

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

FELIPE FRANZ WIENKE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Felipe Franz Wienke; José Ricardo Caetano Costa; Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-619-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL foram apresentados artigos relacionados aos direitos sociais, em especial os de seguridade social (previdência, saúde e assistência social) e os trabalhistas. A discussão relativa aos mencionados direitos é essencial, não somente em face das reformas que têm alterado os direitos sociais, principalmente os trabalhistas e os previdenciários, como também em razão crise econômica, a qual, ao mesmo tempo que exige maior proteção social, compromete o seu financiamento.

Foram apresentados os seguintes trabalhos:

“A LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA E O ESTADO CONTEMPORÂNEO”, de autoria de Fernando Rangel Alvarez dos Santos e Carlos André Coutinho Teles. O artigo analisa o reconhecimento das negociações coletivas a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente no que respeita às alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.

“A MULHER NA REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA 'PROTEÇÃO' DOS DIREITOS”, As autoras, utilizando como base a CLT,

demonstram que as normas ditas protetivas são muitas vezes preconceituosas e discriminatórias.

“POLÍTICA PREVIDENCIÁRIA NA ECONOMIA GLOBALIZADA: CONSTITUIÇÃO COSMOPOLITA COMO GARANTIA DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS”, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima e Renata Caroline Pereira Reis Mendes. O trabalho analisa o Programa de Revisão de Benefício por Incapacidade, não como eficiência estatal, mas como política de minimização do direito social à aposentadoria.

“A NECESSIDADE DE AJUSTES NA PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Zélia Luiza Pierdoná. A autora sustenta a necessidade de ajustes no subsistema previdenciário, a partir da análise dos gastos da União, de 2015 a 2017, com a previdência e com os demais subsistemas da seguridade social, bem como dos dados referentes às receitas de contribuições de seguridade social e de impostos federais, no mesmo período.

“A EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA DIRETA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA”, de Rodrigo Gomes Flores e Maria Claudia Crespo Brauner. O trabalho examina os motivos da judicialização das questões relacionadas à saúde no Brasil, bem como demonstra a importância dos Conselhos de Saúde, como instrumento de democracia direta e como alternativa à judicialização da saúde.

“RETROCESSO DOS DIREITOS TRABALHISTAS ATRAVÉS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO”, de autoria de Everton Silva Santos e Mirta

Gladys Lerena Manzo de Misailidis. O artigo analisa as cooperativas de trabalho, seus princípios e requisitos para sua constituição e legalidade, em contraponto às “falsas cooperativas”.

“ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A REFORMA TRABALHISTA: APONTAMENTOS DOS IMPACTOS DO CONTRATO INTERMITENTE E DA PEJOTIZAÇÃO NA APOSENTADORIA DO TRABALHADOR E NA ARRECADAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Samantha Caroline Ferreira Moreira e Cláudia

Mara de Almeida Rabelo Viegas. As autoras examinam a Lei 13.467/2017, avaliando os processos de pejotização, bem como os impactos e os reflexos deste processo no direito previdenciário.

“A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA SOB A ÉTICA DA FRATERNIDADE”, de Adelaide Elisabeth

Cardoso Carvalho de Franca e Clara Cardoso Machado Jaborandy. O trabalho verifica a possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso social em tempos de crise econômica, utilizando os referenciais do constitucionalismo fraternal e da ética da responsabilidade.

“LEI 13.135/15 E REFORMA NO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE: AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO?”, de Juliana de Oliveira. A autora avalia as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13.135/15 na concessão do benefício previdenciário de pensão por morte e suas repercussões, sob a ótica do princípio da vedação do retrocesso.

“A BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA”, de autoria de Juliana Maria da Costa Pinto Dias. O artigo analisa os

desdobramentos da boa-fé, a qual assegura a proteção de ambas as partes durante a contratação, questionando a legitimação das entidades sindicais e o processo de judicialização que ocorre nestas demandas.

“PERTINÊNCIA DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AOS EMPREGADOS AFASTADOS POR ACIDENTE DO TRABALHO”, de Polyana

Arantes Machado Mendes e Ana Iris Galvão Amaral. As autoras avaliam a pertinência da suspensão da prescrição trabalhista no afastamento por acidente laboral, considerando a divergência existente, à luz da legislação ordinária vigente e dos ditames constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.

“A PROTEÇÃO SOCIAL DA MULHER E A PENSÃO POR MORTE: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DE 2015”, autoria de Elizania

Caldas Faria. O artigo analisa, a partir dos fundamentos do Estado brasileiro, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, os efeitos da Lei nº 13.135/2015, especialmente no que tange à proteção social das mulheres.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – FURG

Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Prof. Dr. Felipe Franz Wienke - FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA DIRETA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA

THE EFFECTIVENESS OF DIRECT DEMOCRACY IN PUBLIC HEALTH POLICIES IN BRAZIL AS AN ALTERNATIVE TO HEALTH JUDICIALIZATION IN THE LIGHT OF BIOETHICS

