

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURIPÍDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA - UNIVEM
CURSO DE DIREITO

JOÃO PEDRO DOS SANTOS AUGUSTO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA
NO BRASIL**

MARÍLIA
2017

JOÃO PEDRO DOS SANTOS AUGUSTO

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA
NO BRASIL

Trabalho de curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - Univem, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Marcelo Rodrigues da Silva

MARÍLIA
2017

AUGUSTO, João Pedro dos Santos

A judicialização da saúde pública no Brasil / João Pedro dos Santos Augusto; orientador: Prof. Me. Marcelo Rodrigues da Silva Marília/SP, [s. n.] 2017.
70 f.

Trabalho de curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Direito à saúde. 2. Custos dos direitos. 3. Judicialização; 4. Reserva do possível. 5. Mínimo existencial. 6. Processo estrutural.
CDD: 341.27



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

João Pedro dos Santos Augusto

RA: 53329-7

A judicialização da saúde pública no Brasil

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): Marcelo Rodrigues da Silva

1º EXAMINADOR(A): Otávio Augusto Custódio de Lima

2º EXAMINADOR(A): Marcelo José Forin

Marília, 28 de novembro de 2017.

*Dedico este trabalho à minha mãe Rosineide,
ao meu pai Amauri, à minha irmã Tatiane
e a minha querida avó Maria e a tia Irene.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, aos meus pais, familiares e amigos.

Agradeço a minha mãe Rosineide, a pessoa mais trabalhadora que eu conheço, que muito me inspira pela sua profissão de professora na rede pública de ensino e que sempre me ajudou, me incentivou a estudar e a buscar os meus sonhos, independentemente de quaisquer obstáculos.

Agradeço ao meu pai Amauri, homem do campo, trabalhador, que muito me inspira pela sua humildade e carinho.

Agradeço a minha irmã Tatiane com quem convivi o período da faculdade dividindo moradia aqui em Marília, as despesas, as tristezas e alegrias durante esse tempo, um sempre ajudando o outro.

Agradeço à minha “Vó Maria” e tia Irene, pessoas que possuo imenso carinho e admiração.

Agradeço ao meu tio Geraldo e a minha tia Luzia que me ajudaram em um momento difícil.

Agradeço aos bons momentos e aos amigos que conheci no Fórum de Promissão e de Marília, nos escritórios Abramides Gonçalves e Galdeano e Monteiro, aos amigos do escritório Quijada, Maldonado e Fernandes, da Procuradoria Seccional da União em Marília e da Procuradoria da República em Marília, locais em que fiz estágio e onde encontrei a importância e o valor de cada carreira jurídica.

Agradeço a todos os profissionais com quem fiz estágio pela paciência e atenção que me foram dados e que imensamente contribuíram para o meu aprendizado.

Agradeço aos meus colegas de faculdade, da turma, sobretudo aos grandes amigos de estudo e de trabalhos: Heitor, Elton, Lucas e Guilherme, por todo apoio que me deram nesses anos de faculdade. Sem dúvidas uma verdadeira equipe, sem a qual eu não estaria aqui.

Agradeço aos meus amigos de Promissão: Wellington, Rafael, Flávio e Rodrigo, que muito me ajudaram e que hoje percorrem caminhos semelhantes em suas vidas acadêmicas e profissionais.

Agradeço aos professores que já tive em minha vida, formadores de opinião e influenciadores nas escolhas tomadas no caminho que escolhi.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para realização deste trabalho.

Agradeço em especial ao meu professor e orientador Prof. Dr. Marcelo Rodrigues da Silva por toda atenção e pelo material que me foi indicado para a leitura, um grande profissional e um excelente professor de Direito Previdenciário.

O Trabalho

[...] ENTÃO, um lavrador disse: “Fala-nos do trabalho. ” E ele respondeu, dizendo: “Vós trabalhais para acompanhar o ritmo da terra, e da alma da terra.

Pois ser indolente é tornar-se estranho às estações e afastar-se do cortejo da vida, que avança com majestade orgulhosa e submissão rumo ao infinito.

Quando trabalhais, sois uma flauta através da qual o murmúrio das horas se transforma em melodia.

Quem de vós aceitaria ser um caniço mudo e surdo quando tudo o mais canta em uníssono?

Sempre vos disseram que o trabalho é uma maldição e o labor, uma desgraça.

Mas eu vos digo que, quando trabalhais, realizais parte do sonho mais longínquo da terra, desempenhando assim uma missão que vos foi designada quando esse som nasceu.

E, apegando-vos ao trabalho, estareis na verdade amando a vida. E quem ama a vida através do trabalho, partilha do segredo mais íntimo da vida.

Mas se, em vossas dores, chamardes o nascimento de aflição e a necessidade de suportar a carne, uma maldição inscrita na vossa fronte, então eu vos direi que só o suor de vossa fronte lavará esse estigma.

Disseram-vos que a vida é escuridão; e no vosso cansaço, repetis o que os cansados vos disseram.

E eu vos digo que a vida é realmente escuridão, exceto quando há um impulso.

E todo impulso é cego, exceto quando há saber. E todo saber é vão, exceto quando há trabalho. E todo trabalho é vazio, exceto quando há amor.

E quando trabalhais com amor, vós vos unis a vós próprios, e uns aos outros, e a Deus.

E que é trabalhar com amor?

É tecer o tecido com fios desfiados de vosso coração, como se vosso bem-amado fosse usar esse tecido.

É construir uma casa com afeição, como se vosso bem-amado fosse habitar essa casa.

E semear as sementes com ternura e recolher a colheita com alegria, como se vosso bem-amado fosse comer-lhe os frutos.

E pôr em todas as coisas que fazeis um sopro de vossa alma, [...]

O Profeta - Gibran Khalil Gibran

*Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.*

***Tabacaria - Álvaro de Campos (heterônimo
de Fernando Pessoa)***

AUGUSTO, João Pedro dos Santos. **A judicialização da saúde pública no Brasil**. 2017. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

Promove reflexão sobre a tutela do direito fundamental à saúde e a judicialização da saúde pública no Brasil. Contextualiza o surgimento do direito à saúde a partir do Século XX. Delimita a atuação dos aplicadores do direito para a observância dos custos dos direitos, sob a ótica da Teoria dos Custos dos Direitos, a escassez dos bens e as escolhas trágicas. Explana os riscos, reflexos e possibilidades desta atuação. Trata da tutela do direito coletivo sem ofender o direito individual. Mostra o problema, sob a luz dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Reporta-se aos princípios do acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde. Discute-se as consequências do provimento jurisdicional sem a observância dos custos dos direitos, dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. Aborda-se a possibilidade de indevido ativismo judicial suscetível de invadir as competências e atribuições constitucionais dos demais poderes, o que afeta o orçamento público e a atuação da Administração na execução de políticas públicas. Propõe a incorporação do processo estrutural pelos juízes e tribunais brasileiros para possibilitar a participação da sociedade no julgamento de litígios complexos, o que assegura maior legitimidade ao magistrado ao julgar uma demanda que versa sobre o direito fundamental à saúde. Utiliza o método hipotético-dedutivo, com referência de obras literárias, legislação vigente e jurisprudência.

Palavras-Chave: Direito à saúde; custos dos direitos; judicialização; reserva do possível; mínimo existencial; processo estrutural.

AUGUSTO, João Pedro dos Santos. **A judicialização da saúde pública no Brasil**. 2017. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

It promotes reflection on the protection of the fundamental right to health and the judicialization of public health in Brazil. Contextualizes the emergence of the right to health from the twentieth century. It delimits the action of the applicators of the right to the observance of the costs of the rights, from the point of view of Theory of the Costs of the Rights, the scarcity of the goods and the tragic choices. Explain the risks, reflexes and possibilities of this action. It deals with the protection of the collective right without offending the individual right. It shows the problem, under the light of the principles of the reserve of the possible and the existential minimum. It refers to the principles of universal and equal access to public health services. It discusses the consequences of judicial review without observing the costs of rights, the principles of the existential minimum and the reserve of the possible. It addresses the possibility of undue judicial activism that may invade the powers and constitutional attributions of other powers, which affects the public budget and the Administration's actions in the execution of public policies. It proposes the incorporation of the structural process by Brazilian judges and courts to allow the participation of society in the adjudication of complex litigation, which ensures greater legitimacy to the magistrate when judging a lawsuit that deals with the fundamental right to health. It uses the hypothetical-deductive method, with reference of literary works, current legislation and jurisprudence.

