 / SP; ARE 640668 / RS; AI 857128 / RJ; RE 734288 / MG; ARE 654049 / MG; RE 707599 / AM; AI 829984 / RO; RE 628159 / MA; ARE 730104 / PI; ARE 730741 / SP; RE 642536 AgR / AP; RE 716777 AgR / RS; ARE 740800 AgR / RS.

das ações. O aumento de ações nesse ano foi significativo em relação aos anos de 2010, 2011 e 2012. Foram 17 ações para tratamento médico, incluindo exames, representando 22,97%. As demandas coletivas propostas têm pouca natureza preventiva. Das ações selecionadas para análise, 16 envolviam a União (15 como recorrente e 1 como recorrida), correspondendo a 21,62%. Do total de 16 ações que envolviam a União como recorrente, 7 tiveram como recorrida pessoa física ou de direito privado e 9 envolviam os entes federados, seja Estado ou Município. Por fim, do universo das decisões analisadas pode-se concluir que em 4 casos não foi concedida a prestação, correspondendo a 5,40% de improcedência e 94,59% de procedência do direito a prestação à saúde.

Quadro 7 – Ações judiciais no Supremo Tribunal Federal em saúde (2010-2013).

ANO		ACORDÃO	PRESIDÊNCIA	MONOCRÁTICA
2010	TOTAL	8	25	249
	AÇÕES DE SAÚDE	3	13	13
	CONCEDEU	3	11	10
2011	TOTAL	7	10	196
	AÇÕES DE SAÚDE	1	3	31
	CONCEDEU	1	3	25
2012	TOTAL	10	17	209
	AÇÕES DE SAÚDE	2	1	31
	CONCEDEU	2	1	28
2013	TOTAL	9	13	267
	AÇÕES DE SAÚDE	4	1	74
	CONCEDEU	4	1	70

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Síntese das ações monocráticas:

Quadro 8 – Ações judiciais no Supremo Tribunal Federal em saúde (2010-2013).

DECISÕES MONOCRÁTICAS QUE CONCEDERAM/MANTIVERAM A PRESTAÇÃO A SAÚDE				
ANO	2010	2011	2012	2013
TOTAL DE AÇÕES DE SAÚDE	13	31	31	74
AÇÃO PREVENTIVA	NÃO	3	3	4
CONCEDEU/MANTEVE A PRESTAÇÃO	10	25	28	70

NÃO CONCEDEU/MANTEVE	3	6	3	4
MANIFESTAÇÃO/RELATOR	10	24	28	53
MANIFESTAÇÃO/TURMA	3	6	3	21
DEFENSORIA PÚBLICA	7	10	8	26
MINISTÉRIO PÚBLICO	10	17	7	16
AÇÕES COLETIVAS	3	18	6	19

Fonte: Supremo Tribunal Federal.

5.4.2.1 Ações preventivas de 2011

Dentre as ações coletivas propostas em 2011 e expostas acima merece destaque as 3 de caráter preventivo. A primeira diz respeito à contratação de ACS¹⁹⁶, por meio de contrato temporário para atender ao Programa Saúde da Família¹⁹⁷; a segunda, à implementação do Programa de Assistência à Saúde dos Indígenas¹⁹⁸. A terceira, (também se considerou parcialmente preventiva) foi à ação que tratava das precárias condições das unidades de saúde¹⁹⁹. A quarta, (também se considerou parcialmente preventiva) a ação coletiva que tratava de garantir médicos²⁰⁰ (concedeu) também possui viés preventivo vez que esses profissionais compõem a rede de saúde, não havendo diferença daqueles que atuam na saúde primária (promoção e prevenção), secundária e terciária.

No primeiro caso (contratação do ACS), discutia-se a inconstitucionalidade de lei municipal que autorizava a prorrogação da contratação temporária, burlando a norma constitucional que prevê o ingresso do servidor por via de concurso público e a possibilidade de contratação temporária apenas em casos excepcionais. O principal argumento do Município era que os cargos não são de natureza permanente, logo os ACS poderiam ser contratados de forma temporária para atuar no respectivo programa federal, que tem duração incerta e indeterminada e, caso a política pública de Estado fosse transformada em

¹⁹⁶ ACS é ligado ao programa Saúde da Família.

¹⁹⁷ ARE 659539 / RS - RIO GRANDE DO SUL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA.Julgamento: 07/11/2011.Publicação.DJe-225 DIVULG 25/11/2011 PUBLIC 28/11/2011.

¹⁹⁸ RE 590664 / RS - RIO GRANDE DO SUL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO.Relator(a): Min. AYRES BRITTO.Julgamento: 05/12/2011.Publicação. DJe-022 DIVULG 31/01/2012 PUBLIC 01/02/2012.

¹⁹⁹ AI 674764 / PI – PIAUÍ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 24/08/2011. Publicação DJe-170 DIVULG 02/09/2011 PUBLIC 05/09/2011. As Unidades Básicas de Saúde (UBS) são a porta de entrada preferencial do Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo desses postos é atender até 80% dos problemas de saúde da população, sem que haja a necessidade de encaminhamento para hospitais.

²⁰⁰ Disponível em: <AI 674764 / PI – PIAUÍ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 24/08/2011. Publicação. DJe-170 DIVULG 02/09/2011 PUBLIC 05/09/2011> Acesso em: 21 de jun. de 2015. 21:04.

permanente justificar-se-ia a realização de concurso, mas como se trata ainda de uma política pública de Governo (instável), o Município não poderia concursar servidores para tal cargo, visto que em caso de cessação do Programa, não haveria necessidade mais da função. O RE foi inadmitido; foi interposto agravo pelo Município, cujo seguimento foi negado no STF porque a Corte já firmou jurisprudência em ações idênticas segundo a qual a contratação de pessoal para a saúde não é excepcional, logo, é obrigatório à realização concurso público. Manteve-se assim a decisão local que determinou a impossibilidade de lei que permita a contratação de ACS com prorrogações por tempo indeterminado sem qualquer limitação quantitativa de oportunidades²⁰¹. Apesar de essa ação não se tratar de direito à prestação de saúde mostra a preocupação do Judiciário em confirmar as medidas criadas pelo Programa Saúde da Família que exige processo seletivo para ACS que tem um viés na prevenção e solidificar a função do ACS, principal agente indutor da prevenção.

A segunda ação relevante diz respeito à assistência à saúde do indígena cujo acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região entendeu pela viabilidade da utilização da ACP para a implementação do Programa de Assistência à Saúde Indígena e se insurgência também contra o acórdão que decidiu os embargos de declaração interposto pela Fundação Nacional do Índio em razão da advocacia geral da União não ter sido intimada pessoalmente para contrarazoar as embargos. Como questão de fundo o tribunal cassou a decisão que indeferiu a inicial para que houvesse julgamento do feito no tribunal de piso e afirmou que a jurisprudência da Corte tem sido uníssona quanto a não possibilidade de o STF apreciar carência da ação em RE, no entanto, ressaltou que se fosse adentrar no mérito da ação iria ser mantido o posicionamento do STF em reconhecer o caráter de efetividade dos direitos fundamentais, permitindo a intervenção judicial em política pública de saúde. Assim, foi negado seguimento ao Recurso interposto pela Fundação Nacional do Índio. Essa ação foi utilizada como exemplo de saúde preventiva apesar de o STF não ter examinado o mérito, vez que mesmo em questões processuais, o STF deixou claro sua posição em relação à saúde, mesmo preventiva. Ademais o programa discutido é de enorme abrangência e se assemelha as diretrizes do programa Saúde de Família, alcançando toda a saúde, mas atuando na promoção, prevenção e recuperação da saúde.

²⁰¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28agente+e+comunit%Elrio+e+sa%FAde%29%28%40JULG+%3E%3D+20110101%29%28%40JULG+%3C%3D+20111231%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/oe3nbap>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

A terceira ação de caráter preventivo²⁰² é a ACP proposta pelo Ministério Público contra as precárias condições de funcionamento da Unidade Mista²⁰³ de Saúde. Na decisão, restou consignada a legitimidade do *Parquet* para atuar nos casos de direitos à saúde. Importa ressaltar o fato de que, das inúmeras recomendações do Ministério Público ainda na fase de instauração do inquérito foram atendidas²⁰⁴, restando apenas na ação às questões relacionadas às ambulâncias. Nesse aspecto é relevante para a pesquisa a realização do diálogo entre Ministério Público e Poder Público anterior à propositura da ação²⁰⁵.

5.4.2.2 Ações preventivas de 2012

Em 2012 foram ajuizadas 3 ações que visam a proteger a saúde preventiva (embora também estejam vinculadas a saúde em geral) como: ação cujo objeto era o aumento de profissionais da saúde²⁰⁶; aumento de médicos²⁰⁷; garantir o número mínimo de médicos na comunidade²⁰⁸; tratamento de dislexia em toda a rede pública²⁰⁹; e realização de exames oftálmicos nos alunos da rede pública²¹⁰.

A primeira demanda se refere ao tratamento de dislexia em toda a rede pública, proveniente de uma Ação de Inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 12.524/2007/SP, que criou o Programa Estadual para Identificação e Tratamento da Dislexia na Rede Oficial de Educação. Essa norma, de iniciativa parlamentar, foi julgada inconstitucional por criar despesa e não ter sido ato do Poder Executivo. O STF considerou a lei inconstitucional por padecer de requisitos formais em relação à iniciativa. Destaque-se que a lei obrigava o Poder Executivo a implementar o programa, cabendo à Secretaria de Saúde e da Educação a formulação de diretrizes para viabilizar a plena execução do programa, o que o STF

²⁰² Considera como prevenção porque parte das ações são realizadas nas unidades mista de saúde onde é desenvolvido atividades do programa Saúde da Família.

²⁰³ Considera como prevenção porque parte das ações são realizadas nas unidades de saúde onde é desenvolvido atividades do programa Saúde da Família.

²⁰⁴ Exemplo de diálogo na fase extrajudicial.

²⁰⁵ Tema abordado na tese de doutorado do professor Sandoval Alves da Silva (SILVA, 2015).

²⁰⁶ AI 854007 / RJ - RIO DE JANEIRO (PREVENTIVO). AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19/03/2012.

²⁰⁷ AI 850017 / RJ - RIO DE JANEIRO (PREVENTIVO). AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 01/08/2012.

²⁰⁸ AI 850017 / RJ - RIO DE JANEIRO (PREVENTIVO). AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 01/08/2012.

²⁰⁹ RE 629380 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 30/08/2012.

²¹⁰ RE 630385 / MG - MINAS GERAIS (PREVENÇÃO). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 26/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

demonstrou ser uma nítida interferência indevida em outra esfera de poder. O RE interposto pela Assembleia não foi conhecido. Essa decisão, embora de cunho processual, tratou a matéria referente à saúde coletiva nos fundamentos do voto. Apesar de importante, estava evitada de vícios de formalidade. A decisão é importante para destacar que o STF preocupou-se mais com a formalidade vez que nos seus fundamentos entendeu que o objeto da lei era relevante para a saúde pública, no entanto, foi mantida na pesquisa apenas como exemplo de que poderia ter sido exercido o diálogo entre o Parlamento e o Executivo a fim de superar o vício de iniciativa.

A segunda ação visava à realização de exames oftálmicos nos alunos da rede pública representa uma atuação preventiva que possui interferência na também na área da educação²¹¹. A ação também versava sobre a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 1.006/2007, de iniciativa parlamentar, que obrigava o Município a realizar exames oftalmológicos em alunos da Rede Pública Municipal. A matéria era reservada à iniciativa exclusiva do Poder Executivo, implicando, ainda, aumento de despesa pública, sem previsão orçamentária, afrontando o princípio da separação dos Poderes, interferindo na autonomia administrativa e financeira atribuída ao Chefe do Executivo, a quem competia à iniciativa de leis que se referem à gestão financeira do município. O RE foi julgado desprovido em razão do vício formal apresentado. Essa ação também poderia ser um bom exemplo de diálogo entre o Parlamento e o Executivo para superar o vício formal. A decisão relacionada à prevenção (exames oftálmicos em alunos da rede pública) relacionava-se a inconstitucionalidade formal da lei que foi mantida pelo STF, não sendo disponibilizado o bem pretendido conforme pode ser verificado no RE 630385.