Rodrigo Gomes Flores ¹
Maria Claudia Crespo Brauner ²

Resumo

O direito à saúde foi objeto de ampla regulamentação do Estado e a execução das políticas públicas é acompanhada e fiscalizada pela Conferência e os Conselhos de Saúde, composto pelos usuários do sistema e segmentos da sociedade. Contudo, o acesso à saúde é extremamente judicializado no Brasil. Assim, o artigo propõe que o Judiciário se limite a conceder as prestações à saúde apenas nos casos de efetivo risco de vida ao indivíduo, agindo fora deste parâmetro haveria um enfraquecimento da democracia direta na formulação das políticas públicas de saúde. A metodologia utilizada será revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Saúde, Políticas públicas, Conselhos de saúde, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The right to health was subject to extensive state regulation and the implementation of public policies are monitored and inspected by the Conference and Health Councils, composed of users of the system and segments of society. However, access to health care is extremely judicialized in Brazil. Thus, the article proposes that the Judiciary limit itself to granting health benefits only in cases of real life risk to the individual, acting outside this parameter would weaken direct democracy in the formulation of public health policies. The methodology used will be bibliographical and jurisprudential review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public health, Public policies, Health councils, Judiciary power

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande/FURG Procurador do Município

² Professora da Universidade Federal do Rio Grande/FURG Doutora em Direito pela Université de Rennes /França Coordenadora do Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG/RS

INTRODUÇÃO

Superado o período de práticas religiosas e populares quando a população recorria para curar suas doenças, o direito à saúde ao longo da história deixou de ser um modelo contratual para adotar um modelo inclusivo, regido pelo acesso universal e igualitário.

Todavia, são conhecidas as dificuldades de concretizar o direito à saúde, sobretudo em países de economia periférica. Neste sentido, o problema não é jurídico e sim procedimental: como proporcionar o direito à saúde num país tão desigual, como é o caso do Brasil?

Anote-se que uma das características marcantes do nosso Sistema Único de Saúde é o controle da sociedade sobre as políticas públicas de saúde, que tem por objetivo de assegurar a legalidade, o acesso universal e igualitário do Sistema Único de Saúde. O controle social das políticas de saúde ocorre nas Conferências e Conselhos de Saúde, formadas pela Administração Pública, usuários, gestores e servidores.

As Conferências e Conselhos de Saúde têm por objetivo fiscalizar, acompanhar e propor políticas públicas de saúde perante a Administração Pública. As resoluções do Conselho de Saúde inclusive possuem caráter vinculativo em relação ao Poder Executivo. Assim, as Conferências e Conselhos de Saúde são instituições decorrentes do fundamento de que todo o poder emana do povo. Com efeito, a legitimação do poder só ocorre quando em nome do bem-estar social da coletividade é exercido, em especial, na sensível questão do direito à saúde.

Contudo, o acesso à saúde pública no Brasil é extremamente judicializado, sendo que o juiz singular, na maioria das vezes, decide prestações da saúde, que se trata de um direito coletivo, no caso individual.

Assim, a questão filosófica da legitimidade de um juiz singular decidir num caso concreto um direito coletivo remete ao mesmo dilema moral na sociedade americana, no ano de 1961, quando surgiram os primeiros equipamentos de hemodiálise. No distante ano de 1961 era certo que o número de pacientes elegíveis para o uso das máquinas superaria em muito a capacidade de atendê-los.

Portanto a pergunta inevitável é: quais pacientes deveriam ter prioridade no atendimento? E quem deveria decidir? Questões como estas poderão ser encontradas numa nova sabedoria que forneça o “conhecimento como usar o conhecimento” para a sobrevivência humana e decisões sobre políticas públicas. Neste sentido, a bioética entende que a sobrevivência não se limita a ciência. Ao contrário, a bioética dá destaque a dois

conhecimentos, tão importantes a esta nova sabedoria, que é o conhecimento biológico e os valores humanos.

Portanto, este artigo proporá uma alternativa à judicialização da saúde, numa visão à luz da bioética, sendo que primeiramente analisará a evolução da saúde pública brasileira. Posteriormente, discorrerá sobre os princípios, diretrizes e a organização jurídica do Sistema Único de Saúde. Após, apresentará as estatísticas sobre a crescente judicialização do acesso à saúde pública no Brasil. Em seguida descreverá os meios de controle das políticas de saúde pela população. Posteriormente, fará uma análise do problema da judicialização à luz do conceito e do princípio da bioética para, ao final, propor uma solução.

A metodologia utilizada será a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1 HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A administração colonial portuguesa não estruturou um sistema público de saúde no Brasil. Neste período predominavam as práticas religiosas e populares para a cura das doenças. Somente após a chegada da família real ao país é que foram criadas as escolas de medicina na Bahia e no Rio de Janeiro (BAPTISTA, 2007, p. 31).

Com a independência, a Carta Imperial de 1824 reproduziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que classificava os “socorros públicos” como “dívida sagrada”. Neste sentido, a Constituição de 1824 declarava no art. 179, inciso XXXI que:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XXXI. A Constituição tambem garante os socorros públicos (BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824).

Posteriormente, o movimento sanitarista na Primeira República fez com que os serviços de saúde fossem considerados como uma questão social e política. Em consequência disso, observou-se a expansão da autoridade estatal no país, ao mesmo tempo em que se criavam os fundamentos para a formação da burocracia da saúde pública no Brasil. Em 1923, Eloy Chaves sugeriu uma lei que regulamentasse a formação de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) para algumas categorias profissionais como os ferroviários e os marítimos. As CAPs, que eram limitadas às grandes empresas, constituíram uma espécie de seguro social. Por sua vez, com o liberalismo reinante na época

fazia com que o Estado em nada contribuísse financeiramente e não participasse na administração, se limitando ao reconhecimento legal da organização, o que já vinha ocorrendo informalmente desde os idos de 1910. Os benefícios das CAPs eram socorros médicos, fornecimento de medicamentos, aposentadorias e pensões para o trabalhador e a família (BAPTISTA, 2010, p. 35).