Keywords: Right to health; costs of rights; judicialization; reservation of the possible; minimum existential; structural processes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGR – Agravo no Recurso Extraordinário

CF – Constituição da Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

IAPs – Institutos de Aposentadoria e Pensão

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

LOS – Lei Orgânica de Saúde

MC – Medida Cautelar

NAT – Núcleo de Apoio Técnico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

RE – Recurso Extraordinário

SCTIE – Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos

SS – Suspensão de Segurança

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	14
1.1 Uma breve análise sobre a modificação dos direitos fundamentais: o direito à saúde como direito fundamental social	14
1.2 A evolução histórica dos direitos fundamentais sociais: o surgimento do direito social à saúde a partir do Século XX.....	15
1.3 A constitucionalização de direitos sociais: o direito à saúde no Brasil	18
1.4 O direito à saúde e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	20
1.5 A saúde pública e o Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos da Lei Orgânica de Saúde nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.....	23
1.6 A concretização do direito à saúde mediante políticas públicas	24
CAPÍTULO 2 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS	27
2.1 Algumas considerações sobre o Princípio da Separação dos Poderes	27
2.2 O Poder Judiciário brasileiro: acesso à justiça, direito de petição e relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).....	28
2.3 O direito à saúde e a “Teoria dos Custos dos Direitos”	31
2.4 Direitos fundamentais positivos e negativos	33
2.5 Escassez dos bens e as escolhas trágicas	35
CAPÍTULO 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	37
3.1 O direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal (STF): direitos públicos subjetivos, a responsabilidade solidária e o caráter programático do art. 196 da CF.....	38
3.2 O fenômeno da judicialização da saúde pública no país	40
3.3 A diferença entre a judicialização, o ativismo judicial e a autocontenção judicial	42
3.4 O controle das políticas públicas de saúde pelo judiciário.....	43
3.5 O Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial	46
3.5.1 A reserva do possível: seu surgimento, conceito e a natureza jurídica	46
3.5.2 A reserva do possível como exclusiva matéria de defesa do estado, o ônus da prova e a alegação excepcional pelo Estado	48
3.5.3 A dimensão tríplice da reserva do possível	48
3.5.4 O mínimo existencial: o seu surgimento, o conceito e a natureza jurídica	48
3.5.5 O princípio do mínimo existencial como alegação pelo particular em face do estado	50
3.5.6 O mínimo existencial e o seu reconhecimento de ofício pelo juiz	51
3.6 O princípio da igualdade e as decisões em demandas individuais	52
3.7 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): o impacto do julgamento do RE 566471/RN e o processo estrutural.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	63
ANEXO – A	69
ANEXO – B	70

INTRODUÇÃO

Trata-se a presente pesquisa de uma reflexão sobre a judicialização da saúde pública no Brasil, ou seja, da busca pelo Poder Judiciário para efetivação de direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, nos termos do art. 6º, 196 a 201 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Hoje, o aumento do número de ações judiciais de saúde em trâmite no judiciário é preocupante, pois afeta o orçamento público e compromete a execução de políticas públicas de saúde pelos gestores, no âmbito da União, dos Estados, do DF e, sobretudo dos Municípios, que diante de orçamento apertado ficam obrigados a destinar os recursos financeiros para atender as demandas judiciais ao invés daquilo que se programou em termos de políticas.

É preciso deixar claro que o fato de existir outros fatores que atingem a saúde, como por exemplo, a corrupção sistêmica nos países, que também é causa considerável da escassez e indevida destinação dos recursos públicos por gestores desleais a Administração e a sociedade, o problema da excessiva judicialização da saúde pública não pode ser ignorado, sob pena de também estarmos sendo desleais com a Administração por acreditar que a simples solução está a pôr fim a corrupção, o que não se ignora obrigação de ser combatida, mas por outro lado no mundo dos fatos tudo acontece simultaneamente e a judicialização da saúde no país, merece o devido destaque.

Um grande problema que acomete o país é a falta de efetividade dos serviços públicos de saúde e a sua má gestão, somando aos limitados recursos orçamentários destinados as políticas públicas de saúde, ficando ao descaso as necessidades das sociais por melhores serviços públicos de saúde.

Incorporando a essas questões, as decisões judiciais atingem o orçamento público ao ordenarem o fornecimento de fármacos e a realização de tratamentos de alto custo para a tutela do direito “individual” à saúde, aumentando-se a credibilidade ao Poder Judiciário para solução dos problemas da saúde pública no país.

Tudo isso atinge questões orçamentárias, porque a efetivação dos direitos incluídos na Magna Carta de 1988 depende de recursos financeiros à disposição para salvaguardá-los, seja por meio de política pública atendo a coletividade ou para atender as despesas geradas por decisões judiciais, em sua maioria no cumprimento de liminares.

Neste cenário, a justificativa para escolha desse tema é a falta de atenção e propriedade que é dada a causa e as soluções do problema da judicialização, traduzida na escassez de bons

argumentos nas demandas e decisões judiciais, as quais não se atentam aos custos dos direitos e aos efeitos práticos e sistêmicos, priorizando-se a tutela individual em desfavor da coletiva.

É comum o fornecimento de medicamentos de altos custos não incorporados as listas do SUS mediante decisões judiciais, de modo que indivíduos em idêntica situação clínica não possuam a mesma sorte de acesso a determinado fármaco.

Desse modo, de um lado estão os gestores públicos atentos ao equilíbrio orçamentário que é afetado por decisões judiciais de concessão de medicamentos ou tratamentos de alto custo e do outro, o judiciário se aventurando na efetivação a “todo e qualquer custo” de todos os direitos, sem a preocupação com as limitações financeiras dos Estados.

Sabe-se que a tutela de direitos individuais ou coletivos é conjugada na manutenção e no respeito à vida, que é consagrada no ilibado princípio da dignidade da pessoa humana, que fixa a saúde e a vida humana na posição de bens jurídicos mais importantes do ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que o judiciário se tornou o caminho prioritário para a obtenção de tratamentos médicos e aquisição de medicamentos custosos, cuja condenação dos entes públicos atinge todos os brasileiros, que dependem do sistema de saúde e justiça, e que dele se utilizam. Desse modo será demonstrado a ofensa ao acesso igualitário as ações e serviços de saúde. Para sistematizar o tema, a pesquisa comportará três capítulos.

No primeiro capítulo será analisada a evolução histórica e social do direito à saúde a partir do século XX e a sua positivação como um direito fundamental e, oportunamente, serão abordados os movimentos, as organizações e tratados internacionais concernentes e a legislação pertinente ao tema prescrito.

No segundo capítulo será trabalhado a perspectiva acerca da “Teoria dos Custos dos Direitos”. De início com um relato sobre a separação dos poderes e o direito de petição, o acesso à justiça, bem como serão analisadas informações do relatório “Justiça em Números” do CNJ, para que finalmente, a análise dos custos dos direitos, a imérita distinção entre direitos positivos negativos, a escassez dos bens e as escolhas trágicas.

No último capítulo será trabalhado o cerne da pesquisa “a excessiva judicialização da saúde no Brasil”. O capítulo de início contará com informações sobre os principais julgados do STF referente ao tema, pois tais decisões se dão como sinaleiros que direcionam a judicialização e a tutela do direito à saúde no Brasil por serem referência aos aplicadores do direito. Em um segundo momento, será abordada a demasiada judicialização mediante informações precisas do relatório a “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências”. Posteriormente será

perpetrada a distinção entre a judicialização, o ativismo judicial e a autocontenção, e também será feita uma breve consideração a respeito do controle judicial de políticas públicas de saúde.

Não obstante, serão apresentados parâmetros para atuação jurisdicional nos casos de envolvem a judicialização, quais sejam: a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial com foco no surgimento, no conceito e na natureza jurídica.

Logo após, será feita a análise do RE 566471/RN, que está sob a sistemática do regime de repercussão geral, cujo tema é a obrigação do Estado de fornecer medicamentos de alto custo aqueles que não possuem condições financeiras para sua aquisição. E por fim, no mesmo tópico será proposta a solução para minimizar os efeitos da judicialização da saúde pública no Brasil, qual seja: a incorporação do processo estrutural no cotidiano forense pela solução coletiva das demandas.

Por fim, o conhecimento utilizado nesta pesquisa que o utiliza o método hipotético-dedutivo e limita-se na análise dos dados coletados em precedentes com referência de obras literárias, legislação vigente e jurisprudência e pesquisas online, de forma a alcançar respostas as indagações que foram levantadas ao início do trabalho.

CAPÍTULO 1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Segundo Scliar (2007. p. 30) apud, Ventura et al. (2010, p. 81) a saúde é interligada a cidadania e a justiça social e não somente ao estado biológico. Os documentos nacionais e internacionais expõem que a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a falta de doença, mas também, a saúde é determinada pelas condições de vida e de trabalho do homem, sobretudo pela conjuntura social, econômica, política e cultural de determinado Estado.

Desse modo, doravante será trabalhada a origem do direito à saúde e o seu desenvolvimento como direito fundamental social.

1.1 Uma breve análise sobre a modificação dos direitos fundamentais: o direito à saúde como direito fundamental social

O direito à saúde pertence ao rol dos direitos fundamentais, que são originários da paulatina evolução da sociedade e do gradativo processo histórico de reconhecimento dos direitos da pessoa humana e, portanto, considerados, devido aos movimentos sociais, políticos e jurídicos, inclusive ideológicos ao longo dos tempos. Nesse sentido, defende Bobbio:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] (2004, p. 5)

Diante do vasto campo histórico de consagração dos direitos fundamentais, podemos classificá-los em “dimensões” ou “gerações” de direitos, conforme a doutrina majoritária os identifica, dentre estes autores, Norberto Bobbio, Ingo Sarlet e Paulo Bonavides (Lenza, 2014, p. 1055).