A terceira decisão de cunho preventivo é o AI 850017 que se refere à garantia de número mínimo de médico para funcionamento do setor de emergência com fornecimento de medicamento. A medida foi concedida pelo tribunal *a quo* para que fosse concedida a segurança. Foi interposto agravo para que o RE fosse analisado, no entanto, a decisão entendeu que o acórdão estava em harmonia com o STF em matéria de saúde. Portanto, a ação coletiva proposta pela associação dos médicos foi consolidada. É importante destacar que essa medida foi considerada como medida preventiva em face da ideia de que os médicos que atuam na área de atenção básica trabalham na prevenção. Conclui-se, por tanto, que as decisões levadas ao STF, sejam coletivas ou individuais acabam por confirmar o direito a saúde.

²¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

5.4.2.3 Ações preventivas de 2013

Em 2013 foram encontradas 5 ações que envolvem a saúde preventiva dentre as quais se destacam: prevenção da dengue²¹²; limitação das antenas de celular ou de estações de rádio base (ERB) por apresentarem risco potencial de dano à saúde²¹³, ampliação do atendimento a gestantes²¹⁴, assistência integral ao idoso²¹⁵.

Na primeira ação referente à prevenção contra a dengue entendeu que, em caso de omissão injustificável, medidas podem ser determinadas pelo judiciário para o controle da política pública. O recurso teve negado seguimento, mas o Município agravou dessa decisão, objetivando a reforma, por entender que o acórdão do tribunal local estava de acordo com a decisão do STF e que não foi comprovada a repercussão geral, no entanto, a Corte negou seguimento ao agravo mantendo a decisão que determinou a implementação da política. Essa decisão ressalta a importância da atuação do judiciário, em casos de omissão, mesmo na saúde preventiva. Além de estimular o poder público a melhorar as medidas preventivas espontaneamente, ainda beneficia diretamente a população.

A segunda ação tratava limitação das antenas de celular ou estações de rádio base (ERB) por apresentarem risco potencial de dano à saúde em atendimento ao princípio da precaução foi julgado improcedente o pedido e teve negado seguimento ao recurso interposto pelo Ministério Público sob o fundamento de que a ACP não poderia impor obrigações ao Poder Executivo em virtude do princípio da separação dos poderes e de que a constitucionalidade de lei não poderia ser feita por meio de ACP, além de não ter sido demonstrado por perícia o risco à saúde. A decisão manteve a decisão do tribunal local que não reconheceu o perigo a saúde aventada pelo MP. Essa decisão é lamentável do ponto de vista da inviabilidade do direito a saúde ter se dado por falha na condução do processo no tribunal de piso, pois a prova deveria ter sido requerida inclusive pelo juiz se fosse o caso.

A terceira decisão referente à ampliação e à melhoria do atendimento de gestantes. O MP interpôs RE em que ficou consignado que é dever estatal a assistência materno-infantil

²¹² ARE 701353 / RN - RIO GRANDE DO NORTE (PREVENÇÃO).RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 25/04/2013.

²¹³ RE 634260 / DF - DISTRITO FEDERAL (PREVENÇÃO). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI.Julgamento: 22/08/2013.

²¹⁴ RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/10/2013.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

²¹⁵ RE 609041 / RS - RIO GRANDE DO SUL (PREVENTIVA). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 14/05/2013.

resultante de norma constitucional, sendo obrigação jurídico-constitucional imposta ao Poder Público, inclusive nos casos de omissão inconstitucional. Também foi ressaltada a teoria da reserva do possível, na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, que foi afastada em razão do comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Restou configurado o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. Houve o reconhecimento do caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Portanto, ficou patente nas decisões que as omissões inconstitucionais podem ser associadas a um comportamento afirmativo dos juízes e tribunais que resulta numa positiva criação jurisprudencial do direito, evitando um retrocesso no que se refere aos direitos sociais e, ao mesmo tempo, garantindo a proteção do mínimo existencial que nesse caso foi especificado pela decisão. Portanto, conclui-se que as decisões levadas ao STF, sejam coletivas ou individuais acabam por concretizar o direito a prestação a saúde. Essas ações reforçam a necessidade da atuação do Judiciário quando o poder público se mostrar ineficiente na execução de suas próprias políticas. Ademais a proteção se deu tanto na mulher como na criança o que mostra o caráter amplo da política na prevenção de agravos.

A terceira ação refere-se à ACP interposta pelo Ministério Público para que fosse implementada medidas de assistência integral aos idosos com problemas de deficiência mental. O acórdão de piso entendeu que adotar medidas para atender o pleito está condicionado a previsão orçamentária. No entanto, o STF afastou essa interpretação por entender ser dever do Estado, bem como da família e da sociedade, amparar as pessoas idosas e ressaltou que a omissão do Poder Público qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica. Assim, julgou procedente o recurso para garantir que aos idosos a política pública de saúde. Nesse aspecto a decisão garante assistência integral aos idosos, abrangendo a dimensão preventiva da saúde.

Em resumo, nos quatro anos analisados de decisões do STF em 2010 não foi localizado ações na área da saúde preventiva. Em 2011 destaque-se três ações: a contratação de ACS²¹⁶, por meio de contrato temporário para atender ao Programa Saúde da Família²¹⁷; a implementação do Programa de Assistência à Saúde dos Indígenas²¹⁸ e precárias condições

²¹⁶ ACS é ligado ao programa Saúde da Família.

²¹⁷ ARE 659539 / RS - RIO GRANDE DO SUL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA.Julgamento: 07/11/2011.Publicação.DJe-225 DIVULG 25/11/2011 PUBLIC 28/11/2011.

²¹⁸ RE 590664 / RS - RIO GRANDE DO SUL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO.Relator(a): Min. AYRES BRITTO.Julgamento: 05/12/2011.Publicação.DJe-022 DIVULG 31/01/2012 PUBLIC 01/02/2012.

das unidades de saúde²¹⁹. Em 2012 Foram ajuizadas 3 ações que visam proteger a saúde preventiva (embora também estejam vinculadas a saúde em geral) como: ação cujo objeto era o aumento de profissionais da saúde; ação cujo objeto era aumento de médicos²²⁰; a que buscou garantir o número mínimo de médicos na comunidade²²¹; a ação cujo objeto era o tratamento de dislexia em toda a rede pública²²²; e a ação que tinha como objeto a realização de exames oftálmicos nos alunos da rede pública²²³. Em 2013 foram 5 ações que visam proteger a saúde preventiva: prevenção da dengue; limitação das antenas de celular ou de estações de rádio base (ERB) por apresentarem risco potencial de dano à saúde, ampliação do atendimento a gestantes, assistência integral ao idoso.

A partir das decisões do STF é possível observar que apesar de a pesquisa indicar a pouca quantidade de ações preventivas há algumas decisões coletivas que buscam a concretude do direito a saúde preventiva, assim como, se observou um aumento das ações coletivas mesmo envolvendo a saúde curativa. No entanto, ainda não se pode afirmar que há preocupação com a saúde preventiva, apenas que o Ministério Público passou a adotar uma postura mais proativa buscando medidas preocupadas com a política pública.

Assim, pode-se concluir que as decisões judiciais interventivas na saúde preventiva vêm sendo confirmadas pelo STF, cuja fundamentação é baseada na proteção constitucional do direito à saúde. A Corte vem destacando que a recusa governamental arbitrária em conferir significação real ao direito à saúde não é mais aceita e a concessão desse direito, incluindo o preventivo, não ofende ao postulado da separação de poderes. Ficou ainda consignado que deve prevalecer à decisão política fundamental determinada pelo legislador constituinte para a proteção ao direito à saúde, seja para o Poder Judiciário, seja para o Poder Executivo. Registre-se que, apesar da observância da gradual das normas, a concretização desse direito depende de um inescapável vínculo financeiro sem que isso limite de forma absoluta tal direito. Entretanto, a situação financeira deve ser comprovada a fim de evitar que a

²¹⁹ AI 674764 / PI – PIAUÍ. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 24/08/2011. Publicação DJe-170 DIVULG 02/09/2011 PUBLIC 05/09/2011. As Unidades Básicas de Saúde (UBS) são a porta de entrada preferencial do Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo desses postos é atender até 80% dos problemas de saúde da população, sem que haja a necessidade de encaminhamento para hospitais.

²²⁰ AI 850017 / RJ - RIO DE JANEIRO (PREVENTIVO). AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 01/08/2012.

²²¹ AI 850017 / RJ - RIO DE JANEIRO (PREVENTIVO). AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 01/08/2012.

²²² RE 630385 / MG - MINAS GERAIS (PREVENÇÃO). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 26/11/2012.

²²³ RE 630385 / MG - MINAS GERAIS (PREVENÇÃO). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 26/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal seja responsável pela limitação material do direito e que o Poder Público crie um obstáculo artificial, como comumente é feito em relação à cláusula da reserva do possível²²⁴.

Não mais é possível a recusa de atendimento à população com as antigas amarras relacionada à clássica divisão do poder; é preciso que não só o judiciário seja proativo, mas também o Poder Executivo e o Poder Legislativo, que devem atuar em conjunto para atender as demandas primárias da população. Alguns parâmetros da intervenção judicial na saúde foram delineados no julgamento da STA 175 e vem se confirmando nas decisões examinadas, que apesar de não ter traçados todos os limites, indicou premissas a serem seguida. Ficou definido que o Poder Judiciário deve sim atuar nas políticas públicas de saúde especialmente em casos de omissão dos demais poderes, mesmo em política da saúde preventiva. Por fim, ressalte-se que o modelo constitucional brasileiro permite a interferência mais proativa do Judiciário especialmente em razão das inúmeras legislações na área da saúde que garantem o atendimento da população na saúde preventiva.

Após examinar as ações que tramitam na Corte e delimitar o perfil das demandas buscou-se uma ação judicial no programa selecionado Saúde da Família. Ressalte-se que no STF não foi encontrada nenhuma ação que envolvesse o programa (a não ser questões envolvendo ACS e as unidades de saúde). Foi localizada ACP proposta pela Defensoria Pública Federal, que tinha como objetivo garantir o cumprimento da política instituída para o programa Saúde da Família que será analisada no próximo item.

5.4.3 Ação judicial preventiva: Programa/estratégia Saúde da Família

O Estado do Pará possui um dos indicadores mais baixos em comparação aos outros estados, razão pelo qual a Estratégia Saúde da Família tem de ser cada vez mais ampliada a fim de melhorar os índices de saúde da população paraense²²⁵.

A ação judicial proposta pelo MPF foi proveniente do Inquérito Civil Público n.º 1.23.000.001091/2008-14²²⁶ instaurado para apurar irregularidades na execução da Estratégia

²²⁴ ADPF 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Informativo STF n.º 345/2004.

²²⁵ O Índice de Desempenho do SUS (IDSUS) do Brasil foi equivalente a 5,47 (nota de 0 a 10). A região Sul teve pontuação de 6,12, seguida do Sudeste, com 5,56, do Nordeste, com 5,28, do Centro-Oeste, com 5,26. A região Norte teve a pior pontuação: 4,67. Os estados que possuem índices mais altos são os da região Sul: Santa Catarina (6,29), Paraná (6,23) e Rio Grande do Sul (5,90). As menores pontuações são do Pará (4,17), de Rondônia (4,49) e do Rio de Janeiro (4,58).