Observe-se duas características deste período: primeiro, a assistência à saúde era vinculada ao seguro social fornecido pelas empresas, sendo apenas um dos serviços de seguridade prestados, dentre aposentadorias e pensões; segundo, a limitação do alcance dos benefícios, eis que abrangia uma pequena parcela da população, pois era restrito aos funcionários das empresas e dependentes.

Posteriormente, no ano de 1943, Getúlio Vargas implementou uma série de reformas na legislação do trabalho que integraram uma política de proteção ao trabalhador, formulando um projeto de Estado, através de uma base decisória centralizada. Nesta fase foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), ampliando o papel das CAPs, constituindo o primeiro esboço da seguridade social no Brasil. Os IAPs passaram a incluir em um mesmo instituto toda uma categoria profissional, não mais apenas empresas, criando o instituto dos marítimos (IAPM), dos comerciários (IAPC), dos industriais (IAPI) e outros, contando com a participação do Estado na sua administração, controle e financiamento (BAPTISTA, 2010, p. 37).

O regime militar a partir de 1964, e a nova organização do Estado, trouxeram mudanças para o sistema sanitário brasileiro, dentre elas a ênfase na assistência médica, o crescimento progressivo do setor privado e maior abrangência de parcelas sociais no sistema previdenciário (BAPTISTA, 2010, p. 40).

Neste sentido, a primeira ação significativa no sistema previdenciário brasileiro ocorreu em 1966 com a unificação dos IAPs e a constituição do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS). No início da década de 1970, a política do INPS levou à inclusão de novas categorias profissionais no sistema: trabalhadores rurais, empregadas domésticas e autônomos. Com a inclusão de novas categorias, aumentava a procura por serviços e os gastos no setor de saúde. Com o fim de atender a demanda foram contratados serviços privados, permitindo a formação do que ficou conhecido como “complexo médico-empresarial” (BAPTISTA, 2010, p. 41).

O INPS manteve a estrutura administrativa das IAPs e oferecia os serviços apenas para quem comprovava o vínculo com a instituição. De acordo com BAPTISTA, “as pessoas levavam suas carteiras de trabalho ou carnê de contribuição previdenciária quando

procuravam os hospitais ou qualquer outro tipo de assistência, a fim de comprovar sua inclusão no sistema (2007, p. 41)”.

No ano de 1986, o Ministério da Saúde convocou a VIII Conferência Nacional de Saúde, constituindo um marco histórico da política de saúde brasileira, eis que, pela primeira vez, contava-se com a participação da comunidade e dos técnicos na discussão de uma política setorial. O relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde chegou à conclusão de que o 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 de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade (BAPTISTA, 2007, p. 41).

O Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde foi um instrumento de pressão política no contexto da Nova República e referência na discussão da Assembleia Nacional Constituinte, reconhecido como um documento de expressão social (BAPTISTA, 2007, p. 51).

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal que consagrou a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 196, *caput*).

Nota-se a evolução do direito à saúde que começou como um direito contratual, de caráter contributivo, vindo a ser transformado num direito a um sistema de acesso universal e igualitário assegurado pelo Estado Brasileiro. Assim, para ser filiado ao sistema público de saúde, basta ser cidadão brasileiro.

2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: SEUS PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E ORGANIZAÇÃO LEGAL

A Constituição de 1988, incluiu o Sistema Único de Saúde dentro do âmbito da seguridade social, que abrange, além da saúde, a previdência e a assistência social. O modelo adotado na Constituição de 1988 consagrou uma proteção social à saúde abrangente, fundada na universalidade e igualdade da cobertura e do atendimento. A universalidade e igualdade do acesso às ações e serviços do Sistema Único de Saúde consistem na garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema (BAPTISTA, 2007, p. 52).

Assim, o acesso aos serviços será garantido por uma rede de serviços hierarquizada (do menor nível de complexidade para o maior) e com tecnologia apropriada para cada nível. Todo o cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite que o sistema pode oferecer para todos (BAPTISTA, 2007, p. 52).

Anote-se que a hierarquização dos serviços concebe a estrutura da rede de saúde a partir dos diferentes níveis de complexidade dos serviços e de acordo com as realidades local e regional. Desse modo, a referência e a contra-referência funcionam como elos de ligação da rede. Se um município ou serviço de saúde não possui condições para atender a determinado problema de saúde, individual ou coletivo, deve remetê-lo a outra unidade referenciada com capacidade de resolver o problema apresentado. A contra-referência significa o retorno do paciente ao estabelecimento de origem após a resolução da causa responsável pela referência (BAPTISTA, 2007, p. 53).

Portanto, com este novo modelo foi rompido em definitivo o padrão político anterior excludente e fundado no mérito. Por outro lado descentralizado adotado pelo nosso ordenamento jurídico rompeu com a tradição autoritária, burocrática e centralizadora do regime anterior, aumentando a responsabilidade dos gestores locais, fiscalizados pelas pessoas da comunidade que é destinatária dos serviços de saúde.