Os direitos constitucionais se distinguem em três gerações sucessivas e cardeais, quais sejam: os direitos de primeira geração (civis e políticos), os direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais) e os direitos de terceira geração (difusos e coletivos), ressaltando o caráter cumulativo e qualitativo na conquista dos direitos. Nesse raciocínio é a lição Bonavides:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bussola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da

universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. (2011, p. 563)

Desta feita, Bonavides (2011, p. 563) expõe o entendimento de que o processo histórico que dá origem aos direitos fundamentais propõe que as futuras gerações da sociedade sejam beneficiadas pelos direitos já conquistados, o que não impede, todavia, o surgimento de tantos outros quanto forem necessários para atender a sociedade.

Apesar de possuir forte ligação com as outras gerações de direitos, seja a primeira ou terceira geração (o direito à vida, o direito ao meio ambiente), o direito à saúde integra a categoria dos “direitos de segunda geração”, qualificando-se no rol dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, pela análise da classificação e a modificação de direitos fundamentais, Bonavides (2011, p. 563) ensina que o conteúdo das gerações de direitos é identificado no lema revolucionário francês: “liberdade, igualdade e fraternidade”, ditando e profetizando, conforme aduz o autor, a sequência “lógica” e “histórica” na conquista dos direitos.

1.2 A evolução histórica dos direitos fundamentais sociais: o surgimento do direito social à saúde a partir do Século XX

No panorama histórico de origem dos direitos, aponta Bonavides (2011, p. 564) que os direitos fundamentais sociais são resultados da ideologia e da reflexão antiliberal a partir do Século XX, ou seja, enquadra a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.

Essa mudança ocorreu, sobretudo devido à expansão do constitucionalismo na Europa, caracterizado pela intensa presença do Estado na sociedade, não mais de forma arbitrária em comparação ao período histórico do absolutismo, mas sim pela positivação de direitos e na prestação de serviços à coletividade. Sobre o tema, Barroso explica:

Ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social. Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, toma-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população. Como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. (2009, p. 65)

Ao fim do século XIX, a mobilização social contra o demasiado liberalismo burguês marcava o ápice da Revolução Industrial e do regime capitalista de produção, motivou a revolta do proletariado para reivindicar condições trabalho mais dignas, uma vez que a busca pelo lucro e aumento da produção dava-se pela exploração do trabalho humano, ou seja, em detrimento da saúde e da vida humana. Esse período foi determinante no reconhecimento do direito à saúde, do direito à vida e a proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente, do trabalhador urbano à época colocado as condições exaustivas de trabalho e de agressão à sua saúde. (SILVA, Oliveira, 2007, p. 117)

Deflagrou-se, portanto, a luta pelo direito à saúde, a qual alguns anos depois ganharia destaque pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na defesa dos direitos dos trabalhadores, inclusive o direito à saúde. Segundo relata Martins (2009, p. 499) no ano de 1946 a OIT definiu a saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade”.

Vivenciando um período similar de constitucionalização dos direitos sociais, o México e a Alemanha no século XX, através da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição alemã de Weimar, de 1919, também se iniciou com a implantação normas destinadas à proteção da vida e saúde dos trabalhadores. (BARROSO, 2009, p. 65),

Alterando esse paradigma, a Grã-Bretanha, no período da 2ª Guerra Mundial instituiu um sistema de seguro social por William Beveridge, para a promoção de ações e serviços de saúde que integrava serviços públicos de saúde, conforme afirma Moacyr Scliar:

Mudança substancial ocorreria à época da Segunda Guerra, na Grã-Bretanha. Com o intuito de oferecer ao povo inglês uma espécie de compensação pelas agruras sofridas com o conflito bélico, o governo de Sua Majestade encarregou, em 1941, *Sir William Beveridge* de fazer um diagnóstico da situação do seguro social. Dezoito meses mais tarde, Beveridge submeteu ao governo um plano, em consequência do qual foi criado, como parte do *Welfare System*, que prometia proteção “do berço à tumba”, o Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer atenção integral à saúde a toda a população, com recursos dos cofres públicos. (2007, p. 36)

Para Silva (2005, p. 309) a Constituição italiana foi a primeira a reconhecer a saúde como um direito fundamental (art. 32), individual e coletivo, tendo sido reconhecida igualmente pela constituição portuguesa (art. 64), espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100). Todas elas, segundo o autor, relacionam a “saúde” e a “seguridade social”.

O direito à saúde também obteve notoriedade com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), uma organização internacional de cooperação social que foi criada em 1946,

cuja finalidade, conforme a lição de Mazzuoli (2011, p. 635) “é alcançar o mais elevado índice de saúde para todos os povos do planeta”, sendo salientado pelo autor que a organização teria nascido de esforços e iniciativa do Brasil, por meio da delegação brasileira na Conferência de São Francisco de 1945. (MAZZOULI, 2011, p. 636)

Em consonância com o conceito da OIT, segundo Mazzuoli (2011, p. 635), para a Organização Mundial da Saúde a “expressão saúde não significa apenas ausência de doença ou enfermidades, mas o estado completo de bem-estar físico, mental e social dos indivíduos”.

Não distante disso, as guerras e os conflitos sociais até a metade do século passado influenciaram a mobilização de países no âmbito internacional a coibir violações à dignidade da pessoa humana, resultando na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual Piovesan (2008, p. 140) delineou como “uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”.

Outro exemplo é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia-Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, e que trouxe extenso rol de direitos, dentre os quais integra o direito à saúde, ampliando-se a lista de direitos tutelados pela Declaração Universal, sendo que a partir deste Pacto, os direitos tornaram-se obrigatórios e vinculantes aos Estados-membros (PIOVESAN, 2011, p. 174).

Nos Estados Unidos, segundo Barroso (2009, p. 65), a introdução do Estado Social deu-se através do New Deal, na língua portuguesa é dito “novo acordo”, que foi o conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção de direitos sociais, aplicadas pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30.

O momento histórico acima retratado ficou conhecido pela ruptura do Estado Liberal, com a sobreposição do Estado Social, que foi denominado de “Estado de Bem-Estar Social” e na língua inglesa “*welfare state*”, período em que o Estado ampliou o seu espaço, tomado pela atividade econômica e intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar no planejamento e fomento a segmentos estratégicos. (BARROSO, 2009, p. 65)

Conforme salientado, no Estado Social de Direito a relação entre o indivíduo e o ente estatal se aperfeiçoou, devido à prestação de serviços públicos, sendo uma fase em que o Estado volta a intervir nas relações individuais, porém agora ao fito de tornar mínimas as desigualdades sociais.

Contudo, ao termino daquele período o Estado Social não prosperou, devido à sua falta de efetividade para dirimir as desigualdades sociais e as dificuldades na prestação de todos os serviços públicos idealizados. Nesse sentido, Barroso sustenta:

Esse estado da busca do bem-estar social, o *welfare state*, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos. [...] (2009, p 66)

Por tais motivos, ao final do século passado nasceu o “neoliberalismo” como um novo modelo de atuação do Estado na sociedade, cujo objeto tornara-se a alcançar a efetividade nas ações e serviços públicos com a aplicação de uma política de intervenção mínima na sociedade e na economia, o que se mantém nos dias atuais em muitos países.

Sobre o tema, Barroso explica:

A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o *neoliberalismo*. Dentre seus dogmas que com maior ou menor intensidade correram mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado. (2009, p. 66)

Por meio dessa síntese de evolução histórica dos direitos sociais e do direito à saúde como direito fundamental, observa-se a coerência junto à lição de Bobbio (2004, p. 18) de que a modificação dos direitos resulta da mudança das condições históricas, dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a sua realização e das transformações técnicas.

1.3 A constitucionalização de direitos sociais: o direito à saúde no Brasil

Os direitos sociais surgiram no Brasil a partir da promulgação da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, estabelecida com influência a Constituição de Weimar. (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2010, p. 113)

Sobre o período em comento:

O primeiro governo Vargas é reconhecido pela literatura como um marco na configuração de políticas sociais no Brasil. As mudanças institucionais que ocorreram, a partir de 1930, moldaram a política pública brasileira, estabelecendo um arcabouço jurídico e material que conformaria o sistema de proteção social até um período recente. (DE LIMA, Tatiana Vieira; RAMOS, Claudio, p. 608-609).

Segundo Araújo e Nunes Junior (2010, p. 113) a Constituição de 1934 manteve princípios fundamentais, tais como, a República, a forma federativa, a divisão de poderes, o presidencialismo e o regime representativo. Ao passo, que diferentemente das constituições

anteriores, a Constituição de 1934 estabeleceu os direitos sociais ao inserir tratamento exclusivo quanto à ordem econômica e social do país à época.