²²⁶ Há muitas fraudes no sistema de saúde além de muitas irregularidades na aplicação de recursos. Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria Municipal de Segurança Pública de São Paulo e representante do governo, destacou a preocupação dos estados com as fraudes detectadas no município. No Estado de São Paulo,

Saúde da Família, no município de Belém²²⁷. A Estratégia Saúde da Família, orienta o modelo assistencial, por meio da atuação, em unidades básicas de saúde, de equipes multiprofissionais que são responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias localizadas em determinada área geográfica delimitada. Atua com ações de promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes, bem como, na manutenção da saúde da comunidade. Deve ser promovida a assistência integral, contínua, com resolubilidade e boa qualidade - na unidade de saúde e no domicílio do paciente - para atender às necessidades de saúde da população da área determinada. As metas da Estratégia Saúde da Família são: a) intervir nos fatores de risco aos quais, a população está exposta, para reduzi-los; b) eleger a família e o seu espaço social como núcleo básico de abordagem no atendimento à saúde; c) humanizar as práticas de saúde por meio de estabelecimento de um vínculo entre os profissionais de saúde e a população; d) proporcionar o estabelecimento de parcerias por meio do desenvolvimento de ações; e) contribuir para a democratização do conhecimento do processo saúde/doença, da organização dos serviços e da produção social da saúde; f) fazer com que a saúde seja reconhecida como um direito de cidadania e, portanto, como expressão da qualidade de vida; e g) estimular a organização da comunidade para o efetivo exercício do controle social²²⁸. A partir dos objetivos do programa é possível confirmar o caráter preventivo do programa. Deve ser dado destaque à meta do programa Saúde da Família acerca do estabelecimento de ações intersetoriais que ressalta o caráter da

foram rastreadas as demandas investigadas, das quais constava a identificação de médicos, advogados e organizações não governamentais e a prescrição de medicamentos, muitas vezes, por marcas. Em relação aos advogados, foi observado que eram pessoas recém-formadas, que tiveram aumentada a carteira de clientes e passaram a ser referência para a indústria farmacêutica. Além disso, foi detectado o aumento da prescrição de três medicamentos para psoríase – Infiximab, Efalizumab e Etanercept –, ao mesmo tempo que havia uma discrepância entre a demanda e a incidência da doença no Estado, extrapolando os números da OMS. Na verdade, havia fraudes nas informações apresentadas, com o objetivo de criar uma demanda para o medicamento. O esquema funcionava assim: a organização não governamental cooptava pacientes; o médico prescrevia a droga e o advogado propunha a ação judicial. O representante comercial, que circulava entre os atores e os gerentes das indústrias, eram intermediários entre os representantes comerciais e as indústrias. Após a investigação, o resultado foi encaminhado ao Ministério Público para que oferecesse a denúncia²²⁶. Logo, é evidente que há pessoas que se beneficiam com o aumento das demandas judiciais e buscam arrumar formas de fraudar. No entanto, é bom destacar que o Poder Público também devia adotar medidas mais efetivas de fiscalização, pois há inúmeras denúncias de desvios de recursos da área da saúde sem que haja apuração da responsabilidade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Paulo_Ziulkoski.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2015. 23:10.

²²⁷ Há ainda em 2012 o processo nº 0003009-10.2012.4.01.3904 na justiça federal. ACP com Pedido de Antecipação de Tutela proposta pelo MPF em face do MUNICÍPIO DE INHANGAPI/PA, tendo em vista a instauração, na PR/PA, do ICP nº 1.23.000.002545/2008-66, visando apurar as condições dos serviços de saúde de atenção básica prestados pelos municípios no Estado do Pará, bem como a existência, a regularidade e o funcionamento dos respectivos Conselhos Municipais de Saúde.

²²⁸ Inquérito Civil Público nº 1.23.000.001091/2008-18. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/arquivos/ACP_Saude_Familia_Belem.pdf>. Acesso em: 05 de dez. 2015.

cooperação entre os setores, a fim de privilegiar o diálogo na implementação do direito a saúde, especialmente a saúde preventiva. Da mesma forma requer o programa a implementação de diálogo com a comunidade a partir da interação dos ACS e as famílias atingidas pela política.

As irregularidades²²⁹ que ensejaram a propositura da ação foram apontadas no Relatório da Auditoria n.º 11755 do Ministério da Saúde. As falhas foram tanto de ordem formal, quanto de ordem material e vinham afetando diretamente o fornecimento de bons serviços de saúde a população do município de Belém. No período de janeiro a setembro de 2011 foi constatado queda valor R\$ 10.148.623,00 (dez milhões, cento e quarenta e oito mil, seiscentos e vinte e três reais) repassados para atender à Estratégia Saúde da Família, Agentes Comunitários de Saúde, à Saúde Bucal, ao Núcleo de Apoio à Saúde da Família, R\$ 3.765.148,00 (três milhões, setecentos e sessenta e cinco mil, cento e quarenta e oito reais) tiveram de ser devolvidos em razão de diversas falhas²³⁰.

Dentre as irregularidades que constam na ACP pode-se destacar que: falta de visita pelas equipes da saúde da família nas áreas ribeirinhas; falta de cumprimento de horários de oito horas estabelecidos para as equipes de profissionais; incompatibilidade dos ambientes disponibilizados com as necessidades da comunidade; falta de mobiliário; falta de equipamentos nas unidades de saúde.

Foi observada baixa cobertura de atendimento no Programa Saúde da Família e redução da cobertura populacional em várias localidades. Localidades, como Icoaraci, contavam com cobertura de apenas 0,93% da Estratégia Saúde da Família; equipes da saúde da família incompletas; ambientes incompatíveis com as necessidades mínimas de execução das ações de saúde em algumas unidades; falta de espaço físico para a realização de vacinas, teste do pezinho e curativos; falta de adaptação do espaço destinado aos ACS na área de serviço do imóvel locado que não tinham ventilação, nem iluminação; falta de espaços adequados para o atendimento do público (farmácia, triagem, recepção, arquivo).

Em algumas unidades de saúde estavam com as áreas de vacinas desativadas (Barreiro I e Canal da Visconde) e inexistiam em outras unidades (CDP, Malvinas, Telégrafo, Vila da

²²⁹ Segundo fonte o globo existe um orçamento paralelo de R\$ 2,3 bilhões que deveriam curar e prevenir doenças, mas escorreram pelo ralo da corrupção. São 3.205 fraudes ou outras irregularidades identificadas pelo Ministério da Saúde ou pela Controladoria Geral da União (CGU). Para o Ministério Público Federal (MPF). Na maioria dos casos, são prefeitos, secretários de Saúde ou donos de clínicas e hospitais que prestam serviços ao Sistema Único de Saúde (SUS). Portanto, além das fraudes vem ocorrendo ainda aplicação irregular dos recursos²²⁹. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/de-2002-2011-desvios-de-dinheiro-publico-no-setor-somaram-23-bilhoes-2699224>> Acesso em: 18 jun. 2015.

²³⁰ Essa situação reflete a realidade de muitos recursos que são devolvidos em razão da má aplicação ou de aplicação indevida.

Barca, Galo II, Sacramento e São Joaquim); falta de espaço físico para coleta de preventivos; falta de transporte compatível (voadeira, bote, canoa) para que os ACS integrantes da Estratégia Saúde da Família realizassem as visitas domiciliares; infiltrações no consultório odontológico e na sala de vacinas; falta de banheiro na sala de coleta do PCCU (prevenção do câncer de colo de útero); falta de espaço para o acolhimento das pessoas; falta de espaço para a realização de reuniões de grupo, que eram realizadas sob a árvore. Famílias só recebiam atendimento por ocasião de ações específicas (vacinação, PCCU, educação em saúde) realizadas trimestralmente; insuficiência de exames para a identificação de portadores de hipertensão arterial e de diabetes nas Unidades de Saúde da Família (USF). As ações para combate a Tuberculose e Hanseníase nas USF não eram realizadas como determinada. Em algumas áreas, não havia ACS, o que dificultava a identificação do sintomático respiratório da população, além de baixa cobertura vacinal na área das USF por falta de sala de imunização.

Nas USF visitadas, foi constatado que as vacinas somente são ofertadas à população no período de campanha nacional de vacinação e as ações do PCCU não estão disponíveis em todas as USF. Apesar de existir uma retaguarda laboratorial para a realização de exame de citologia oncológica da cérvix uterina, o PCCU tinha baixa cobertura, em virtude da falta de profissionais e da infraestrutura necessária para a coleta de material. Foi reduzido o número de equipes da Saúde da Família e da Saúde Bucal, em desacordo com as metas estabelecidas no Plano Municipal de Saúde de 2009 a 2012. Todas as falhas demonstradas afetam as ações da saúde preventiva por não fortalecer o sistema imunológico do homem em relação à ameaça detectada do mal que poderia ocasionar a todos que fossem alcançados pela área em risco.

Nesse sentido, verifica-se que as equipes da Estratégia Saúde da Família do município de Belém não executam ações de prevenção e de controle de doenças. Além disso, o programa devia ser responsável pelo atendimento das urgências de baixa complexidade dos pacientes com quadros agudos ou crônicos, entretanto, isso não estava sendo realizado. Ademais, estava ocorrendo o descumprimento dos critérios para credenciamento da Estratégia Saúde da Família no Ministério da Saúde pela Secretaria Municipal de Saúde e Meio Ambiente (SESMA), pelo Conselho Municipal de Saúde (CMS) e pela Secretaria de Estado de Saúde Pública (SESPA). A SESMA não mantinha atualizados os dados das Unidades de Saúde da Família no Sistema de Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde (SCNES), com isso havia divergências com as informações do Cadastro Nacional de Estabelecimento de Saúde (CNES) e do Sistema de Informação da Atenção Básica (SIAB). Segundo informações fornecidas por técnicos das equipes, o número de consultas especializadas, de raios X e de

ultrassonografias é insuficiente para a população cadastrada nas USF, e a SESMA de Belém não realiza o acompanhamento e a avaliação das equipes da Estratégia Saúde da Família.

Essas foram as principais constatações que contavam na ACP. A partir dessas informações é possível observar que a Estratégia da Saúde da Família deveria privilegiar a saúde primária, caso o programa estivesse sendo executado da forma como foi criado.

O juízo federal do Pará concedeu a antecipação dos efeitos da tutela no Processo n.º 12731.80.2012.4.01.3900 para que o município de Belém promovesse a regularização dos serviços de saúde prestados. A decisão ressaltou que houve adesão do município de Belém ao Pacto pela Saúde²³¹. O juízo entendeu que o fato de haver recurso devolvido não haveria justificativa plausível para a não implementação e a não ampliação do PSF e que a prefeitura já se tinha comprometido a sanar as situações irregulares, adotando medidas para o cumprimento das recomendações da Auditoria do SEDUS, antes mesmo da propositura da ação e não fez na totalidade, por isso, a tutela deferiu parcialmente apenas para as situações em que não houve providências, dentre as ações não cumpridas: 1) manutenção da redução da cobertura da estratégia saúde da família no Distrito administrativo do Guamá (DAGUA); 2) insuficiência de equipamentos para o desenvolvimento das atividades da equipe da Estratégia Saúde da Família Riacho Doce; 3) não execução das ações de prevenção e de controle da saúde pelas equipes da Estratégia Saúde da Família; 4) manutenção falta de equipamentos, de espaço físico e de medicamentos nas unidades da saúde da família em Belém para atender a urgência e a baixa complexidade; 5) descumprimento de critérios de cadastramento das famílias; 6) não manutenção pela SESMA dos dados atualizados no Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde; 7) número insuficiente de consultas especializadas, de raio X e de ultrassonografias para a população; 8) falta de medicamentos no Riacho Doce para os portadores de diabetes, hanseníase e tuberculose; 9) ausência de sistema de suporte para pequenas despesas; 10) falta de aparelhos de medição de pressão arterial; e 11) falta de balança. Portanto, a prefeitura se comprometeu a atender as recomendações da auditoria realizada, mas não cumpriu o que levou o juízo a deferir a tutela.