Com o fim de disciplinar o Sistema Único de Saúde sob os princípios constitucionais foi promulgada a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e as competências de cada ente federado. A Lei nº 8080/90 estabelece uma hierarquização entre os entes públicos visando a descentralização dos serviços de saúde, que em síntese, compete à direção nacional do SUS formular e implementar as políticas públicas de saúde, prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; compete à direção estadual do SUS promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde e prestar apoio técnico e financeiro aos municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; e aos municípios planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde (BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990).

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, dispõe sobre o acesso ao Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento, a assistência à saúde e a articulação interfederativa e dá outras providências. Neste sentido, o acesso ao Sistema Único de

Saúde é objeto de expressa disposição legal, nos termos do Decreto nº 7.508 (BRASIL. Decreto nº 7508, de 28 de junho de 2011).

Art. 9º São Portas de Entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços:
I - de atenção primária;
II - de atenção de urgência e emergência;
III - de atenção psicossocial; e
IV - especiais de acesso aberto. (...)

Por fim, é importante citar a Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009, que cuida da execução, financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica e define o elenco de referência nacional de medicamentos e insumos complementares para a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica (art. 1º§1º).

Os medicamentos relacionados na Portaria nº 2.982 nos termos do art. 4º, devem ser assegurados para garantir as linhas de cuidado das doenças contempladas no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, indicados nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) conforme a necessidade local/regional. (BRASIL. Portaria nº 2.982,1 2009).

Portanto a Lei nº 8.080/90, o Decreto nº 7.508 e a Portaria nº 2.982/2009, preveem os princípios, a hierarquização dos serviços, a forma de acesso e financiamento do Sistema Único de Saúde.

Trata-se de um método organizacional fundado na racionalidade com o objetivo de atingir o número máximo de beneficiários, no qual a União formula as políticas públicas conjuntamente com os entes da Federação e fornece assistência financeira aos estados membros e municípios. Compete, por fim, aos estados fornecer assistência financeira aos municípios e promover a descentralização. E aos municípios competem em gerir e executar os programas do Sistema Único de Saúde.

3 O ACESSO À SAÚDE JUDICIALIZADO NO BRASIL

Se no passado, antes do advento do Estado Democrático de Direito, se atribuía ao homem exclusivamente deveres, com as Declarações de Direitos, o cidadão, como indivíduo, adquire direitos e ao governante tem a obrigação de garanti-los. Trata-se de uma inversão radical nas relações entre soberanos e súditos que deram origem ao Estado moderno que evoluirá conforme a afirmação e o reconhecimento dos novos direitos do homem. Assim, o Estado de Direito surgiu com o objetivo de submeter o poder político às

regras de direito, de maneira que a atuação da Administração encontra no direito os limites da ação do Estado em face dos direitos dos cidadãos (BOBBIO, p. 53-57, 2004).

Do mesmo modo, o direito constitucional à saúde, como “direito de todos e dever do Estado”, foi o resultado de uma luta que durou quase duzentos anos para assegurar o direito à saúde sem distinção de *status* social ou de prévia contratação. Assim, a Constituição elegeu um sistema público baseado na igualdade e na universalidade, constituindo um gigantesco desafio torná-lo eficiente numa sociedade tão complexa e desigual como a nossa.

Entretanto, conforme lembra BAPTISTA:

O Brasil é um país de grande heterogeneidade: convivem estados ricos e pobres, municípios de grande e também de pequena extensão territorial, tem secretário de saúde que vira ministro e secretário de saúde que mal escreve o próprio nome, tem cidade com mais de 1.000 unidades de saúde e cidade sem médico. Por trás da disparidade entre regiões e até mesmo entre municípios de um mesmo estado está a trajetória de organização política e dos interesses daqueles que se mantiveram no poder (BAPTISTA, 2007, p. 41).

Como resultado destas disparidades regionais e sociais entre ricos e pobres, falta de estrutura e pessoal qualificados, escassez de informação, percebe-se o grande número de demandas judiciais ajuizadas por pessoas carentes requerendo prestações referentes à saúde, das mais diversas áreas, dentre cirurgias, insumos, próteses e remédios do Poder Público.

Por sua vez, o Poder Judiciário na ADPF nº 45, quando discutia a alocação de recursos do orçamento para o atendimento à saúde na Lei nº 10.707/2003 (LDO), decidiu que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (BRASILIA, 2004).

Fundado nesta decisão que autoriza intervenção judicial nas políticas públicas quando os órgãos estatais “descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem” o Poder Judiciário adotou o entendimento que o direito à saúde é um “superdireito”, “que deve prevalecer sobre os princípios orçamentários e financeiros”. Não existe afronta aos princípios de independência e autonomia dos poderes (RIO GRANDE DO

SUL. Tribunal de Justiça, 2017a). Assim, o Poder Judiciário concede medicamentos, cirurgias, insumos em favor do indivíduo quando este demanda contra o Estado. Não considera inclusive a lista da RENAME, ou a organização administrativa do Sistema Único de Saúde.

Esta postura individualista sobre o direito à saúde se traduz nos números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, que se referem apenas aos processos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e Tribunais de Justiça do nosso país: no segundo grau tramitam 85.254 processos, nas turmas recursais 11.598 e no Superior Tribunal de Justiça tramitam 3.221 processos. Importante salientar que estes números se limitam a saúde pública, excluindo contratos e serviços de plano de saúde (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2017). Estes números também excluem os processos do Supremo Tribunal Federal e os processos em tramitação no primeiro grau.