Em relação à questão, Araújo e Nunes explicam o seguinte:

Seu traço característico, no entanto, reside na declaração de direitos e garantias individuais, pois ao lado dos direitos clássicos, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social, sobre a família, a educação e a cultura, normas de caráter programático, sob a influência da Constituição de Weimar. (2010, p.113)

Segundo Bonavides (2011, p. 366) a Carta Política de 1934 fez o Brasil entrasse para a terceira época de constitucionalismo ao consagrar os direitos sociais de segunda geração e desapegar da estrutura liberal estabelecida pela Constituição de 1881. Sendo que nesse período a figura do Estado Social no Brasil foi marcada com a política denominada "populista", consolidada pela criação da legislação trabalhista e de importantes direitos sociais, tais como o salário mínimo (LENZA, 2014, p. 127).

Apesar da legislação trabalhista ter sido o brilho daquela constituição, no que se refere à proteção à saúde, há o registro no art. 10, inciso II da Constituição de 1934¹ de que competia a União e aos Estados o cuidado com a saúde, a assistência pública e zelar pela aplicação das leis sociais.

Revela Carvalho (2001, p. 110) apud, Galdino (2005, p. 173) que a consagração dos direitos sociais naquele período se tratava de um evento inusitado, pois, predominava no país o regime totalitário, cuja representação política era de fachada e sem a devida tutela dos direitos individuais e, apesar disso, conforme sustentam alguns autores, os direitos sociais se tornaram a “segunda geração” de direitos fundamentais no Brasil. Para Galdino, (2005, p. 169) é um erro considerar que o modelo inglês de gerações de direitos aplicasse à experiência brasileira, pois as diferenças históricas e cronológicas, bem como os motivos de reconhecimento dos direitos eram de uma realidade diversa do contexto britânico.

Em relação à saúde, segundo Barroso (2009, p. 40-41) foi a partir da década de 30 que houve uma estruturação básica do sistema público de saúde no país, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e os institutos de previdência denominados IAPs, que ofereciam

¹ Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: I - velar na guarda da Constituição e das leis; II - cuidar da saúde e assistência públicas; III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; IV - promover a colonização; V - fiscalizar a aplicação das leis sociais; VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus; VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente. (BRASIL, 1934)

serviços de saúde de caráter curativo, limitados à categoria profissional que era vinculada ao respectivo instituto, ou seja, beneficiavam-se apenas os trabalhadores que contribuíam para a previdência. Segundo Barroso (2009, p. 40) o atendimento dos serviços públicos de saúde nesse período, que privilegiava os trabalhadores urbanos e formais, afrontava o princípio da isonomia, pois, os que integravam o mercado de trabalho rural e informal eram excluídos do acesso aos serviços de saúde.

Não obstante, já durante o período militar, os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) se unificaram para a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que instituiu o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. (BARROSO, 2009, p. 40).

Em seguida, com o desmembramento do INPS, a assistência à saúde dos segurados ficou a cargo do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Saúde criada em 1977 (Lei nº 6.439) e extinta em 1993 (Lei nº 8.689), sendo que teve suas funções, competências, atividades e atribuições absorvidas pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito federal, estadual e municipal (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.689/93).

Próximo ao período da redemocratização, o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde ganhou espaço no Brasil e, especialmente, pelo “movimento sanitaria”, cujo momento culminante foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Assembleia Constituinte, sendo que após a promulgação da Lei-Maior a saúde passou a ser “direito de todos e dever do estado” na prestação dos serviços públicos de saúde com apreço ao atendimento universal e não mais condicionado as categorias profissionais. (BOTELHO, 2011, p. 150)

1.4 O direito à saúde e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O direito à saúde no Brasil é direito fundamental social, com supedâneo no art. 6º da Constituição de 1988, que dispõe:

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

Para atender a todas as demandas sociais da saúde, a Constituição de 1988 adotou a sistemática de “Seguridade Social” que significa o conjunto integrado de ações de iniciativa

dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF). (BRASIL, 1988)

Com efeito, o direito à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, que disciplina o seguinte:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Conforme o art. 198 da Carta Política de 1988 “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada”, e constitui um “sistema único”, organizado pelas seguintes diretrizes: a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral, priorizando atividades preventivas, sem prejuízo do serviço assistencial e a participação da comunidade (FERNANDES, 2012, p. 1265).

Segundo Goes (2011, p. 08) por ser “direito de todos”, o Poder Público não pode negar o atendimento a pessoa por motivo de sua condição financeira, sendo “gratuitos” os serviços públicos de saúde, ou seja, não é necessário que o indivíduo seja um filiado ou contribua para a seguridade social. Portanto, qualquer pessoa, seja ela pobre ou rica, brasileira ou estrangeira (art. 5º, caput da CF), pode dirigir-se a qualquer hospital público no país e receber o devido atendimento médico. Registre-se, contudo, que a expressão gratuita é um tanto inadequada, pois o custeio dos serviços públicos de saúde é alto e os recursos (escassos) é produto da arrecadação de tributos pelo Poder Público, os quais são direcionados as ações e os serviços de saúde, ou seja, todos nós, enquanto contribuintes, mantemos os serviços de saúde.

No que se refere ao custeio das ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), há previsão constitucional nos arts. 195 e 198, §1º da utilização dos recursos provenientes do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Sobre a questão, Fernandes explica:

[...] Os entes da federação deverão aplicar um percentual mínimo calculado sobre: no caso da União, conforme fixado em lei complementar; no caso dos Estados e do Distrito Federal, levando em conta o produto da arrecadação de impostos previstos no art. 155 e dos recursos previstos no art. 157 e 159, I, “a” e 159, II, da Constituição de 1988, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e no caso dos Municípios e do Distrito Federal, levar-se-á em conta o produto da arrecadação de impostos previstos no art. 156 e dos recursos fixados nos artigos 158 e 159, I, “b”, e 159,

§ 3º, da Constituição de 1988. (2012, p. 1266)

Segundo Araújo e Nunes Junior (2010, p. 512) o art. 196 da Constituição de 1988, impõe dois princípios constitucionais relacionados à saúde: o princípio do acesso universal, que diz que as ações e serviços na área da saúde pública devem ser destinados a toda pessoa humana, não podendo ficar restritos a determinado grupo ou classe. Já em relação ao acesso igualitário, o princípio disciplina que não se admite o atendimento privilegiado, ou seja, que “pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados”.

Conforme o art. 197 da Constituição de 1988, as ações e serviços de saúde são de relevância pública e o Poder Público deverá na forma da lei, regulamentá-los, fiscalizá-los e controlá-los, para a sua execução, seja diretamente ou mediante terceiros, podendo ser pessoa física ou jurídica de direito privado. (FERNANDES, 2012, p. 1265)

A respeito da atribuição de legislar sobre a saúde no país, o art. 24, XXII e art. 30, II, da CF estabelecem que compete, concorrentemente, à União, aos Estados e aos Municípios, cabendo a União legislar as normas gerais (art. 24, § 1º da CF) e os Estados, de maneira suplementar a legislação federal (art. 24, § 2 da CF). Quanto ao Município compete legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, com fulcro no art. 30, I e II da Constituição de 1988. (BOTELHO, 2011. p. 150)

Já em relação as disposições referentes a aplicação dos recursos na saúde pública do país, encontram-se previstas na Lei complementar nº 141/2012 que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal de 1988.

Cite-se à propósito:

Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. (BRASIL, 2012)

Vale lembrar que os recursos destinados SUS são disponibilizados aos entes públicos (União, Estados, DF e Municípios) junto ao Fundo de Saúde, nos termos do art. 77, § 3º do ADCT:

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados

às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Segundo Martins (2009, p. 500) a Constituição Federal de 1988 fez com que se tornasse o direito à saúde um direito público subjetivo, podendo ser exigido, num determinado caso concreto, o seu cumprimento perante o Estado, que em contrapartida, tem o dever de prestá-lo.

1.5 A saúde pública e o Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos da Lei Orgânica de Saúde nº 8.080, de 19 de setembro de 1990

Objetivando a efetivação das ações e serviços públicos de saúde no país, o legislador Constituinte inseriu o art. 198 na Constituição Federal de 1988 e constituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) nas seguintes distinções: a regionalização, a descentralização e a hierarquização, no âmbito das esferas de governo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (AMADO, 2010, p. 42)

Para o cumprimento ao dispositivo constitucional acima foi elaborada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito das três esferas públicas, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços. (MARTINS, 2009, p. 500)

Segundo a Lei nº 8.080/90, o SUS é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, que são prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (art. 4º). Sobre o tema, Araújo e Nunes Júnior lecionam:

A Constituição preconizou um regime de cooperação entre a União, Estados e Municípios, que devem, em comunhão de esforços, incrementar o atendimento à saúde a população. Cada uma dessas esferas, embora devam agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem a sua competência administrativa definida pela lei n. 8.080/90. (2010, p. 513)

Em relação ao direito à saúde a lei estabelece que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º). Já o § 2º dispõe que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Então, observa-se um dever que não é apenas de iniciativa do Estado, mas sim de toda sociedade, tanto é que o art. 4º, § 2º autoriza a iniciativa privada a participar

do SUS em caráter complementar. (BRASIL, 1990)

Segundo Martins (2009, p. 500) um sistema de saúde deve abranger três espécies de categorias de promoção a saúde: a prevenção, a proteção e a recuperação. Em relação a sua finalidade o art. 3º § único da lei do SUS diz que “as ações de saúde se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

A Lei Orgânica da Saúde (LOS) dispõe que as ações e serviços de saúde, executados pelo SUS, sejam diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em “níveis de complexidade crescente” (art. 8º). (BRASIL, 1990)

Desse modo, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados integrantes do sistema único se desenvolvem conforme as diretrizes previstas no art. 198 da Carta Política de 1988 e obedecendo a princípios expressos no art. 7º da Lei do SUS, dentre eles, o princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, o princípio da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade (GOES, 2011 p. 713).