²³¹ O Pacto pela Saúde é um conjunto de reformas institucionais do SUS firmado pelas três esferas de gestão (União, estados e municípios) com o objetivo de promover inovações nos processos e instrumentos de gestão, visando alcançar maior eficiência e qualidade das respostas do SUS. Ao mesmo tempo, o Pacto pela Saúde redefine as responsabilidades de cada gestor em função das necessidades de saúde da população e em busca da equidade social. O Município de Belém aderiu ao Pacto pela Saúde por meio do Termo de Compromisso de Gestão Municipal, constante na Resolução n.º 004/2007-CMS/BEL, de 21 de outubro de 2007, e na Comissão de Intergestores Bipartite (CIB), por meio da Resolução n.º 219/2010. O juízo destacou que houve a revisão do termo de compromisso por meio da Resolução n.º 004/2011

É possível observar a atuação conjunta do Sistema Nacional de Saúde (SNS)²³², o MPF e a Justiça Federal num intuito de melhorar o PSF, reduzindo os problemas afetos à saúde, focando especialmente a saúde preventiva primária. O Processo n.º 12731.80.2012.4.01.3900 continua em andamento, a última movimentação registrada foi em 21 de outubro de 2014, com a publicação do despacho. A decisão da tutela antecipada foi concedida em 21 de agosto de 2014²³³. Essa atuação dos três órgãos dentro do modelo institucional do Brasil é exemplo de que é possível o diálogo não deliberativo, para que as políticas de saúde preventiva sejam aperfeiçoadas. Alias é bom que se destaque que nessa pesquisa se defende que nas ações coletivas, como no caso, é necessário que haja um diálogo a ser conduzido pelo juízo para atendimento da política.

A prefeitura de Belém firmou sua defesa na dificuldade de se implementar as medidas do programa Saúde da Família, em razão do problema crônico da saúde, e ressaltou que não ficou comprovada a omissão do ente, além de a discricionariedade do gestor garante a aplicação do recurso na política determinada dentro da ceara da oportunidade e conveniência.

O juízo afastou de início a ideia de separação do poder aventada. Destacou ainda a adesão da prefeitura ao Pacto da Saúde, por meio do termo de compromisso que foi aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde e Comissão Intergestores Bipartite. Destacou as irregularidades apontadas na ação e relatório de auditoria e destacou a comprovação pela Prefeitura do atendimento de parte das falhas apontadas no relatório. Na decisão liminar, o juízo entendeu que o ente já havia comprovado com documentos, a adoção de medidas para correção, deferindo parcialmente a liminar, cuja fundamentação foi a existência do relatório de auditoria que gerava presunção de veracidade dos fatos. A ação encontra-se nessa fase.

Como forma de complementação as informações foram requeridas da prefeitura municipal de Belém informações acerca das providências adotadas após a concessão da medida liminar com o objetivo de verificar a aderência da decisão na secretaria municipal. Foi disponibilizado relatório que seria enviado à auditoria informando quais os itens foram atendidos. No entanto, observou-se que é pouco abrangente, pois se refere apenas parte das

²³² Ressalte-se que o próprio Sistema Nacional de Saúde (SNS) colabora com os dados sobre as auditorias internas realizadas na área da saúde. Caso houvesse interesse, esses dados poderiam servir de fundamento para demandas judiciais intentadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. Apenas no Estado do Pará, foram realizadas 177 auditorias em diversos municípios envolvendo a área da saúde. Sete auditorias foram realizadas só no PSF: no município de Belém, de 16 de novembro de 2004 a 26 de novembro de 2002, de 18 de novembro de 2002 a 20 de dezembro de 2002 e de 4 de junho de 2002 a 21 de junho de 2002; em Breves, de 13 de agosto de 2007 a 11 de setembro de 2008; em Maracanã, de 19 de setembro de 2005 a 22 de janeiro de 2014; em Rio Maria, de 11 de outubro de 2004 a 30 de outubro de 2014; em Santarém, de 23 de abril de 2005 a 16 de dezembro de 2005. Por fim, houve a auditoria que resultou na ACP.

²³³ Disponível em:

<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00127318020124013900&secao=PA#aba-movimentacao>. Acesso em: 5 dez. 2014.

irregularidades apontadas, não sendo justificada a implementação das demais. Ao compulsar a decisão judicial verificou que o relatório disponibilizado consta a regularidade dos mesmos itens que foram informados em juízo, responsável pelo deferimento parcial da medida liminar. O que leva a crer que não houve avanço para regularização das falhas apontadas.

No relatório da prefeitura consta que a falta de cobertura do programa saúde da família (era para atender 380.258 pessoas, por 15 equipes de saúde da família), que contava com apenas oito equipes cadastradas, no sistema de informação da Atenção Básica- SIAB, para atendimento de 5.463 pessoas, com cobertura de apenas 1,44%, foi ampliado para 10 equipes: Duas no USF Riacho doce; duas na USF Parque Amazônia; duas na USF parque Amazônia II; quatro equipes na USF Terra Firme.

Em relação à falta de execução de ações sanitárias de prevenção e controle de doenças pelas equipes da Estratégia da Saúde da família²³⁴, foi informado que houve mudança das Portarias e que passou a realizar ações educativas preventivas, atuando na prevenção e controle de doenças. Importante destacar que não ficou consignado quais ações foram promovidas para atendimento da recomendação acerca de ações de prevenção.

Em relação à falta de controle e avaliação das ações e que levaram ao descumprimento dos critérios para cadastramento das famílias junto a SESMA, CMS e SESPA, foi informado que a nova gestão está em fase de organização das propostas de Projetos de Expansão e Extensão de equipes e em realinhamento com os critérios constituídos em legislação para o cadastramento. Nesse item foi possível verificar que não constava no relatório mais informações sobre quais as ações foram implementadas, mas contavam anexos com fichas cadastrais específicas.

Por fim, em relação à falta de atualização dos dados (cadastros) pela prefeitura em relação às unidades de Saúde da Família (Sistema de cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde – SCNES) para a implementação das ações de prevenção e controle de doenças, informação imprescindível para o controle do programa e repasse de recurso²³⁵ foi informado que estão buscando cumprir as medidas previstas na Portaria nº 311/2007 e Portaria nº 118/2014 organizando o realinhamento de cadastro de profissionais e equipes. Novamente a vagueza das informações que constam no relatório não permitindo que se conheçam as ações que foram adotadas para atender a recomendação.

²³⁴ Contraria o que estava estabelecido na Portaria nº 3252/2009, anexo I, Capítulo I, seção: I art. 2º, incisos I, II, III e Portaria nº 648/2006, anexo I, item I, alínea IV.

²³⁵ O repasse de recurso leva em consideração o número de pessoas e equipes da saúde da família, logo, o cadastramento e ato indispensável para o recebimento de recursos.

Junto com o relatório foi encaminhado diversos formulários a serem preenchidos pelos profissionais como comprovação de que adotou as medidas necessárias a fim de verificar se as equipes estavam realizando o acompanhamento e educação permanente da comunidade, quais as atividades realizadas, além de repassar uma listagem de atividades das equipes saúde da família. No entanto, era necessário que o relatório fosse mais específico e detalhado para garantir a implantação das ações. Por fim, também não foi adotada nenhuma medida do Ministério Público junto ao Judiciário, na condição de autor da ação, requerendo intervenção para o cumprimento da antecipação dos efeitos da tutela. A última movimentação do processo ocorreu 05/06/2015 com a retirada do processo pelo Ministério Público Federal.

Não se pode negar que mesmo que as ações adotadas pela prefeitura sejam limitadas, permite avanços no PSF em Belém após a ação proposta pelo MPF. É bem verdade que o programa não funciona com cobertura total, mas, se não houvesse a preocupação do *Parquet* e, por conseguinte, o convencimento do juízo de que o Judiciário está apto para atuar em matéria de saúde pública, não teria havido melhora na prestação dos serviços nessa área.

Apesar de todas as informações em auditorias realizadas, a exemplo do que ocorreu na ACP, ainda não é possível verificar um movimento de judicialização da saúde ascendente pelo Ministério Público ou Defensoria para a melhoria do programa Saúde da Família, vez que não se localizou outras ações no Estado do Pará, apesar das inúmeras constatações nos relatórios de auditoria na área da saúde. Ao pesquisar em outros tribunais de outros Estados, obteve-se a mesma conclusão. O simples monitoramento desse programa de governo levaria a grandes avanços na saúde preventiva, razão pela qual deveria ser ampliado, seja pela importância da medida e de seus reflexos na população, seja pela limitação dos recursos, que obrigam o Poder Público a otimizar os gastos. Não só o Poder Executivo deve priorizar a prevenção, mas os órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública deveriam adotar medidas de fiscalização e de monitoramento da aplicação de recursos na prevenção. Apesar da judicialização e do avanço, o poder público ainda é resistente em adotar as medidas cabíveis mesmo aderindo aos pactos e ao programa. Essa resistência demonstra que apesar do diálogo estabelecido, seja no pacto firmado, seja por força liminar, houve um descumprimento do diálogo para a implementação das ações, confirmando que a maioria das questões relacionadas à saúde seja preventiva, se encontra na omissão da implementação da política pública instituída, apesar dos compromissos assumidos em regime de diálogo.

Esse exemplo de ação demonstra que a saúde preventiva pode ser protegida por medidas judiciais em casos de omissão do poder público, mas sem dúvida, a busca de solução dialógica, mesmo dentro do processo judicial, pode ajudar na efetividade do direito a saúde

preventiva. Essa medida pode significar grande avanço apesar de não ter sido implementadas todas as ações. Para tanto é necessário que o MPF e da DP estejam também imbuídos desse papel no intuito de melhoria da saúde preventiva. Mesmo com a judicialização nada obsta a busca da composição entre os partícipes tendo o judiciário papel fundamental de articulador da implementação.

5.4.4 Ação judicial para disponibilização da vacina contra HPV proposta pela defensoria pública.

Mereceu destaque a ação proposta pela Defensoria Federal, em Sergipe, para a disponibilização à população da vacinação contra o HPV. A fundamentação da ACP foi baseada em informações do Ministério da Saúde sobre a mortalidade de mulheres acometidas pelo vírus do HPV, que teve um aumento expressivo de 28,6%, com os óbitos passando de 4.091 em 2002 para 5.264 em 2012. Afirma uma notícia do Ministério da Saúde que, com a implementação da vacinação, seria possível pensar numa primeira geração de mulheres sem o câncer²³⁶. O HPV causa um tipo de câncer que está entre os três mais mortais, perdendo apenas para o de mama e de brônquios e pulmões.

A vacina contra o HPV é utilizada como uma estratégia de saúde pública contra o câncer do colo do útero e tem sido adotada em mais de 100 países, por meio de programas nacionais de imunização. Segundo a OMS, no mundo, foram aplicados, até 2013, 175 milhões de doses em mulheres. A sua segurança é reforçada pelo Conselho Consultivo Global sobre Segurança de Vacinas da OMS. A imunização por meio da vacina é um grande passo para a redução da mortalidade, atuando precipuamente na saúde preventiva primária. A vacinação não é a única responsável pelo combate do câncer de útero causado pelo HPV, pois não substitui outras medidas preventivas, como o exame preventivo (Papanicolau) e o uso de preservativos nas relações sexuais. A Organização Mundial da Saúde afirma que aproximadamente 290 milhões de mulheres no mundo são portadoras da doença, sendo 32% infectadas pelos tipos²³⁷ 16 e 18, responsáveis pela morte de 270 mil mulheres²³⁸.