Conclui-se que o acesso à saúde no Brasil é extremamente judicializado, considerando as mais de 100.000 ações judiciais que tramitam nestes órgãos, excluindo da contagem os processos de primeiro grau e o Supremo Tribunal Federal.

Os números citados poderiam encontrar justificativa para a judicialização em razão de um real risco de vida para o paciente. No entanto, é preciso considerar que as alegações de um suposto “risco de vida”, “lesão ou ameaça de direito”, “risco de dano irreparável”, “urgência” e “dignidade da pessoa humana” muito mais diz respeito às figuras de retóricas empregadas pelos advogados nas petições do que fundadas em alguma base científica. A realidade é muito mais complexa do que a adoção desta simplificada fórmula. Segundo BARATA e MENDES (2010, p. 72):

É importante desfazer o mito, gerado pela falta de conhecimento médico científico da maioria da população e do Judiciário, que a não concessão de medicamentos em 24/48 horas para pacientes não hospitalizados traz prejuízos irreparáveis à vida e à saúde das pessoas. Pacientes que tenham risco de vida se não tomarem seus medicamentos em 24 horas encontram-se, normalmente, hospitalizados e, portanto, recebem os medicamentos de que necessitam nos serviços de urgência e na internação.

As únicas exceções são os imunossupressores que combatem a rejeição dos órgãos transplantados se não tomados por alguns dias e os medicamentos para saúde mental que, se não ingeridos, podem gerar casos graves de agressão contra familiares ou mesmo suicídio, os demais medicamentos para pacientes não hospitalizados podem aguardar de duas a quatro semanas sem prejuízo à saúde das pessoas (BARATA; MENDES, 2010, p. 72).

Ainda, bem cabe a advertência de BRAUNER e FURLAN ao afirmarem que:

Na presente conjuntura constitucionalmente estabelecida e garantida pela proteção à saúde se observa um processo social, induzido pela atual política de mercado global, percebido como uma crescente cultura de medicalização da vida, fenômeno que induz o cidadão a uma concepção superficial de que tudo se resolve por meio de medicamentos e intervenções cirúrgicas (BRAUNER; FURLAN, 2016, p. 49).

Seria recomendável ponderar nas decisões judiciais que deferem pedidos de medicamentos, por exemplo, se há medicação disponível no Sistema Único de Saúde para substituir o pedido de medicação de marca comercial, se a medicação é realmente de comprovada eficácia, se o pedido se trata de medicação *off label*, se a medicação é realmente necessária podendo ser substituída por hábitos saudáveis.

4 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PELA POPULAÇÃO

Conforme vimos supra, o Poder Judiciário, pela ADPF nº 45, se autoconcedeu o poder de interferir nas políticas públicas, quando, no seu entendimento, houver violação dos direitos individuais e coletivos.

Todavia, além do alargamento do controle externo das políticas públicas pelo Poder Judiciário, exercido especialmente pelo juiz singular na ação individual, já de longa data, até mesmo antes da Constituição de 1988, foram adotados mecanismos de controle de políticas públicas exercido diretamente pela população, por meio de órgãos de representação paritária, constituído de usuários, servidores da saúde e Administração Pública.

Anote-se que o sistema público de saúde brasileiro é regido pela descentralização que se apresenta com o objetivo de promover uma maior democratização do processo decisório na saúde, eis que, conforme já visto, o novo modelo visa o rompimento da tradição centralizadora e autoritária do regime anterior, que se concentravam na esfera federal da Administração Pública.

Trata-se de uma estratégia de democratização porque possibilitaria à população um maior controle e acompanhamento das ações públicas. Desse modo, a população poderia interferir de forma mais efetiva no processo de formulação da política. Por trás dessa concepção há uma lógica de organização do sistema de saúde que tem como pressuposto que quanto mais perto o gestor está dos problemas de uma comunidade, mais chance tem de acertar na resolução dos mesmos.

Anote-se que como consequência do princípio da publicidade e do governo democrático a questão da descentralização é entendida como revalorização da relevância política da periferia com respeito ao centro. Podemos entender a ideia de um governo local como um ideal inspirado no princípio segundo o qual o poder é tanto mais visível quanto mais próximo está. De fato, a visibilidade não depende apenas da apresentação ao público de quem está no poder, mas igualmente da proximidade entre o governante e governado. A publicidade do governo de um município é mais direta, e é mais direta em razão de que confere maior visibilidade dos administradores e das suas decisões (BOBBIO, 2011, p. 102).

Assim, não poderia ser diferente quando o constituinte de 1988 declarou que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição¹”.

Considerando a importância do direito fundamental à saúde, o país não tardou em regulamentar a participação da população na elaboração e fiscalização das políticas públicas, sendo promulgada a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (BRASIL, Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990), prevendo as instâncias colegiadas da Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde², que veremos a seguir.

4.1 CONFERÊNCIA DE SAÚDE

O controle da população nas políticas públicas de saúde teve início com a Conferência de Saúde, criada juntamente com a Conferência de Educação, criada pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937 (BRASIL, Lei nº 378, de 13 de 1937), com o objetivo de:

facilitar ao Governo Federal o conhecimento das atividades concernentes à educação e à saúde, realizadas em todo o país, e orientá-lo na execução dos serviços locais de educação e de saúde, bem como na concessão do auxílio e de subvenção federais” (art. 90).

¹ CF, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

² Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:
I - a Conferência de Saúde; e
II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.
§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (...).