No SUS a direção é única e, de acordo com o art. 198, inciso I da Constituição Federal de 1988 essa direção é exercida no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde e nos Estados e do Distrito Federal, pelas Secretarias de Saúde e no âmbito dos Municípios, pela Secretaria de Saúde (BRASIL, 1988).

Desta feita, em que cada esfera de governo, o SUS possui um gestor, no âmbito federal, por exemplo, o Ministro da Saúde, no âmbito estadual e municipal os Secretários de Saúde, sendo responsáveis aos atos de gestão. Já o atendimento integral revela o direito de atendimento a todos os serviços de saúde oferecidos pelo SUS, desde a prevenção, no atendimento médico-hospitalar e assistência farmacêutica. (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2010, p. 513)

1.6 A concretização do direito à saúde mediante políticas públicas

Em relação às políticas públicas de saúde, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 assevera que a “saúde é direito de todos” e que tal direito é “garantido mediante políticas sociais e econômicas” e, portanto, o referido dispositivo constitucional indica a forma pela qual o Estado concretizará o direito à saúde, preferencialmente, por intermédio de políticas públicas² projetadas pelo Poder Público. (BRASIL, 1988)

Sobre o conceito de políticas públicas, Botelho leciona:

Por políticas públicas entende-se as ações devidas pela Administração Pública no sentido de conferir efetividade aos direitos consagrados pela Constituição e, não um controle das ações do Legislador, que como visto, detém margem considerável de atuação dentro de um sistema democrático pluralista. (2011, p. 145)

Não obstante, para Fonte as políticas públicas compreendem:

“[...] o conjunto de atos e fatos jurídicos que tem por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”. (2015, p. 57)

Neste cenário, as políticas públicas podem ser, à título de exemplo, como normas de direito, a elaboração de leis instituindo finalidades públicas de saúde, atos administrativos, a habilitação orçamentária no exercício do dispêndio público e os ditos fatos administrativos, como por exemplo, o atendimento de saúde em hospitais públicos. (FONTE, 2015, p. 57)

Em relação à competência para formular e executar as políticas públicas de saúde, a Lei-Maior atribuiu à competência comum aos entes públicos (art. 23, II da CF) e, portanto, todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Município) podem formular e executar políticas públicas de saúde. (BOTELHO, 2011, p. 150)

Não obstante, o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.080/90 acena o dever do Estado de garantir a saúde consistente na “formulação e execução de políticas econômicas e sociais” dirigidas à “redução de riscos de doenças” e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso “universal” e “igualitário” às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990)

Segundo Goes (2011, p. 712) e Martins (2009, p. 500) fazendo referência ao art. 3º da LOS, ambos lecionam que a saúde é ligada a fatores “determinantes” e “condicionantes” à sua preservação, tais como: a alimentação, a moradia, a saneamento básico, o meio ambiente, trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Desse modo, pela visão dos autores acima é nítido o papel crucial de políticas públicas no âmbito da saúde, por ser o mecanismo hábil, no âmbito dos governos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, para se alcançar efetivamente os objetivos do Estado constantes no art. 3º da Constituição de 1988³.

³Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL,1988)

CAPÍTULO 2 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Com fundamento na obra, a “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos, direitos não nascem em árvores”, de Galdino (2005), a qual sustenta a inteligência do livro “The coast of rights” de SUNSTEIN e HOLMES, o capítulo em epígrafe cuidará da análise dos custos dos direitos, pois, segundo Botelho (2011, p. 117) “a reserva do possível não pode ser estudada separadamente da teoria da análise econômica dos direitos, sob pena de estarmos fazendo um juízo incompleto de suas vertentes”. Para isso, antemão são necessárias algumas considerações acerca do princípio da separação dos poderes, do Poder Judiciário em si e findar na análise dos custos dos direitos.

2.1 Algumas considerações sobre o Princípio da Separação dos Poderes

O princípio da separação dos poderes tem amparo no art. 2º da Constituição de 1988 dispondo que “são os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, assegurando-lhe a devida proteção na condição de *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, inciso III). Sobre o tema, Araújo e Nunes Júnior explicam:

A independência e a harmonia entre os Poderes do Estado indicam como princípio, que cada um deles projeta uma esfera própria de atuação, cuja demarcação tem por fonte a própria norma constitucional. (2010, p. 125)

Conforme Fernandes (2012, p. 291) as primeiras bases acerca da teoria da separação dos poderes são encontradas no pensamento de Aristóteles, que sustentou a fragmentação de funções administrativas da *polis*, isolando a administração do governo e a solução de litígios na comunidade.

Em sua obra *Política*, Aristóteles tinha preocupação de se atribuir todo poder a uma só pessoa, por entender que seria impossível que essa pessoa pudesse prever a complexidade das relações sociais, podendo vir atuar com arbitrariedades. (RICCITELLI, 2007, p. 47)

Entrementes, somente a partir da visão de Montesquieu que, segundo Fernandes (2012, p. 291) surgiu a famosa teoria dos freios e contrapesos, que escorou o entendimento de que era necessário interconectar as funções estatais para permitira autonomia e independência típicas de cada um dos poderes.

Ademais, a separação dos poderes ganhou destaque na Revolução Francesa de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo em seu art. 16 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não terá Constituição.” (RICCITELLI, 2007, p. 47)

Para Silva (2006, p. 109) é imprescindível que uma Constituição tenha como alicerce o princípio da separação dos poderes na garantia de direitos do homem. Nesse cenário, Riccitelli (2007, p. 47) alude que o princípio da separação dos poderes é amplamente recepcionado pelos Estados liberais e também integra a maioria das constituições democráticas atuais.

Logo convém dizer que pela separação dos poderes cada função estatal (o legislativo, executivo e o judiciário), passa a realizar as funções típicas à sua natureza e outras funções que lhe são consideradas atípicas, fiscalizando e limitando a ação de uns aos outros. (FERNANDES, 2012, p. 292)

A respeito da questão, assevera Bobbio (2004, p. 63) que a separação dos poderes sustenta os remédios constitucionais contra o abuso de poder. Para o autor, o princípio não se restringe a simples separação vertical das funções entre os órgãos da administração estatal, na verdade, há também a separação horizontal desde a descentralização político-administrativa até o federalismo de órgãos centrais e periféricos.

Segundo Canotilho (1993, p. 244) apud, Fernandes (2012, p. 292), o princípio da separação dos poderes revela dupla dimensão, sendo logo a primeira a dimensão positiva, que traça a “ordenação e organização dos poderes constituídos” e a segunda a dimensão negativa que “fixa limites e controles”.

Como exemplo de mecanismos dos poderes de impor controle uns aos outros, no Brasil o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, sendo que o Poder Executivo pode vetar projetos de lei aprovados pelo Poder Legislativo, bem como realizar a nomeação de membros do judiciário e ainda, o Legislativo possui poderes de investigação e análise sobre os aspectos financeiros orçamentários. (FERNANDES, 2012, p. 292)

2.2 O Poder Judiciário brasileiro: acesso à justiça, direito de petição e relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Ao Poder Judiciário é incumbida função típica jurisdicional, que segundo Fernandes (2012, p. 911) revela-se “justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução

de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social”.

No tocante à importância do judiciário, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já fez o registro de que “toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais contra atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. 8º).

Em seu turno, o art. 5º, inciso XXX da Constituição de 1988 afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim sendo, há de se registrar que o princípio do acesso à justiça, também é conhecido como da inafastabilidade da jurisdição, do livre acesso à justiça ou da ubiquidade da Justiça, no qual foi utilizado por Pontes de Miranda. (LENZA, 2014, p. 1103)

Para Araújo e Nunes Júnior (2010, p. 200) a Constituição de 1988 transfere ao Poder Judiciário, como função típica e atenção à separação dos poderes, o monopólio da jurisdição e, do outro lado, ao indivíduo a faculdade de exercício ao direito de ação, ou seja, de provocar o poder jurisdicional.