²³⁶ O próprio Ministério da Saúde divulgou a referida informação, no entanto, como será demonstrado, na defesa da União, foi afirmado que os resultados prometidos pelos cientistas não são garantidos.

²³⁷ O HPV são vírus classificados por tipos baseados na sequência de DNA. Os HPV tipo 1 e 4 foram os primeiros a serem descobertos por que são encontrados na maioria das verrugas cutâneas. Os HPV das verrugas genitais são normalmente do tipo 6, 11, 16, 18, 31, 33 e 35. Os tipos oncogênicos prevalentes mundialmente são: 16, 18, 45, 31, 33, 58, 52 e 35. Tipos de alto risco: HPV's tipos 16, 18, 31, 33, 35, 39, 45, 51, 52, 56, 58, 59, e 68 encontrados em lesões de alto grau e carcinoma invasor. A infecção por HPV 16 e 18 são de alto risco, principalmente a infecção pelos tipos mais prevalentes (CULATINO, 2010, p.17-23).

²³⁸ Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/15817-cresce-numero-de-mortes-por-cancer-do-colo-do-uterio-no-brasil>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

O Processo referente à ACP de nº 0001818-36.2008.4.05.8500 está em tramitação na 1.ª Vara Federal de Sergipe e foi proposta no dia 27 de junho de 2011, tendo como autor a Defensoria Pública da União e figurando como réus a União Federal e outros (Município de Sergipe). Importa destacar o motivo que ensejou a ACP foi o elevado número de mulheres que buscaram a Defensoria para requerer benefício previdenciário por estarem acometidas de câncer de útero causado pelo HPV.

Na fundamentação da ação, foi ressaltada a eficácia comprovada da vacina contra HPV baseado em dados da própria Anvisa, e a dificuldade que a população tem para obtê-la diretamente em razão do alto custo. A União, por meio de seus advogados, informou que existem entraves financeiros e técnicos para a não incorporação da vacina ao calendário nacional de vacinação. Foram apresentados depoimentos de especialistas na área sobre as características da vacina e da doença com o objetivo de comprovar o tempo de transferência de tecnologia e a possibilidade de baratear a vacinação. Segundo informações a vacina é eficaz e alguns municípios que estão disponibilizando à população, como Conde (BA), Barretos (SP), Campos (RJ), Araraquara (SP) e Geceaba (MG). Os depoimentos dos especialistas demonstram que mesmo judicializada a medida é possível (e deve ser promovido) o diálogo como forma de implementação da política. Ademais, no voto do juízo foi feita referência à opinião dos especialistas da área, assim, por mais que o juiz seja responsável pela deliberação, não significa ausência de cooperação entre os envolvidos.

Foi destacado ainda a própria experiência pioneira no Pará de utilização da vacina para imunização das índias de uma tribo, resultante da implementação de um programa em parceria com a Eletrobras. Destacou-se que o exame Papanicolau atinge somente 18% da população, o que representa um grande risco para aquelas que não têm acesso ao exame; além disso, outros contatos sexuais podem transmitir a doença, como sexo anal e oral. A Dra. Carmem Luiza Leite Barros, uma das especialistas ouvidas, concluiu que a vacina é 100% eficaz e que tem uma validade de 20 (vinte) anos²³⁹.

A Defensoria apresentou dados informativos ressaltando que o câncer de colo de útero é o tipo mais comum entre as mulheres, com aproximadamente 500.000 novos casos no mundo, e é responsável pelo óbito de cerca de 230.000 mulheres, sendo que no Brasil são 20.000 novos casos com morte em torno de 7.000. Destacou que há uma previsão médica de que a doença já afetou ou vai afetar 75% da população sexualmente ativa do país. É importante dizer que já existe uma vacina para a doença, de grande eficácia e aprovada pela

²³⁹ Disponível em: <<http://www.jfse.jus.br/cretainternetse/consulta/processo/consulta.0001818-36.2011.4.05.8500>>. Acesso em: 5 de dez. 2014.

Anvisa, de nome Gardasil, que protege contra os tipos mais comuns de HPV (6, 11, 16 e 18), contra lesões cancerígenas e pré-cancerígenas do trato genital. Essa vacina, porém, está disponível apenas na rede particular de saúde, com custo atual de mais de R\$ 1.000,00 (mil reais), visto que cada dose individual custa R\$ 364,00 (trezentos e sessenta e quatro reais). Por fim uma das especialistas destacou que somente após 20 anos deverá ser aplicada nova vacina e que 70% dos cânceres de colo de útero e 90% dos casos de câncer da cavidade uterina e ânus são decorrentes dos vírus 16 e 18. O HPV tem uma ação sistêmica, atingindo também outras partes do corpo que não a área genital, como olho, laringe, faringe etc, a depender das práticas sexuais da pessoa. O Nordeste do Brasil tem a maior incidência de câncer de pênis e anus do mundo. No Reino Unido mesmo havendo adotando a prevenção secundária em 80% da população foi adotado a vacina (prevenção primária) para prevenir a doença. Importante destaque foi dado ao fato de que se adotada no calendário de vacinação a tendência e que haja diminuição do seu valor como ocorreu com a vacina do rotavirus.

A União alegou que há impossibilidade de adoção da política de vacinação em face do alto custo, atendendo a teoria da reserva do possível, especialmente porque o custo de disponibilizar a vacina é de 1,5 bilhões para atender jovens de 11 a 12 anos, sendo essa a principal fundamentação da defesa. Destacou-se que a política importaria em bilhões de reais para prevenir doença que são curáveis sem necessidade de qualquer intervenção clínica como uso de preservativo e de práticas de proteção, portanto, preveníveis por outros meios, sendo que o custo do exame papanicolau custa R\$ 5,00 para o SUS. Destacou-se, ainda, que existe uma série de requisitos que são avaliados e que justifica a sua não inclusão neste momento, mas que não impede que venha a ser feito posteriormente. O fato de a Anvisa ter aprovado a vacina não significa que o SUS tenha que disponibilizar massificadamente. Ressaltou que, por tratar-se de prevenção, o Poder Judiciário deveria atuar com rigor, pois somente poderia atuar em caso de omissão do Poder Público, sob pena de tornar-se gestor da saúde pública, o que é inaplicável. Ressaltou ainda que há controvérsia sobre os estudos apresentados, pois suscitam dúvidas sobre os efeitos colaterais e sobre o público-alvo a ser atingido. Por essas razões a vacina não seria incorporada ao Programa Nacional de Imunização.

Apesar de todos os argumentos da Defensoria e do parecer dos especialistas ouvidos, o juízo julgou improcedente o pedido da demanda em razão do grande impacto no orçamento da saúde que causaria a disponibilização da vacina Gardasil, especialmente porque o pedido foi para uma vacina produzida por apenas um determinado laboratório, sem quebra de patente. O Município ainda destacou que para saber o resultado da vacinação terão que haver

acompanhamento por 10 anos. O Estado de Sergipe alegou que a vacina em mulheres infectadas e com câncer de útero é ineficaz.

O juízo da causa determinou a abertura de audiência pública para ouvir os especialistas na área. O MPF interpôs agravo retido em razão da decisão do juízo de prosseguir o feito com a defensoria pública federal em face da ilegitimidade da defensoria e seu parecer foi pela improcedência do pedido.

O juízo na sentença ressalta a atuação da Defensoria em buscar solucionar questões na área coletiva e da própria previdência social que arca com a omissão do poder público. Não excluiu o Município da lide por entender que há responsabilidade solidária dos entes. Apresentou argumentos defendendo o direito à saúde e a possibilidade de o Judiciário intervir quando está em jogo direito fundamental, colecionando julgados do STF afirmando inclusive que afirma que o direito secundário²⁴⁰ deve ser afastado frente ao direito fundamental à saúde. Afastou a teoria da reserva do possível. Da mesma forma, afastou a ideia de que a separação de poderes constituiria um impedimento absoluto e *a priori* para o exame da política, mas sim em que medida se dará esse controle. Destacou que mesmo que não houvesse fixação da despesa o Judiciário poderia determinar a política pública de saúde, na medida em que esta prepondera sobre eventuais regras orçamentárias. No entanto, entendeu que não houve inércia do poder público, visto que inúmeras ações adotadas para prevenir a doença como rastreamento realizado por meio de exames consecutivos de Papanicolau.

Em relação à vacina entendeu que em face das dificuldades de adesão ao esquema vacinal que apontam para efetividade menor do que aquela observada nos ensaios clínicos; que ainda existem lacunas de conhecimento relacionadas à duração da eficácia, à eventual necessidade de dose de reforço e à proteção cruzada; que a abrangência da proteção conferida pela vacina é dependente da proporção dos tipos 16 e 18 de HPV prevalentes na população; que a vacinação não exclui a necessidade do rastreio e causa impacto significativo no custo do sistema de saúde sem a correspondente economia para as ações de rastreamento; que a redução da prevalência de lesões intraepiteliais cervicais aponta para a necessidade de utilização de testes mais sensíveis e específicos para o rastreio de populações vacinadas; que as desigualdades existentes de acesso ao rastreio poderão ser perpetuadas no acesso às vacinas; e que se espera um impacto da vacinação sobre a redução do câncer apenas num espaço de 30 a 40 anos, ao passo que há necessidades atuais na perspectiva do controle do

²⁴⁰ O direito secundário tem ligação intrínseca como interesse secundário e torna-se relevante na medida em que impõe ao administrador público um controle financeiro imprescindível para a efetivação de interesses públicos primários. “[...] Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam” (BARROSO, 2005, p. xiv).

câncer que podem ser atendidas pela ampliação e qualificação do rastreamento e tratamento das lesões precursoras e dos casos do câncer detectados, que podem ter impacto na redução da mortalidade em aproximadamente 10 anos. Existe estudo sobre a incorporação da vacina, tendo o Programa Nacional de Controle do Câncer de Colo do Útero concluído, que a incorporação da vacina contra o HPV não era factível pois levaria à inviabilidade do equilíbrio no financiamento do SUS, além do fato de não substituir as ações preventivas, apenas complementa-as, além de que o programa elaborou proposta de estudo de aperfeiçoamento técnico e operacional mediante o fortalecimento do rastreamento e da gestão descentralizada do programa de rastreamento, a garantia da qualidade do exame citopatológico e do tratamento adequado das lesões precursoras, da intensificação das ações de controle e avaliação de alternativas de ações de controle e orientar gestores sobre as consequências da adoção não criteriosa do uso das vacinas com possível impacto negativo desta prática na alocação de recursos financeiros disponíveis para a assistência à saúde. Por fim considerou ser necessário definir critérios como: a) epidemiológicos; b) imunológicos; c) sócio-econômicos; d) tecnológicos; e) operacionais²⁴¹. Assim, restaria ainda dúvida sobre a plena eficácia técnica e do público-alvo, sobre o tempo de durabilidade e a extensão da imunização a todos os vírus HPV, há também que se considerar que, pela dialética dos autos, a vacina não cura pessoas contaminadas, mantendo apenas o caráter profilático e a vacina Gardasil não é o único canal considerado como plano de ação para reduzir a incidência e mortalidade acometida pelo câncer do colo do útero no Brasil. E que se deve ponderar que, no momento, a inserção da tecnologia da vacina ao programa de Imunizações ainda não reduzirá os efeitos financeiros canalizados para esse fim, mas há de ficar o registro de que uma política de saúde pública não deve buscar um resultado imediato e o fator tempo ser obstáculo para a adoção de soluções, pelo que, entendeu que, naquele momento, o Poder Judiciário se substituiu à atividade estatal de implementação de política de saúde pública para obrigar os réus a disponibilizarem gratuitamente a vacina, razão pela qual julgou improcedente.