Atualmente, a Conferência de Saúde está regulamentada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Neste sentido, a Conferência de Saúde se reúne a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde (Lei nº 8.142/90, art. 1º, §1º). Cumpre anotar que a Conferência de Saúde obrigatoriamente deverá possuir representação dos usuários do Sistema Único de Saúde, que será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos (art. 1º, §4º).

4.2 CONSELHOS DE SAÚDE

Os Conselhos de Saúde são órgãos colegiados, de caráter permanente e deliberativo, compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários. A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos, assim como ambos terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho (Lei nº 8.142/90, art. 1º§4º e 5º).

Atuam os Conselhos de Saúde na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (Lei nº 8.142/90, art. 1º, II, §2º).

A existência do Conselho de Saúde com composição paritária é condição para que os Municípios, os Estados e o Distrito Federal recebam os recursos do fundo nacional de saúde para custear a cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios Estados e Distrito Federal (Lei nº 8.142/90, art. 4º, II).

A participação de órgãos, entidades e movimentos sociais terá como critério a representatividade, a abrangência e a complementaridade do conjunto da sociedade, no âmbito de atuação do Conselho de Saúde podendo ser constituído, dentre outras, as seguintes representações: associações de pessoas com patologias, associações de pessoas com deficiências, entidades indígenas, movimentos sociais e populares, organizados (movimento

negro, LGBT...), movimentos organizados de mulheres, em saúde, entidades de aposentados e pensionistas, entidades congregadas de sindicatos, centrais sindicais, confederações e federações de trabalhadores urbanos e rurais, entidades de defesa do consumidor, trabalhadores da área de saúde (inciso III da Terceira Diretriz da Resolução nº 453 do Conselho Nacional de Saúde, de 10 de maio de 2012).

Anote-se que a Resolução nº 453/2012 do Conselho Nacional de Saúde, não apenas prevê a mera participação da sociedade nas políticas públicas, mas igualmente o “acompanhamento, deliberação, avaliação e fiscalização da implementação da Política de Saúde, inclusive nos seus aspectos econômicos e financeiros” (terceira diretriz).

Ainda, as três esferas de Governo tem por dever assegurar a “autonomia administrativa para o pleno funcionamento do Conselho de Saúde, dotação orçamentária, autonomia financeira e organização da secretaria-executiva com a necessária infraestrutura e apoio técnico” (quarta diretriz).

O meio de manifestação do Conselho de Saúde é através de resoluções, recomendações, moções e outros atos deliberativos. O chefe do poder executivo tem a obrigação de homologar as resoluções no prazo de trinta dias, conferindo publicidade oficial. Após o prazo e não sendo homologada a resolução, nem enviada justificativa pelo gestor ao Conselho de Saúde com proposta de alteração ou rejeição as entidades que integram o Conselho de Saúde poderão buscar a validação das resoluções, recorrendo à justiça e ao Ministério Público, quando necessário (quarta diretriz, *in fine*).

Cumprir dizer que as resoluções do Conselho de Saúde são um ponto fundamental na democracia participativa na formulação das políticas públicas de saúde. Conforme a Resolução nº453/2012 do CNS as resoluções dos conselhos de saúde não possuem natureza meramente opinativas ou simbólicas (BRASIL. Resolução nº 452, de 10 de março 2012). Pelo contrário, as resoluções do Conselho de Saúde geram efeitos concretos ao poder executivo, seja municipal, estadual ou federal, obrigando o gestor no prazo de trinta dias a homologar a resolução. Caso o gestor não concorde, poderá propor alteração ou rejeição à resolução, sempre motivadamente, atendendo ao princípio da publicidade dos atos administrativos. Neste caso, poderá o Conselho de Saúde recorrer ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público se julgar necessário.

Trata-se de um mecanismo que preserva o equilíbrio de prerrogativas entre o gestor de saúde e o Conselho de Saúde, no caso de serem verificados abusos. Se por um lado, ao poder executivo não pode desrespeitar as prerrogativas do Conselho de Saúde na sua importante atividade de fiscalização e formulação nas políticas públicas, ao Conselho de Saúde não

poderá aniquilar a capacidade do poder executivo, constitucionalmente eleito, de também formular as políticas públicas, eleitas pelo voto direto do eleitorado.

Desse modo, segundo GOHN (p. 87-88, 2004):

Os canais criados na esfera pública, a exemplo dos conselhos municipais e outros mais, se compostos por lideranças e grupos qualificados (representativos de forças sociais organizadas e advindos ou articulados a propostas e projetos sociais emancipadores/progressistas), dotados de senso crítico (do ponto de vista do entendimento de seu papel, limites e possibilidades; abertos à aprendizagem constante que a prática social lhes proporciona), eles podem fazer da POLÍTICA (com maiúscula mesmo, no sentido grego, como arte da argumentação e debate visando o bem comum), um grande campo de exercício e consolidação da democracia, publicizando os conflitos, as divergências, os diferentes pontos de vista, para que as diferenças sejam explicitadas e trabalhadas e não negadas ou escamoteadas; enquanto interlocutores públicos poderão realizar diagnósticos, construir proposições, fazer denúncias de questões que corrompem o sentido e o significado do caráter público das políticas, fundamentar, ou reestruturar argumentos segundo uma perspectiva democrática; em suma, eles podem contribuir para a reassignificação da política de forma inovadora, ser sujeitos participativos, atuantes e propositivos da construção do BEM comum e não de legitimadores de disputas individualistas, que só contemplam interesses privados (individual ou coletivo organizado como *lobby*, grupo de pressão etc.