Nesse contexto, o direito de petição é previsto no art. 5º, XXXIV, alínea “a” da Carta Política de 1988, segundo o qual a todos são assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1988)

Segundo Araújo e Nunes Júnior (2010, p. 198) a expressão “defesa de direitos” utilizada pela Lei-Maior constituiu um termo genérico que pode sustentar a tutela de todas as espécies de direitos, quer seja ele individual ou coletivo. Em relação as expressões “ilegalidade” e “abuso de poder”, conforme os autores, a primeira (abuso de poder) refere-se ao desvio de finalidades de atos administrativos, já o termo seguinte (ilegalidade) diz respeito ao conteúdo genérico que afere qualquer contrariedade ou violação às normas jurídicas, inclusive a própria constituição.

Em que pese os dispositivos que importa as pessoas a recorrerem ao judiciário para a satisfação de seus direitos fundamentais, não se pode deixar de considerar que o judiciário exige uma estrutura compatível para suportar o volume de demandas judiciais para a tutela de “todos” os direitos constantes na Constituição de 1988.

De acordo com a publicação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o relatório “Justiça em Números” (2016, p. 33) do ano-base de 2015, no ano de 2014 o número de processos no judiciário brasileiro era de 100 (cem) milhões e em 2015 passou a 102 (cento e

dois) milhões, quantidade que representa os casos que o judiciário precisou lidar entre os já resolvidos e os não resolvidos.

O relatório “Justiça em Números” (2016, p. 42) discrimina que no ano de em 2015 foram quase 74 (setenta e quatro) milhões de processos em tramitação. Diante disto, o relatório “Justiça em Números” do CNJ para expressar essa volumosa quantidade de processos, faz a seguinte observação:

[...] mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque. (2016, p. 42)

Em relação à análise do quadro pessoal, a avaliação do relatório “Justiça em Números” (2016, p. 31-36) contabilizou ao final de 2015 que o Poder Judiciário detinha o total de 278.515 servidores distribuídos em 15.773 unidades judiciárias de primeira instância, conforme abaixo referenciados:

[...] 242.646 do quadro efetivo (87,1%), 20.405 requisitados e cedidos de outros órgãos (7,3%) e 15.464 comissionados sem vínculo efetivo (5,6%). Considerando o tempo total de afastamento, aproximadamente 12.254 servidores (4,4%) permaneceram afastados durante todo o exercício de 2015. (2016, p. 39)

De outro giro, considerando a totalidade de “força de trabalho” do Poder Judiciário, o relatório “Justiça em Números” (2016, p. 33) contabilizou 451.497 (quatrocentas e cinquenta e um mil, quatrocentas e noventa e sete) pessoas, nas seguintes categorias: magistrados - 17.338 - 3,8% (juízes, os desembargadores e os ministros), servidores - 278.515 - 61,7% (quadro efetivo, os requisitados e os cedidos de outros órgãos, pertencentes ou não à estrutura do Poder Judiciário, além dos comissionados sem vínculo efetivo. Excluídos os servidores do quadro efetivo que estão requisitados ou cedidos para outros órgãos) e os trabalhadores auxiliares - 155.644 - 34,5% (os terceirizados, os estagiários, os juízes leigos, os conciliadores e os colaboradores voluntários).

Pelas informações selecionadas do relatório do CNJ, tem-se um elevado número de processos em trâmite no judiciário brasileiro, bem como revela toda estrutura de que a atividade jurisdicional exige para a solução das demandas, as quais englobam direitos de “todas” as gerações, pois, afinal, são “102 milhões” de processos e quase meio milhão de “força de trabalho”, demonstrando que os custos do direitos não podem ser rechaçados por quem atua junto ao judiciário, pois, conforme salienta Wang (2008, p. 541) que “as instituições também

possuem os seus custos, que estão longe de serem pequenos”.

2.3 O direito à saúde e a “Teoria dos Custos dos Direitos”

No ambiente jurídico pouco se fala da “Teoria dos Custos dos Direitos”. Os custos dos direitos raramente são considerados por aqueles que aplicam a norma jurídica, sendo que as consequências disso são significantes para sociedade, pois, conforme Galdino (2005, p. 189) a “mesma água que serve ao leite pode carregar o veneno” ao citar aqueles que se utilizam das “normas para conferir eficácia irrestrita aos direitos”.

Segundo Wang (2008, p. 545) o Supremo Tribunal Federal (STF) por alguns anos, já na vigência da Constituição de 1988, entendia que o direito fundamental à saúde (art. 196) era um direito judicialmente tutelável no sentido de que sua concretização deveria dar-se “a todo e qualquer custo” pelo Estado, independentemente dos limites materiais. Por essas decisões, a título de exemplo, os custos dos direitos e a escassez dos recursos públicos eram indiferentes e, portanto, não considerados ou considerados como se fossem infinitos. Em relação à questão, segue o trecho de uma decisão do Ministro Celso de Mello na Pet. 1246 MC:

[...] (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células miooblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) [...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. (STF, Pet 1246 MC, DOU 13.02.1997)

A singularidade do caso é inquestionável, todavia, o argumento do Relator de que custos e as questões de ordem financeiras são irrelevantes ao Estado, não se pode ser sustentado desta forma, sobretudo relativa à efetivação dos direitos fundamentais. Tal raciocínio pode ser encontrado em muitas decisões judiciais que, infelizmente, servem de apoio para que seja fundamento de decisões aplicando argumento idêntico, sem ressalvas ou ponderação.

Sobre este tipo de pronunciamento judicial, afirma Galdino:

[...] Em regra, as soluções as colisões oferecidas pelas cortes judiciais – com amparo da doutrina jurídica “vigente ou tradicional” – ignora por quase completo qualquer análise econômica [...]. (2005, p. 161)

Ao avaliar o caso, salientou Wong (2008, p. 546) que os direitos sociais necessitam de recursos para serem efetivados e, portanto, as questões financeiras não seriam conflitantes ou excludentes, mas estariam diretamente ligadas aos direitos, de modo que, por exemplo, o direito à saúde também está sujeito às possibilidades orçamentárias do Estado para sua efetivação. Não procede a afirmação de irrelevância dos custos, porque eles são inerentes a concretização desses direitos. Ressalte-se, todavia, que o Ministro Celso de Mello se posicionou igualmente leciona Araújo e Nunes Júnior (2010, p. 511) ao definir que o direito à saúde é um desdobramento do próprio direito à vida e, portanto, um direito fundamental do indivíduo que merece toda proteção.

Diante disto, segundo a análise de Galdino (2005, p. 199) referente à obra “The cost of rights” dos professores norte-americanos SUNSTEIN e HOLMES, todos os direitos dependem de prestações públicas, razão pela qual todos eles seriam positivos. Em apertada síntese, os autores acima sustentam que inexistem direitos ou liberdades exclusivamente privadas, pois para exercermos todos os direitos, necessitamos das instituições públicas, inclusive os direitos negativos, o que confere dispêndio de recursos públicos em todos os casos. (GALDINO, 2005, p. 201)

Para comprovar que todos os direitos são custosos ao Estado basta observar os gastos com o Poder Judiciário, por onde tramitam ações judiciais que discutem a tutela de direitos fundamentais de “todas” as gerações, sejam os direitos da primeira, segunda ou terceira geração.

Deste modo é oportuno trazer à baila a publicação “Justiça em Números” (2016 p. 33) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ano-base de 2015, informando que as despesas totais do Poder Judiciário, somou o valor de R\$ 79,2 bilhões de reais, o que representa um crescimento de 4,7 %, uma despesa equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) e que representa a 2,65% dos gastos totais da União, dos Estados, Distrito Federal e dos municípios. Ademais, o relatório (2016 p. 33) apontou que o custo do serviço de justiça de R\$ 387,56 por habitante.

É relevante observar que o relatório informou que os gastos com recursos humanos são responsáveis por 89,5 % da despesa total. Por outro lado, apesar de toda essa despesa, os cofres públicos receberam em decorrência da atividade jurisdicional, durante os anos de 2015, cerca de R\$ 44,7 bilhões, o que representou retorno da ordem de 56% das despesas efetuadas. Segundo as informações do relatório “Justiça em Números” (2016, p. 34) a Justiça Federal é responsável pela maior parte das arrecadações, 53,7% do total do Poder Judiciário e única capaz de retornar aos cofres públicos valor superior às despesas.

De outro giro, a recente publicação do relatório “Justiça em Números” de 2017 do ano-

base 2016 do Conselho Nacional de Justiça, constatou à seguinte variação:

[...]. No ano de 2016, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 84,8 bilhões, o que representou crescimento de 0,4% em relação ao último ano e uma média de 3,9% ao ano desde 2011.7 O ano de 2016 foi o de menor variação em toda a série histórica. As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,5% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em 2016, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 411,73 por habitante, inferior ao valor do último ano [...]. A despesa da Justiça Estadual, segmento mais representativo, que abarca 79% dos processos em tramitação, responde por aproximadamente 57% da despesa total do Poder Judiciário. [...]. Os gastos com recursos humanos são responsáveis por aproximadamente 90% da despesa total e compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, todos os demais auxílios e assistências devidos, tais como auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros. Devido ao montante destas despesas, elas serão detalhadas na próxima seção. [...] O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. (CNJ – JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2017, p. 51-65)

Por essas informações, percebe-se que o Poder Judiciário possui gastos consideráveis para o exercício de sua função cuja importância é inquestionável. Todavia, não há que se falar que direitos não geram custos, sobretudo, pois, a pesquisa revela que o brasileiro custeia com quase meio salário mínimo os órgãos jurisdicionais, sendo que muitas vezes nem todos possuem o devido acesso à justiça.