Ao analisar os argumentos do voto fica evidente que o fator econômico foi o que mais pesou para a decisão de improcedência, vez que na própria fundamentação do juízo houve o reconhecimento da eficácia da vacina, da necessidade de utilizá-la para redução do câncer e

²⁴¹ A epidemiologia é uma disciplina de saúde pública voltada para o estudo do processo saúde-doença no âmbito de populações, ou seja, na seara coletiva. Como disciplina da saúde pública, preocupa-se com o desenvolvimento de estratégias de ações voltadas para a proteção e promoção da saúde da comunidade, uma vez que oferece subsídios para implementação de ações dirigidas à prevenção e ao controle de doenças. Já a imunologia diz respeito à comprovada eficácia da medicação utilizada como controle da epidemia, mediante a implementação de determinada política pública, na camada populacional alvo.

da sugestão de que no futuro deve ser utilizada. No entanto, a cultura da medicina curativa ainda é muito arraigada, tanto que a União e o juízo entenderam que o fato de haver exame para saber se a pessoa está contaminada é medida que justifica a não disponibilização da política, ou seja, o exame apenas indica se a pessoa está ou não acometida (doença instalada), enquanto a vacina cria uma barreira (prevenção).

O importante foi que a vacinação no Brasil foi inicialmente disponibilizada para as meninas de 11 a 13 em 2013 e atendeu 2,4 milhões de meninas, representando 49% do público-alvo, formado por 4,9 milhões de meninas. Em 2015, a vacina passou a ser oferecida para as adolescentes de 9 a 11 anos e, em 2016, será disponibilizada para as meninas de 9 anos. Não foi encontrada justificativa para que o programa não fosse estendido às demais faixas etárias, visto que é possível reduzir também o mesmo tipo de câncer em mulheres que têm vida sexual ativa. O certo é que as justificativas apresentadas pela União acerca da confiabilidade da vacina não se sustentaram em razão de sua disponibilização posteriormente, o que confirma que o fator econômico foi à justificativa mais convincente.

A instituição da política pública pelo Ministério da Saúde demonstra que os principais argumentos sobre a eficácia da vacina, que foram à base da fundamentação da União e da própria decisão, não tinham sustentação técnica. Destaque-se que a vacinação é uma ação dentro do programa Saúde da Família. A judicialização dessa política foi valiosa, mesmo que o resultado não tenha sido alcançado imediatamente, mas serviu de interlocução entre os atores, visto que na própria sentença o juízo deixou claro que naquele momento não era viável. A União adotou a política de vacinação, mesmo que ainda restrita, e vem ampliando a faixa etária. Dessa forma, pode-se concluir que o diálogo indireto entre os poderes ocorreu e foi útil e necessário para ampliar as políticas públicas de saúde preventiva.

Portanto, embora nos tribunais, locais ou superiores, não haja expressivas ações voltadas para a saúde preventiva, é possível encontrar, mesmo que de forma reduzida, alguma preocupação dos órgãos de defesa da sociedade (MPF e a Defensoria Federal) com a prevenção da saúde, o que pode representar o início de um movimento efetivo em prol da prevenção. Outro aspecto que deve ser enfatizado é que as ações de caráter coletivo, com fins preventivos, podem ser responsáveis pela redução da mortalidade da população e, ao mesmo tempo, por dar maior efetividade à aplicação de recursos na área da saúde. Os próprios números do Ministério da Saúde destacam o quantitativo de pessoas infectadas e a redução, caso aplicado da medida de prevenção.

Por fim, os dois exemplos apresentados demonstram a importância de adoção de medidas preventivas²⁴². Porém, a cultura da atuação na saúde preventiva primária ainda é incipiente. Apesar dos dados positivos obtidos sobre sua implementação, sua ampliação tem sido feita de forma tímida. As ações dos órgãos de defesa da sociedade ou do hipossuficiente, seja do Ministério Público, seja da Defensoria Pública, têm reflexos na área da saúde secundária e terciária, voltadas para a saúde curativa. Há apenas casos isolados de medidas envolvendo a saúde preventiva, demandados por meio de ações coletivas. Portanto, é possível também concluir que os referidos órgãos temem adotar medidas mais ativas quando se trata de saúde coletiva e acabam atuando apenas no interesse individual homogêneo e permitindo que muitas políticas instituídas não sejam implementadas. Esse temor poderia inclusive ser mitigado com abertura de rodadas procedimentais de diálogo para antever a judicialização.

A preocupação com a saúde e com a judicialização chegou também ao Conselho Nacional de Justiça que informa os dados referentes à judicialização: até junho de 2014, foram propostas 62.191 demandas judiciais na área da saúde no Tribunal Federal e 330.630 ações nos tribunais estaduais²⁴³.

A partir de ações coordenadas entre os poderes e entre estes e a sociedade é possível avançar para melhorar a concretude do direito a saúde preventiva por meio da judicialização dialógica desse direito social. Essa conclusão evidencia a necessidade de as ações de saúde preventiva serem objeto de diálogos entre os poderes e a sociedade, bem como entre as instituições ou poderes constituídos para bem desempenhar sua missão constitucional de defesa das demandas sociais e do interesse público primário, visto que a imprecisão dos contornos que envolvem tais direitos sociais necessitam de ações conjuntas para a especificação necessária à concretização dos direitos sociais, em especial os da saúde preventiva. Essa é uma análise que busca apresentar um das alternativas viáveis para superar os óbices encontrados à concretização dos direitos sociais viabilizados pela judicialização

²⁴² Um estudo feito em treze países comparou o baixo peso das crianças ao nascer e a mortalidade pós-natal, concluindo que a expectativa de vida pode ser aumentada com a efetiva atuação na atenção primária à saúde, que tem efeito positivo na saúde da população. Isso também se comprovou na América Latina. Na Costa Rica, por exemplo, a preocupação com a atenção básica reduziu em 13% a mortalidade infantil e em 4% a mortalidade de adultos cinco anos após a reforma da saúde primária. No Brasil, foi analisado o impacto do programa Saúde da Família na mortalidade infantil e foi comprovado que o aumento de 10% da cobertura implica uma diminuição de 4,6% da mortalidade infantil (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2007). Esses resultados foram superiores aos referentes à ampliação da água potável (2,9%) e à ampliação de leitos hospitalares (1,3%) (GARUZI et al., 2014).

²⁴³ Importante destaque deve ser dado à Declaração do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, ocorrido em 2010, em que foram definidos compromissos que ajudam a solucionar os problemas da efetividade do direito na referida área da saúde. Estabeleceu-se um prazo para a composição de comitês com o objetivo de promover debates e estudos com diversos segmentos da sociedade, notadamente com os membros do Judiciário, do Ministério Público, gestores e executores de políticas públicas. São medidas de caráter concreto e normativo, destinadas à prevenção e à solução de conflitos judiciais (art. 2.º, IV, da Resolução n.º 107/2010)243.

dialógica das questões referentes à saúde preventiva para que se obtenha um nível de saúde ótima da população.

6 CONCLUSÃO

Nessa dissertação buscou-se avaliar a área da atuação e o limite do papel do Judiciário nas demandas da saúde preventiva que exigem do Poder Público a formulação, a implementação e a avaliação da política pública, focando na prevenção primária e tomando como análise o Programa Saúde da Família, destacando os principais óbices aventados pela doutrina e pela jurisprudência na concretização dos direitos fundamentais por meio de atuações judiciais, suas vantagens e desvantagens, e apresentando casos práticos de judicialização de saúde preventiva no programa destacado.

O problema da pesquisa estava em constatar em que medida o poder judiciário poderia intervir nas políticas sociais e econômicas, para a redução dos riscos de doenças (prevenção) e de outros agravos previstos no art. 196 da Constituição, reconhecidos como dever do Estado, sem que isso signifique usurpação das atividades do parlamento, ou do executivo, mas uma ação coordenada (dialógica) e harmônica entre os poderes.

Foram analisados aspectos gerais que envolvem a saúde e sua eficácia frente à existência de normas diversas na área da saúde preventiva em que se concluiu que na seara da saúde preventiva há plena eficácia jurídica que significa a presença de legislação constitucional e infraconstitucional para garantir o direito a saúde preventiva. Enfatizou-se que é de grande relevância para a saúde preventiva a especificação do bem comum (saúde preventiva), e neste diapasão o poder judiciário vem contribuindo vez que no momento da formulação da política pública há um certo grau de indefinição e indivisibilidade. Assim, poder-se-ia adotar procedimento que identificasse os elementos caracterizadores do direito como “o que” “quem”, “onde”, “como”, “quando” e “por que” da política pública. Logo, o poder judiciário poderia, assim como, outros autores, suprir parte dessa falta de indentificação.

Apesar de ter sido abordado os aspectos relacionados à limitação financeira e orçamentária ventilados pela teoria da reserva do possível, como limitador material do direito fundamental a saúde preventiva se concluiu pela impossibilidade de utilização absoluta da implementação da saúde preventiva em razão da fundamentalidade do direito a saúde mesmo a preventiva. Destacou-se a importância da audiência pública convocada para o julgamento da STA nº 175 (saúde) em que se definiu alguns limites para aplicação da teoria, como a necessidade de o Poder Público comprovar a inviabilidade, para afastar a eficácia do direito fundamental à saúde preventiva.

Foi cotejado entre as necessidades básicas e intermediárias do ser humano a fim de seja definido o limite do mínimo existencial vinculando a sua importância a própria dignidade do homem, focado na ideia da saúde física e mental e autonomia racional como núcleo para evitar danos ao homem. Portanto, a concluiu-se que a dignidade humana somente poderá ser alcançada se o homem usufruir de uma saúde física e mental mínima e para tanto é necessário focar na prevenção evitando que o mal instalado comprometa definitivamente o homem.

Foram utilizados os principais conceitos relacionados à formulação, implementação e avaliação da política pública, apresentando o ciclo percorrido iniciando com a formulação do problema, a formulação da agenda, a busca de soluções, a busca de alternativas viáveis, avaliação da execução e extinção da política pública. Concluiu-se que o poder judiciário vem surgindo como grupo de pressão na área da saúde fazendo com que os problemas sejam deslocados para as agendas governamentais. Uma das razões está na dificuldade que o poder público tem na fase da instituição da política, especialmente a saúde preventiva, em definir os elementos caracterizadores necessários a sua identificação. O judiciário nesse aspecto acaba por ser protagonista de elementos não tratados na formulação da política da saúde preventiva.

Foi enfocada como a saúde preventiva funciona destacando desde o histórico da prevenção, até a divisão da prevenção em primária, secundária e terciária fazendo um corte metodológico para limitar a análise aos aspectos relacionados à saúde primária (promoção e prevenção específica) e parte da secundária. A prevenção primária, como dita, é feita no período pré-patogênese em que a doença ainda não surgiu, adotando medidas que impeçam o surgimento. Já o segundo nível – a prevenção secundária – é feita por meio de diagnóstico precoce e de tratamento, quando a doença já é detectável, ou seja, no início da patogênese. O terceiro nível – a prevenção terciária – é feita quando há progressão da doença ou quando o defeito e a invalidez já estão permanentes, essa vinculada a saúde curativa. Concluiu-se pela necessidade de mudanças para viabilizar a lógica da prevenção na saúde, incluindo a realização de estudos de custo-efetividade de ações de promoção da saúde e de prevenção de doenças em razão da dificuldade de se obter dados sobre os ganhos com a prevenção. A doença, uma vez instalada, repercute em toda a esfera familiar, seja no aspecto físico, seja no aspecto mental, gerando na unidade familiar consequências cíclicas difíceis de serem mensuradas, da mesma forma que uma família saudável gera consequências diretas e indiretas tanto na família como na sociedade, inclusive na esfera econômica.