Destaca-se, portanto, a vontade do legislador brasileiro ao conferir prerrogativas aos conselhos e conferências de saúde para a formulação de políticas públicas de saúde, que se apresenta como uma alternativa verdadeiramente mais democrática do que as decisões do juiz singular no conflito individual. Neste sentido, cabe também lembrar: se ao Poder Judiciário foi assegurada independência para exercer o controle externo da Administração Pública, ao povo foi assegurado – também pela Magna Carta – que todo o poder dele emana.

5 UMA VISÃO DO PROBLEMA A LUZ DA BIOÉTICA

É urgente que a humanidade aprenda uma nova sabedoria que forneça “o conhecimento de como usar o conhecimento” para a sobrevivência humana e para o melhoramento da qualidade de vida (POTTER, 2016, p. 27). Anote-se que na visão da bioética, a ciência da sobrevivência deve ser mais que apenas ciência. Assim, a bioética enfatiza os dois ingredientes mais importantes na nova sabedoria que é tão necessária: conhecimento biológico e valores humanos (POTTER, 2016, p. 27).

Anote-se que em 1961 ocorreu um fato que contribuiu para o nascimento da ciência da bioética. Em 1961, na cidade de Seattle, foi formado um comitê cujo objetivo era selecionar pacientes para o programa de hemodiálise, que recentemente tinha sido aberto na cidade. A

diálise crônica foi viabilizada apenas em 1961. Assim, logo ficou claro que muitos mais pacientes precisariam de diálise do que a capacidade instalada.

A solução foi pedir a um pequeno grupo, a maioria composta por profissionais não-médicos, que revisse todos os dossiês dos candidatos indicados medicamente para hemodiálise e escolhessem aqueles que receberiam a tecnologia que salvaria suas vidas. Desse modo, o comitê se defrontou com a tarefa inviável de determinar critérios em questões não-médicas. Quais seriam estes critérios? Deveria ser a personalidade? Finanças? Aceitação social? Contribuição passada ou futura? Dependentes familiares e apoio? (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 33-34).

Dessarte, a bioética surgiu como consequência dos acontecimentos do comitê de Seattle, como reação da modernidade ao antigo juramento de Hipócrates “em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes”. Ocorre que, o neurologista moderno, equipado com novas e caras máquinas, não podia entrar em todas as casas em que a ajuda era necessária. Assim, quais os parâmetros que deveriam ser utilizados para determinar a escolha da casa? O critério que frequentemente serviu no passado – especificamente a riqueza dos habitantes – não é o mais apropriado. A América nos anos 60 tornou-se consciente da discriminação como um problema social. Quem então deveria estabelecer os critérios? As autoridades do passado, especificamente os médicos, parecia não mais adequada. A justiça em selecionar candidatos para tratamento médico não é em si uma especialidade médica. Uma pessoa leiga, pensou-se, o faria tão bem, tão mal, mas talvez melhor que os médicos, visto que estaria livre de preconceitos em favor de seus próprios pacientes. Portanto, a partir do anos 60 um problema inteiramente novo surgiu. Passou a ser incentivada a atenção das pessoas alheias às discussões médicas, que começaram a criar uma literatura sobre o problema, sendo conduzida a uma solução radicalmente nova: os médicos delegam a pessoas leigas o poder de decidir a respeito da admissão num determinado tratamento médico (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 36-37).

Neste sentido, deve ser observado que a origem da bioética coincidiu com um problema crônico e atual da saúde pública brasileira na saúde pública brasileira. O que fazer em caso de escassez de recursos para atender, de uma maneira adequada, aos pacientes do Sistema Único de Saúde, que tem direito ao acesso universal e igualitário? Quais seriam os critérios para atender a população diante da escassez de recursos? Quem teria a prioridade? Seria pela ordem do atendimento? Seria quem primeiro apresentar uma liminar judicial?

Hoje a bioética moderna mostrou à medicina a utilidade do pensamento filosófico a respeito de problemas éticos. Ajudou a colocar os pacientes num contexto de necessidades

peçoais, preferências e direitos, bem como de carências sociais e possibilidades. Isto se transformou num programa para elaborar em detalhes as implicações de ser “o paciente como pessoa”, muito oportuno quando hoje o paciente se tornou “um órgão”, um “número” ou simplesmente um “consumidor” (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 43).

No caso das primeiras questões sobre justiça em selecionar pacientes ante escassez de recursos de diálise foram transformadas em questões maiores sobre justiça no acesso aos cuidados de saúde em geral. As novas formas de assistência e financiamento dos serviços de saúde que estão emergindo de leis e política têm implicações éticas sobre racionalizar, priorizar o relacionamento paciente-médico que não podem mais ser ignoradas (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 44). Assim, pacientes, médicos e o público exigirão esses exames e apreciarão as resoluções abertas, razoáveis e justas (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 45).

Assim, destaque deve ser dado à medicina social, na questão da justiça e equidade na alocação de recurso, bem como no acesso aos serviços de saúde. Neste sentido, a revolução bioética sumarizada num bios de alta tecnologia e por um *ethos* individualista deve ser complementada na América Latina por um bios humanista e um *ethos* comunitário (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 59).