Neste sentido, Fonte assevera:

O dispêndio com o Poder Judiciário, ao menos no que tange as políticas públicas, é instrumental, e por mais que a da administração da justiça seja socialmente relevante, não parece haver justificativa plausível para que o Estado invista mais na instituição do que em efetivas prestações materiais à sociedade. (2015, p. 193)

A partir dessa reflexão, doravante será desmistificada a classificação dos direitos em positivos e negativos, uma vez que há diversos autores que equivocadamente persistem sustentar que “há direitos que não geram despesas” para a sociedade ou que somente os “direitos sociais são custosos”.

2.4 Direitos fundamentais positivos e negativos

A doutrina pátria usualmente classifica os direitos fundamentais em direitos positivos e negativos ou direitos de defesa e de prestação, entendendo que os direitos de defesa impõem

ao Estado o dever de abstenção ou não interferência em relação à vida indivíduo, já os direitos de prestação seriam aqueles que exigem do Estado uma atuação positiva a favor do indivíduo. (FERNANDES, 2012, p. 320)

Em seu turno, sustenta Galdino (2005, p. 150) que as tradicionais classificações de direitos fundamentais positivos e negativos são equivocadas, pois, ao fazer referência à obra de SUNSTEIN e HOLMES, todos os direitos são positivos, ou seja, todos eles enquanto direitos negativos ou de defesa na realidade são prestacionais devido ao fato de sua prestação depender da atuação ou participação do Estado.

Para Galdino (2005, p. 151) a questão da positividade dos direitos está ligada a duas premissas, a necessidade de prestação ou não, situação em que os direitos negativos se dariam por omissão estatal e a relação dos custos que as prestações ocasionam ao Estado. No intuito de provar que todos os direitos são prestacionais e, portanto, geram custos ao Estado, Galdino (2005, p. 231) utiliza como exemplo a proteção da propriedade privada pelo poder público, ao relatar o trágico massacre em Eldorado dos Carajás no Estado do Pará, em que o poder público manteve em campanha por semanas mais de duzentos homens armados para “segurança” e a “proteção” da propriedade privada de “um ou de uns poucos”, resultando na morte de muitos civis sem-terra no conflito.

Na realidade, ali ocorreu verdadeiro massacre de pessoas carentes e miseráveis que estavam encurraladas pelo Estado, que financiado pelos recursos públicos buscou “proteger o direito à propriedade” de uns poucos em detrimento da coletividade e dos direitos sociais, bem como afrontando também direitos de primeira geração, por exemplo, o direito fundamental à vida. (GALDINO, 2005, p. 231)

Desta feita, no caso de Eldorado dos Carajás, o “direito à propriedade privada” e o interesse privado prevaleceu sobre o interesse público, coletivo e social, sobretudo o interesse financeiro do Estado, que financiou o confronto “a todo e qualquer custo”, agredindo o direito e o respeito indeclinável à vida daquelas pessoas.

Nesse sentido, Galdino explica:

O custo dessa operação maligna desencadeada a propósito da segurança pública não é senão o custo que o direito de propriedade (seguramente “privada”) em questão representou para o Estado (e representa todos os dias). Será possível ainda dizê-la meramente negativa? Naturalmente que não. (2005, p. 231)

Dito isso, os direitos de primeira geração também são custosos, uma vez que o direito da propriedade privada apesar de exigir uma abstenção do Estado, em outras circunstâncias o

indivíduo necessita do Estado proteger sua propriedade de outros indivíduos. Em sentido lógico é que se fosse ponderado os custos dos direitos, talvez a desproporcional atuação do Estado no massacre de Eldorado do Carajás poderia ter sido evitada, afastando-se a lesão à saúde e a vida daquelas pessoas envolvidas no conflito.

Em relação ao direito à saúde, segundo Wang (2008, p. 548-549) o Ministro Celso de Mello, revendo o seu posicionamento sobre o tema, estabeleceu interessantes ponderações a respeito da limitação dos recursos e dos custos dos direitos ao proferir decisão monocrática na ADPF 45 MC/DF, cuja importância e inovação são inquestionáveis em relação a outras decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) até então no ano de 2004.

Confira-se o trecho da respeitável decisão:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a **realização dos direitos** econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - **depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro** [...] (STF, ADPF 45 MC/DF, DOU 04.05.2004 – grifo nosso)

Desse modo, longe de se querer fazer uma análise subjetiva ou comparação de quais direitos seriam os mais onerosos à sociedade, é de se observar que tanto os direitos da segunda geração quanto os direitos fundamentais da primeira geração são considerados custosos.

2.5 Escassez dos bens e as escolhas trágicas

Segundo Galdino (2005, p. 155) pela análise econômica dos recursos, tem-se que eles são limitados, bem como é de se observar que os bens existentes são insuficientes para satisfazer as necessidades ilimitadas da sociedade.

Tendo em vista que os recursos do Estado são escassos, em algumas situações resta ao agente público a fazer “escolhas” as quais inevitavelmente resultarão na escolha de uma opção e no sacrifício das demais opções expostas em um conjunto de oportunidades, pois, devido ao orçamento limitado, nem sempre há recursos públicos suficientes para satisfação de todas as oportunidades ou mais de uma escolha. (GALDINO, 2005, p. 160)

Para melhor elucidar a questão, Lazari em sua obra insere os seguintes exemplos:

Impossível, neste diapasão, não se fazer perguntas do tipo: A) mais vale conceder a um o fornecimento de medicamento no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou fornecer a mil o medicamento no valor de R\$ 10,00 (dez reais); B) mais vale determinar ao município a construção de creche para suprir as necessidades de famílias que não tem com quem deixar seus filhos, ou a previsão administrativa do aumento do número de salas de aula numa escola municipal para suprir a demanda de alunos?; C) mais vale determinar a construção de Unidades de Terapia Intensiva neonatal, ou a construção de UTIs não restritas apenas a recém-nascidos? (2012, p. 85)

Considerando o conjunto de oportunidades, a escolha de investir na saúde ou educação se torna uma verdadeira escolha dramática ou trágica ao agente público, pois, não há recursos para ambas todas as possibilidades e por possuírem inquestionável valor social acabam gerando dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos ao sacrificar um deles para promoção de outro. (GALDINO, 2005, p. 160)

Fato é que a realidade do caso concreto pode ser drasticamente contrária às normas jurídicas ao se desconsiderar os custos dos direitos. Neste sentido:

Mesmo o mais belo dos direitos, forjado na mais celebre teoria jurídica, pode sucumbir diante da realidade. A mais brilhante e consistente construção dogmática dos direitos humanos pode não se realizar se alguma minúcia – como por exemplo as despesas a serem geradas na tentativa de efetivação de um direito – não forem tomadas na devida consideração. (JHORING, p. 157 apud, GALDINO, 2005, p. 338)

Desse modo, conforme Calabresi e Bobbit (1978) apud, Galdino (2005, p. 159), a retórica da tragédia institui que a escassez dos recursos públicos impede a realização das finalidades sociais do Estado de modo que a possibilidade na realização de um desses objetivos se dará pela imperiosa e inevitável sacarificação de outros igualmente imprescindíveis.

CAPÍTULO 3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

O excessivo ajuizamento de ações individuais para a efetivação do direito à saúde abarrotou o judiciário brasileiro, colocando o magistrado a decidir a tutela desse direito, que sem a devida atenção que o tema exige, acaba desconsiderando os riscos e efeitos sistêmicos não previsíveis e não desejáveis de uma atuação limitada às condicionantes do caso concreto, ou seja, restringe-se a aplicação da norma constitucional. (BARROSO, 2009, p. 30)

Segundo Botelho (2011, p. 58) o Brasil encontra-se em período que a jurisprudência e a doutrina até o momento, não foram capazes de conferir conceitos e definições satisfatórias à problemática da incidência dos direitos sociais. É muito controversa a questão se tais direitos como o direito à saúde são ou não direitos públicos subjetivos ou tão somente deveres objetivos do Estado.

Diante da complexidade de questões que a temática da judicialização da saúde pública desperta, o Min. Gilmar Mendes, no julgamento da SS 3989/PÍ pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por bem salientou:

[...] A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. **Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.** Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. [...] (STF, SS 3989/PÍ, DOU. 15.04.2010 – grifo nosso)

Segundo Lima e Ramos (2017, p. 618) a ocupação pelo judiciário do poder de decidir sobre políticas de saúde tiveram relevo no Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista que cada vez mais o judiciário fiscaliza as negligências do Estado em relação ao cumprimento dos direitos fundamentais e por outro lado a excessiva judicialização é considerada pelos gestores como invasiva a destinação dos recursos orçamentários, situação que implica que os recursos de ações coletivas sejam desviados ao atendimento de poucos.