Portanto, a prevenção da saúde está ligada a forma de desenvolvimento do país e a qualidade de vida do ser humano, mais até do que no aumento da produção de riquezas, pois o desenvolvimento depende das oportunidades que ele oferece ao povo de poder fazer suas

escolhas e exercer a sua cidadania. Para isso é preciso que a população tenha autonomia e para tanto, a saúde física passa a ser o vetor necessário a esse desenvolvimento que somente será atingido se a saúde estiver em ótimas condições. Uma população doente não garante produção de riqueza. Desta sorte é necessário que se crie barreiras protetivas para evitar que a doença comprometa todo o desenvolvimento do ser humano.

Foi destacado no estudo o Programa Estratégia da família como exemplo de política pública de prevenção uma vez que ele reorganizou toda a prática da atenção à saúde em novas bases e substituiu o modelo tradicional focado apenas no trabalho médico paciente desenvolvido nos consultórios, levando a saúde para mais perto da família, e com isso, melhorando a qualidade de vida de quem é atendido. O modelo aplicado compreende ações de promoção e prevenção e recuperação da saúde de forma integral e contínua. As pessoas podem ser atendidas em suas casas, por diversos profissionais, como médicos, enfermeiros, agentes comunitários de saúde, passando a existir um vínculo entre os profissionais da área da saúde e os membros da comunidade, o que facilita a identificação dos problemas e a busca de soluções conjuntas para os males identificados ou daqueles que potencialmente poderão levar ao mal. A ideia da participação popular nesse programa tem um significado de envolvimento e de apoio ao programa para que facilite a aderência das medidas com apoio popular. O Agente Comunitário de Saúde, principal fomentador, vem fazendo a diferença nessa nova forma de política vez que busca integrar a comunidade e a política pública. Essa aproximação vem permitindo um diálogo entre a comunidade e o poder público com o objetivo de difundir medidas sanitárias que sirvam de barreiras para a instalação da doença, portanto, é necessário solidificar a atuação dos ACS principalmente quando se está diante da prevenção.

Também se enfocou nesse estudo aspectos relacionados aos papéis do Parlamento e do Judiciário e as justificativas apresentadas para a dicotomia entre essa expansão da atividade do Judiciário e os limites que deverão ser impostos. Concluiu-se sobre a dificuldade de se definir o tamanho do papel do Judiciário ante tantas demandas, tarefa esta que tem desafiado os doutrinadores, mas chegou-se a conclusão de que é admissível que sua ação possa ser mais intervencionista, ativa e dinâmica, embora, ao mesmo tempo, limitada. Nos casos de promoção e prevenção específica da saúde, apesar de serem poucos os casos identificados, a atuação do judiciário vem sendo importantíssima, o que indica que há um espaço de atuação que pode ser preenchido pela atividade judiciária. Concluiu-se que a crise de representação vivida pelo Brasil também contribui para essa transferência de credibilidade ao Poder Judiciário. Discutir o tema da judicialização implica a discussão do caráter “antidemocrático” das decisões e as dificuldades contramajoritárias.

Apresentou-se os argumentos de diversos autores que defendem a atuação do Judiciário e outros em defesa da atuação Legislativa. Os defensores da revisão judicial entendem que faz parte do processo democrático, que trilha o caminho do que seria justo, havendo uma coincidência entre justiça e democracia, buscando-se uma decisão com uma qualidade substantiva e valor moral. Para os que atacam a Supremacia Judicial, há aquelas que entendem que decisões que são submetidas ao controle judicial, ao invés da vontade dos ramos majoritários que são superados pela vontade da Corte, que também acaba decidindo por maioria, mas não pela maioria indireta do povo, antes pela maioria dos membros.

Foi destacado que há para alguns um *deficit* democrático das Cortes e em contraposição, e outros, ao contrário apontam para um *deficit* moral do Parlamento, destacando-se críticas de duas naturezas: contra a representação eleitoral e contra a regra de maioria onde se conclui que sobre a dicotomia há bons argumentos favoráveis aos dois lados, seja para a supremacia da Corte ou do Parlamento, razão pelo qual devem ser consideradas as críticas a ambos. De fato, levando em consideração as razões aventadas, não parece razoável desprezar os argumentos, pois em cada ângulo há certa parcela de razão. A falta de acomodação ou o desacordo entre os argumentos sugere que é necessária uma reavaliação para um afastamento do sistema binário que se apresenta, para seguir na direção de uma terceira via, gradativa, que pudesse minimizar os pontos negativos. Nesse cenário, o diálogo entre os atores - seja ele institucional, seja ele por meio da base teórica que se apresente - fornece elementos que conduzem aos intérpretes do direito, alternativas coerentes para concretizar os direitos, sem que isso, necessariamente, implique em modificação do modelo adotado. Portanto, ao se afastar dos extremos é possível utilizar as teorias do diálogo para as questões envolvendo a saúde preventiva. Portanto, nesse espaço é que o Poder Judiciário atuaria, buscando um diálogo entre todos os atores do processo a fim de se chegar a uma alternativa viável provendo o cidadão de ações de saúde que antecedam a doença.

Para reforçar a ideia de que o poder judiciário pode atuar utilizou-se as conclusões do estudo feito por Pogrebinsch mitigando uma das principais críticas ao judiciário relacionada a adoção de decisões contramajoritária. A conclusão da autora foi que STF tem adotado uma postura bem condescendente com o Parlamento, o que representa certa deferência às leis editadas; além disso, na atuação do Tribunal, o próprio Legislativo tem respeitado a revisão judicial, dando assim a última palavra, havendo, portanto, prevalência da vontade da maioria, fortalecendo a representação, ao contrário do que se tem profetizado quando há uma atuação do judiciário. Portanto, nem sempre as decisões do judiciário podem significar que se contrário à vontade da população ou da maioria. Concluiu-se que o Judiciário faz parte da

estrutura de controle dos demais poderes e ator também para a solidificação da política pública de saúde preventiva. O limite de atuação do judiciário estaria nesse vácuo em que a política pública de saúde preventiva não chegasse ao cidadão, momento em que se abriria uma rodada de procedimento entre os atores políticos para viabilizar o direito. No entanto, os atores não devem atuar isoladamente, razão pelo qual se sugere o diálogo para diminuir a tensão. Nesse aspecto é destacada a importância das teorias do diálogo e suas características: 1) recusa de uma visão juriscêntrica e do monopólio do Judiciário na interpretação da Constituição; 2) recusa da existência da última palavra, pelo menos de que a Corte detenha a última palavra por meio da revisão judicial; 3) valorização do desacordo sobre questões substantivas e afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para dissolvê-lo; 4) visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; 5) visão mais ampla do tempo da política.

Dentre as três teorias dialógicas destacou-se a da construção coordenada, em que o Poder Legislativo e o Executivo dariam sua interpretação à Constituição não se submetendo à interpretação dos Tribunais, ignorando-os até. A segunda teoria daria ao Legislativo e à sociedade civil o poder de impor à Corte um controle e a responsabilização por suas decisões. A terceira teoria prega que as funções dos poderes são complementares, apesar de diferentes. A teoria defende a importância das decisões judiciais sem que sejam consideradas a última palavra. As decisões seriam tomadas em rodadas de conversas entre os tribunais, o povo e seus representantes, interagindo e dialogando.

Conrado Hübner defende o diálogo interinstitucional como uma saída intermediária e conciliatória para a solução do desacordo e apoia-se na hipótese de rodada procedimental e última palavra provisória, apresentando o modelo deliberativo fundado na persuasão. Essa teoria poderia ser aplicada ao modelo brasileiro nos casos em que haja envolvimento de saúde preventiva, vez que as medidas nesses casos possuem maiores repercussões.

Foram apresentadas experiências dialógicas no direito comparado a fim de reforçar a importância da cooperação entre os ramos dos poderes destacando a da Nova Zelândia que se funda nas regras segundo as quais o Judiciário não poderá invalidar as leis aprovadas pelo Parlamento, mas poderá interpretar o sentido das leis para proteger os direitos fundamentais. A segunda do Reino Unido em que ficou estabelecido que o Tribunal daria interpretação e efeitos a determinada legislação que deveriam ser compatíveis, “na medida do possível”, caso entendesse que a legislação examinada era incompatível com o *Act*, deveria emitir uma “declaração formal de incompatibilidade”. E o canadense em que foi instituído um rol de direitos fundamentais e atribuído ao Judiciário o poder de invalidar normas incompatíveis

com a Carta, ao mesmo tempo, foi permitido que o Parlamento superasse essa invalidação por um período. O Parlamento daria a última palavra por meio da “cláusula não obstante”. O modelo canadense também instituiu a “cláusula geral de limitações de direitos”, segundo a qual se admite que haja restrições de direitos colidentes e entre direitos e finalidades públicas. Essa limitação realizada deverá ser clara e justificada, e demandaria um debate público.

Também se destacou algumas experiências que podem ser consideradas dialógicas no Brasil mesmo não havendo a institucionalização do diálogo como: *amicus cúria*, audiência pública; o sistema adotado no Brasil para o julgamento de inconstitucionalidade em que poderá haver deflagração de um novo processo legislativo; o procedimento para nomeação dos membros do STF a partir da indicação do Presidente da República, com aprovação prévia do Parlamento; O próprio processo legislativo no Brasil é um procedimento dialógico no qual há diversos partícipes presentes desde o início do processo, uma vez que é atribuída competência a diversos atores, inclusive ao Judiciário; o processo das leis orçamentárias em que há inclusive limitação da atuação do próprio poder legislativo. Portanto, se concluiu que é possível, usar o diálogo, seja por meio de alterações institucionais, desde que passem a ser previstas no ordenamento jurídico, seja por meio de alteração do processo interpretativo, do questionamento do dogma da supremacia judicial e da disseminação da cultura mais dialógica especialmente o caso de políticas públicas coletivas como é o caso da saúde preventiva.

Foram apresentados três casos no direito comparado de experiências do diálogo e da judicialização. Nos EUA foi possível verificar o controle judicial nas agências regulatórias e executivas responsáveis pelas áreas, por exemplo, da saúde. O caso sul-africano que envolveu a reintegração de uma área invadida por um grupo que foi realocado em condições precárias e o caso que envolveu a disponibilidade de antivirais para combater o HIV em que foram impostas restrições em que a Corte determinou a implementação de programa amplo para garantir os referidos direitos, determinando que fosse cessada a restrição imposta de acesso. Esses casos são exemplos que podem ser utilizados de inspiração para o modelo brasileiro de experiências bem sucedidas. Nessa linha se destacou que no Brasil a experiência com as audiências públicas na saúde e a criação dos CIRADS que tem facilitado a interlocução entre os atores. Esse tipo de atuação vem ajudando mesmo que pontualmente a se resolver questões relacionadas à política pública de saúde.

Concluiu-se o tema com uma pesquisa estatística nas demandas judiciais na área da saúde preventiva no Estado do Pará e no Supremo Tribunal Federal buscando identificar se há demandas na área da saúde preventiva, tendo sido identificadas poucas ações. Em 2010 não foi localizada nenhuma ação preventiva, em 2011, localizou-se três, em 2012, três e em 2013,

quatro. Chegou-se a conclusão que o STF tem uma tendência a manter as decisões dos tribunais locais quando se trata de prestação de saúde mesmo nas ações coletivas preventivas. Com esses dados foi possível verificar que a preocupação com a saúde preventiva ainda está muito incipiente seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista da judicialização. Também se concluiu que apesar de haver base legal para a efetividade da saúde preventiva, a política pública governamental não priorizar a prevenção. Mesmo com uma atuação incipiente do Poder Executivo, os órgãos fomentadores das ações como Ministério Público e Defensoria Pública também não priorizam ações que possam melhorar os serviços. Por outro lado, foi possível observar que ao chegar ao judiciário à demanda sobre saúde há uma tendência ao atendimento, o que demonstra que o poder judiciário não se preocupa com as discussões travadas sobre legitimidade, representatividade.