Portanto, à luz da bioética, o acesso igualitário e universal à saúde deve observar parâmetros de ordem ética e social, considerando que se trata de um direito comunitário e não individual, cujo controle no que diz respeito à alocação de recursos e terapias, deve ser exercido pela sociedade – entendendo-se aí no Poder Executivo, que detém as informações e as técnicas adequadas, e a população através das conferências e conselhos de saúde - limitando a atuação do Poder Judiciário a casos que efetivamente são urgentes e importantes, após uma devida triagem que poderá ser realizada através da instrução processual, seguindo a regulamentação do Sistema Único de Saúde.

CONCLUSÃO

O acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde visa à inclusão social do indivíduo (que antes não tinha direitos) ao direito fundamental à saúde por meio de políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, que tem a obrigação de propiciar uma estrutura aceitável para a realização do indivíduo através da justa igualdade e oportunidade para todos.

A obrigação do Estado em proporcionar uma estrutura aceitável para a realização dos indivíduos só poderá ser concretizada através do exercício dos poderes discricionários conferidos à Administração Pública, que o exerce em nome do povo. Neste sentido, os poderes estatais só encontram justificativa quando exercidos em consoante à vontade popular, visto que todo o poder emana do povo.

Para acompanhar a execução das políticas públicas estatais, o direito pátrio concedeu poderes ao próprio Estado e a população para fiscalizar, acompanhar e propor políticas públicas de saúde através das Conferências e Conselhos de Saúde proporcionando uma forma de controle democrático e social das políticas públicas de saúde. Trata-se de uma consequência natural do princípio da democracia popular, conferindo diretamente à sociedade a prerrogativa de acompanhar, fiscalizar e propor políticas públicas no campo da saúde.

Desse modo, as Conferências e Conselhos de Saúde são os processos democráticos e transparentes para formular e corrigir políticas públicas. Deve o Poder Judiciário, em especial ao juiz singular quando o julga um caso individual, desenvolver uma consciência mais comunitária e menos individualista, visto que, sob a luz da bioética, a alocação de recursos para as decisões de políticas públicas de saúde é matéria complexa e deve ser exercida pelo Poder Executivo em conjunto com a sociedade. Dessarte, não é aconselhável transferir o poder de decidir complexas decisões de políticas públicas a um só agente público limitado a uma solução de ordem binária (julgo procedente/improcedente o pedido).

Portanto, na visão da bioética, as decisões de políticas públicas unilaterais, com decisões de ordem binária, tomadas por um só agente político num caso individual, que são justificadas apenas pela prerrogativa de poder formalmente previsto na Constituição, contradiz com a ideia de uma sociedade que decidiu conviver sob um Estado Democrático de Direito, cujo poder é emanado e, principalmente, justificado pelo fato de ser exercido em nome da sociedade.

Desse modo ao Poder Judiciário, no caso individual, caberá decidir apenas em casos comprovadamente urgentes, evitar liminares sem a ouvida do gestor público e dar preferência às opções de tratamento previstas na legislação do Sistema Único de Saúde, reservando a competência das decisões de políticas públicas de saúde ao Poder Executivo e à sociedade, através dos Conselhos e Conferências de Saúde, respeitando o princípio da democracia direta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARON, Henry; SCHWARTZ, William. **The painful prescription: rationing hospital care**. Washington, DC: The bookings institution, 1984.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAPTISTA, Tatiana. **História das políticas de saúde no Brasil**. In: MATTA, Gustavo; PONTES Ana (Org.). Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2007. Disponível em <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Material&MNU=&Tipo=8&Num=25>

BARATA, Luiz; MENDES, José. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana; SANTOS, José. **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARROSO, Luis. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BIBLIOTECA VIRTUAL EM SAÚDE. Conselhos de Saúde: a responsabilidade do controle social democrático do SUS. Disponível em http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/conselhos_saude_responsabilidade_controle_2educacao.pdf Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BLIACHERIENE, Ana; SANTOS, José. **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 378, de 13 de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0378.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm Acesso em 10 de fevereiro 2018.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm Acesso em 5 de junho de 2016.

BRASIL. Portaria nº 2.982 de 26 de novembro de 2009. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Resolução nº 452, de 10 de março 2012. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2012/res0452_10_05_2012.html Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal, 2004. ADPF nº 45. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ES%2C%2E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRAUNER, Maria; FURLAN, Karina. O crescente processo de medicalização da vida: A judicialização da saúde. In: SERAU JÚNIOR, Marco; BRAUNER Maria; COSTA, José. **Direito à Saúde: construindo a justiça social**. São Paulo: LTr, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf> Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/volume-aco-es-envolvendo-estado-prejudicam-acesso-justica> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

DANIELS, Norman. **Just health care**. New York: Cambridge University Press, 1995.

FARIA, José. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOHN, Maria. Os conselhos municipais e a gestão urbana. In: SANTOS JÚNIOR, Orlando; RIBEIRO, Luís e AZEVEDO, Sérgio. **Governança democrática e poder local**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LOPES, José. **Direitos sociais. Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian. **Problemas atuais de bioética**. 8ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

POTTER, Van. **Bioética: ponte para o futuro**. São Paulo. Edições Loyola, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2017a. Agravo de Instrumento nº 70076157726, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 07/12/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, 2017b. Apelação Cível Nº 70074578006, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 30/08/2017.

ROSSEAU, Jean. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company. 2000.