Por fim, apresentou-se dois casos de judicialização na área preventiva, um envolvendo o programa Saúde da Família, em que foi deferida liminar, estando pendente de julgamento para demonstrar a importância da implementação da ação preventiva, apresentando as principais ações e analisando um caso de judicialização do programa como exemplo de judicialização de ação preventiva. Sem dúvida que a Estratégia Saúde da Família foi um grande avanço para a saúde preventiva, não somente por tirar o foco da doença, mas especialmente por considerar o ambiente natural da população o que se concluiu que a prevenção é um caminho viável a ser seguido. Outro exemplo de judicialização envolvendo a prevenção foi o caso da vacinação contra o vírus HPV, julgada improcedente, apesar de em seguida ter sido disponibilizado a política pública nos termos da ação, o que confirma a pressão que as ações exercem na política pública.

Assim, restou firmado na pesquisa que, quando o Poder Judiciário determina a concessão do direito a saúde preventiva, fixando o modo de exercício desse direito, não está “criando” política pública, ou, mais restritamente, política social; está, sim, determinando que um específico direito previsto no ordenamento seja concedido a quem dele faz jus.

Por fim, ficou consignado que é possibilidade e viável de cooperação entre os poderes nas áreas da política pública de saúde preventiva, com o objetivo de garantir a fruição dos direitos fundamentais, superando a ideia aventada pela doutrina contrária da falta de legitimidade do judiciário para atender os interesses individuais e coletivos na área da saúde, diminuindo a tensão entre democracia e constitucionalismo. Assim, é possível que o judiciário atue também na área da saúde preventiva especialmente porque na grande maioria dos casos já há política pública instituída mesmo na saúde preventiva, fazendo parte de a atividade judiciária atuar na omissão do poder público, ou na especificação dos elementos

identificadores da política; que os poderes apesar de suas competências típicas podem e devem dialogar entre si na formulação e implementação da política pública de saúde preventiva, devendo inclusive fomentar outros canais de interação entre eles, como ocorreu com as audiências públicas e a criação dos CIRADS; que as políticas públicas apesar de serem elaboradas de forma genéricas e sem caráter vinculativo para o Poder Executivo o que compromete a sua concretude, deve e podem ser instituídos procedimentos que busquem identificar os elementos básicos caracterizadores da política, especialmente a preventiva, que gera benefícios mais amplos a sociedade; e por fim que há atuação do poder judiciário na área da saúde preventiva, ainda que em menor quantidade, e vem garantindo a população políticas mais universais e integrais, especialmente porque as demandas são coletivas, devendo, portanto, ser ampliada. Ressalte-se por fim, as regras do novo código de processo civil que vem ressaltando a necessidade de composição dos litígios pelas partes, o que também fomenta a ideia aventada nessa pesquisa do diálogo como terceira via de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. **Direitos Humanos e Direitos fundamentais: diálogos contemporâneo**. 2013. Ed. Jus Podiavm.p.268.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997a. cap. 4, p. 159-177.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2012.
- ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2013.p.77.
- AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. **O dilema preventivista**: contribuição para compreensão e crítica da medicina preventiva. 1975. Tese (Doutorado em Medicina Social) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1975.
- ASSIS, Marluce Maria Araújo et al. (Org.). **Produção do cuidado no Programa Saúde da Família: olhares analisadores em diferentes cenários**. Salvador: EDUFBA, 2010. 180 p. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/xjcw9/pdf/assis-9788523208776.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para o judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 07 jun 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF**: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Retrospectiva 2008. Rio de Janeiro, 2009. Mimeografado.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum. 2012.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas: Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo. Ed Malheiros.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109 -1180, 2006.

BEKER, Daniel. **No seio da família: amamentação e promoção da saúde no programa de saúde da família**. Rio de Janeiro. 2001. Dissertação para mestrado.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. **Direito à moralidade e à penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 997-1017.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era do direito**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, DF: Editora UnB, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Seção 1, p. 18055 (publicação original).

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Promoção da Saúde**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/28_11_2013_14.57.23.7ae506d47d4d289f777e2511c83e7d63.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Manual técnico de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças na saúde suplementar**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Manual_Tecnico_de_Promocao_da_saude_no_setor_de_SS.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Portal da Saúde**. [2011a?]. Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/atencobasica.php>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 2.488, de 21 de outubro de 2011. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 out. 2011b. Seção 1, p. 48-55.

BRASIL. Ministério da Saúde. **PNAB – Política Nacional da Atenção Básica**. Brasília, DF. 2012. Disponível em: <<http://189.28.128.100/dab/docs/publicacoes/geral/pnab.pdf>>. Acesso em:

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Curso de extensão em promoção da saúde para gestores do SUS com enfoque no programa academia da saúde**. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, CEAD, 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/04/Livro-EaD---Promo----o-da-Sa--de---Academia-da-Sa--de.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): Princípios e conquistas**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Uma reforma gerencial da administração pública**. 1997. Mimeografado.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho – Suplemento Especial Comemorativo**, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPELLA, Ana Cláudia N. **Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas**. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-122.

CARVALHO, Sérgio Rezende. **Saúde coletiva e promoção da saúde**. São Paulo: Hucitec, 2005.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; TERRURÓ, Susana Maria da Glória. **La triple dimensión de los derechos humanos**. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia de (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 167-191.

COMPARATO, Fabio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. In: MARCILIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 53-73.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **O futuro que queremos**. Declaração final da Rio + 20. Texto em português. 12 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.rets.org.br/sites/default/files/O-Futuro-que-queremos1.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

CZERESNIA, Dina. **Ações de promoção à saúde e prevenção de doenças: o papel da ANS**. Julho 2003. Texto elaborado para o Fórum de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/tt_as_02_dczeresnia_acoespromocaosaude.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

CULATINO, Patricia Lucena. **HPV 16 E 18 E O DESENVOLVIMENTO DO CÂNCER DO COLO UTERINO**. Recife, 2010. Monografia.

DIAS, Barbara Lou Veloso; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial**. São Paulo: Método, 2011.

DIAS, Jean Carlos Dias. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2017. p.162.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOYALN Len e GOUGH, Ian. **A theory of human need**. London: MacMilan, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. Direito dos juristas: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. In: ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. cap. 6, p. 205-255.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental a Saúde: O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Editora Forum. 2010.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, p. 577-682, 1993

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

GARUZI, Miriane et al. **Acolhimento na estratégia saúde da família: revisão integrativa**. Revista Panamericana de Salud Publica, Washington, v. 35, n. 2, p. 144-149, 2014.

GIOVANELLA, Ligia; MENDONÇA, Maria Helena Magalhães de. **Atenção primária à saúde no Brasil**. Brasília, DF: ESMPU: Editora Fiocruz, 2013. p.125.

- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas públicas e desenvolvimento**. Brasília, DF: Editora UnB. 2009.
- HIEBERT, Janet L. **Limiting rights: the dilemma of judicial review**. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002a.
- HIEBERT, Janet L. **Charter conflicts: what is Parliament's role?** Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.
- HESSE, Conrad. **A força normativa da Constituição**. 1991. Sergio Antonio Fabris Editor. p.9.
- HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2005.
- KINGDON, John W. **Agendas, alternatives, and public policies**. 3. ed. New York: Harper Collins, 2003.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- Lalonde M. **A new perspective on the health of Canadians**. A working document. Ottawa: Government of Canada, 1974.
- LEAVELL, Hugh; CLARK, Edwin Gurney. **Medicina preventiva**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1978.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2006.
- LEAVELL, Hugh; CLARK, Edwin Gurney. **Medicina preventiva**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1978.
- LIMBERGER, Têmis. Saneamento: política pública preventiva em saúde coletiva. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, p. 69-84, jan./abr. 2012.
- MAGALHÃES, Breno Baia; SILVA, Sandoval Alves da. **O Grau de Vinculação dos Precedentes: o efeito vinculante é absoluto?**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 49, nº 195. Julho/setembro. 2012.p.90.
- MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil**. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; SÁNCHEZ, Miguel Revenga (Org.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 257-273.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Alessandro Santos de Miranda. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais**. São Paulo: LTR, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002.

NICOLICH, Marcello; ROCHA, Márcio. **PREVENTIVA**. VOLUME 4. 2014. Editora Medyn. P.30

NOLETO, Maria Clara Barros. **O controle judicial do orçamento da saúde no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2009.

NETO, Eleutério Rodrigues. **Saúde promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2003.p.143.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito a saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. **Meio ambiente, cidadania e lei**. Belém: NUMA, UFPA, 2002. (Série Estudos do NUMA, n. 11).

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; DOURADO JUNIOR, Octavio Cascaes. Dimensões socioambientais do direito administrativo. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, DF, v. 24, n. 7, p. 38-46, jul. 2012.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (Org.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório de saúde mundial 2008: cuidados de saúde primários – agora mais que nunca**. Lisboa, 2008. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2008/whr08_pr.pdf>. Acesso em: ...

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Renovação da atenção primária em saúde nas Américas**. Washington, D.C., 2007. Documento de posicionamento da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/renovacao_atencao_primaria_saude_americas.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.

PIOVESAN, Flavia. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flavia; SOUZA, Douglas Martins de (Coord.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília, DF: SEPPPIR, 2006. p. 21-30

PIVETA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde**. São Paulo: revista dos tribunais, 2014.p.229-244.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

PORTAL EDUCAÇÃO. **O que é saúde preventiva.** Janeiro 2013. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/educacao/artigos/27139/o-que-e-saude-preventiva#ixzz33nIEmyxl>>. Acesso em: 5 jun. 2014.

PRIMEIRA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE PROMOÇÃO DA SAÚDE, 1986, Ottawa. **Carta de Ottawa.** Ottawa, nov. 1986. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2014.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** São Paulo: Saraiva, 2013.p.119.

RODRIGUES NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

ROSA, Walisete de Almeida Godinho; LABATE, Renata Curi. Programa de Saúde da Família: a construção de um novo modelo de assistência. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 13, n. 6, p. 1027-1034, nov./dez. 2005.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. **Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos.** **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 429-435, mar./abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200019&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 dez. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em:

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 2, n. 4, p. 3183-3255, 2013.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Contribuições de intervenção e direitos humanos de segunda dimensão. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito. São Paulo: LTR. 2010.p.224-225.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 3. reimp. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeito**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.p.28.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Depoimento Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Sandoval Alves da. **A tutela coletiva dos direitos humanos: O diálogo institucional como instrumento de atuação do ministério público em políticas públicas para a concretização dos direitos sociais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz. 2010.

SOUZA, Maria Aparecida de. **Análise da implantação da estratégia saúde da família em dois municípios do agreste de Pernambuco, Brasil**. 2008. 201 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2008.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, ano. p. 313-358.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: Juspodivm, 2013.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p.219-223.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – why liberty Depends on Taxes*, 1999, p.15.

_____, **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2001.

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável**. Gerenciando o desconhecido. Rio de Janeiro: BestSeller, 2008.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **A atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2011. 482 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

TERRIS, Milton. Conceptos de la promoción de la salud: dualidades de la teoría de la salud pública. In: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. **Promoción de la salud: una antología**. Washington: OPAS, 1996. p. 37-44. (Publicación científica, 557).

TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. **ACP e políticas públicas: implicações e tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

WAMBIER,, Nicola Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. **Poder Judiciário, Direitos Sociais e racionalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Campos jurídico, 2011.p.197-207.

VIANNA, Luiz Wernweck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social – revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p.66-70).