3.1 O direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal (STF): direitos públicos subjetivos, a responsabilidade solidária e o caráter programático do art. 196 da CF.

No Brasil o direito à saúde é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como “direito público subjetivo”, ou seja, é exigível judicialmente a sua realização pelo Estado. Tal entendimento, por exemplo, pode ser visto em três julgados da Suprema Corte: o RE 271286 AgR/RS, a STA 175 AgR/CE e o RE 855178/SE, os quais são referências as decisões que tratam da concessão, ou não, de tratamentos ou medicamentos pelos juízes e tribunais do Brasil.

O primeiro julgado é a decisão proferida no RE 271286 AgR/RS, que se discutia o dever do Estado no fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo para o tratamento da doença de paciente, que destituído de recursos financeiros e acometido do vírus HIV/AIDS, não tinha condições de adquiri-lo, socorreu-se então ao judiciário.

Sobre a questão, o Rel. Ministro Celso de Mello se posicionou:

[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência**

de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF, RE 271286 AgR/RS, DOU 24.11.2000 – grifo nosso)

Conforme o julgado, o direito à saúde foi considerado “direito público subjetivo” pelo STF ao ser proferida a decisão do Min. Celso de Mello de que a interpretação programática da norma do art. 196 da Constituição Federal de 1988 não pode ser “promessa constitucional inconsequente” pela omissão do Estado no seu cumprimento.

O segundo julgado que merece a devida consideração é o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 AgR/CE, cujo Rel. Ministro Gilmar Mendes ao examinar o trecho “direitos de todos” esculpido no art. 196 da Constituição de 1988, asseverou o seguinte:

[...]. É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. (STF, STA 175 AgR/CE, DOU. 30.04.2010)

Segundo Botelho (2011, p. 157-158) o STF ao julgar o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 AgR/CE, outra vez enfrentou o problema do fornecimento de medicamentos de alto custo, estabelecendo através do voto do Min. Gilmar Mendes critérios e parâmetros que autorizam a intervenção judicial em políticas de saúde. Cite-se à propósito:

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. [...] O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. (STF, STA 175 AgR/CE, DOU. 30.04.2010)

O terceiro julgado é o Recurso Extraordinário nº 855178/SE de Rel. do Ministro Luiz Fux, que sob a sistemática da repercussão geral, o Pleno do STF ao julgou o tema 793⁴ e definiu

⁴ Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

a tese de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes Federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente.” Tal entendimento pôs fim as discussões sobre a responsabilidade solidária dos entes públicos (União, Estado, DF e Município).

3.2 O fenômeno da judicialização da saúde pública no país

No Brasil é uma das responsabilidades do Estado a proteção do direito fundamental à saúde da sociedade, isto porque a Constituição Federal de 1988 impôs o dever ao Poder Público na proteção desse direito coletivo (arts. 6 e 196 da CF). (VENTURA et al., 2010, p. 84-85)

Contudo, a realidade é bem distante do que se idealiza na Lei-Maior, pois o que se propõe na constituição está longe de ser plenamente efetivado no mundo dos fatos, e isto se dá por diversos fatores, o que contribuem ao ajuizamento de ações pelas pessoas em face do Poder Público, objetivando discutir a concretização do direito à saúde firmado no acesso aos meios materiais para o seu alcance. (VENTURA et al., 2010, p. 84-85)

Sobre a judicialização, segundo Barroso (2009, p. 30) os juízes são preparados para aplicar a justiça no caso concreto, ou seja, sem avaliar os impactos provenientes dessa atuação e se tratando alguns casos complexos é recorrente que faça decisões desastrosas, o que colabora o agravamento da judicialização da saúde. Segundo Costa (2011, p. 11) “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, cabendo o gerenciamento da macro-justiça, em regra, à Administração Pública”.

Para fielmente demonstrar essa realidade da excessiva judicialização da saúde no Brasil e como está sendo a atuação jurisdicional, faz-se necessário de início trazer à baila informações do relatório “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência” do ano de 2015, elaborado pelo CNJ, expondo uma análise de processos cujo tema é a saúde pública e suplementar de seis tribunais no Brasil⁵, delineando algumas considerações comuns.

Cite-se essas a considerações:

[...] » **Foco curativo das demandas:** as demandas apresentadas versam de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde (medicamentos, tratamentos, próteses etc.) e menos sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.). Isto evidencia que a judicialização da saúde ainda versa sobre uma dimensão bastante parcial de todas as ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo poder público.

⁵ - Tribunal de Justiça de São Paulo; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Tribunal de Justiça do Paraná; Tribunal de Justiça do Mato Grosso; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e Tribunal de Justiça de Roraima. (CNJ, 2015, p. 42-43).

» **Predominância da litigação individual:** a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde.

» **Tendência de deferimento final e na antecipação de tutela:** na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares. Além disso, na maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância.

» **Pouca menção à Audiência Pública do STF:** a maioria das decisões não citou ou tomou como referência a Audiência Pública que o STF realizou em 2009 a respeito da judicialização da saúde, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência.

» **Pouca menção ao CNJ:** a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante.

» **Pouca menção ao Fórum Nacional e aos Comitês estaduais:** a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante.

» **Tendência de utilização do NAT, especialmente nas capitais:** a maioria das decisões não fez menção ao NAT como uma estratégia para a atividade judicante em saúde, apesar de se observar nos dados uma tendência a sua utilização, especialmente nas capitais. [...] (CNJ, 2015, p. 42-43 – grifo nosso)

Dá análise do relatório da informação, em síntese, conclui-se que há predominância de demandas com aspectos curativos; individuais (microlitigação); deferimento de tutela de urgência, bem como a confirmação pelos tribunais; a maioria das decisões não observam as conclusões da audiência pública de 2009 do STF; a maioria não observam as recomendações do CNJ de como lidar com a judicialização ou citam referências de fóruns ou comitês de saúde, bem como não fazem menção aos Núcleo de Apoio Técnico. Tudo isso reflete a atuação judicial dos operadores do direito.

Para Barroso (2012, p. 24), a judicialização estabelece que algumas questões de ampla repercussão política e social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e o fenômeno resulta de três causas: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o amplo sistema de controle de constitucionalidade do país.

A primeira causa é a redemocratização do país, haja vista que, com a reinstituição do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário se fortaleceu, bem como intensificou o seu papel de decidir ao aplicar a Constituição e as demais leis. Isto porque, com a democracia e o exercício da cidadania, as pessoas passaram procurar os órgãos jurisdicionais para tutela de seus direitos contidos na Constituição de 1988. Outrossim, as instituições, tais como o Ministério

Público e a Defensoria Pública também se fortaleceram, alargando a presença na proteção dos interesses da sociedade. Por tudo isso, conclui-se que a redemocratização foi fundamental na expansão do judiciário e o aumento na demanda por justiça social, o que evidentemente contribuiu para a judicialização da saúde. (BARROSO, 2012, p. 24)

A segunda causa é a constitucionalização abrangente, originada pelo forte positivismo na Constituição de 1988, que estabeleceu normas que antes se limitava ao processo político e a lei ordinária. E por ser analítica, a Lei-Maior se completou por transformou a política em direito, originando pretensões jurídicas exigíveis a partir da provocação jurisdicional, seja na tutela de direitos individuais ou coletivos. (BARROSO, 2012, p. 24)

Por fim, a terceira causa de judicialização que é definida por Barroso (2012, p. 24) é o sistema de controle de constitucionalidade abrangente que é adotado no país ao incluir o modelo americano e o europeu. No modelo americano o controle é incidental e difuso, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, o juiz no caso concreto pode deixar de aplicá-la. Já no modelo europeu, o controle por ação direta permite discutir determinadas matérias direito no Supremo Tribunal Federal (STF) mediante os legitimados no rol do art. 103 da Constituição de 1988.

Além dessas causas, há muitas outras que fomentam a judicialização da saúde no país, diversos são os motivos específicos que levam as pessoas e as instituições públicas (Ministério Público e Defensoria Pública) a demandarem as ações judiciais em desfavor dos entes públicos (União, Estado, DF e Municípios), dentre elas merece destaque: a deficiência ou insuficiência dos sistemas públicos de saúde e a falta de efetividade de políticas públicas no fornecimento de insumos e dos procedimentos de saúde. (VENTURA et al., 2010, p. 78)

3.3 A diferença entre a judicialização, o ativismo judicial e a autocontenção judicial

A judicialização e o ativismo judicial são institutos distintos e, portanto, é prudente diferenciá-los. No primeiro caso o fenômeno tem origem do modelo constitucional adotado pela Constituição de 1988, já o ativismo judicial há a extração máxima das potencialidades do texto da constituição. (BARROSO, 2012, p. 25)

Segundo Barroso (2012, p. 25) os magistrados decidem, pois, fazendo parte dos órgãos do judiciário é a atribuição que a Lei-Maior lhes compete realizar. Fato é que judiciário decide porque lhe cabe fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer e decidir a matéria.

De outro giro, o ativismo judicial se manifesta pela atuação proativa do magistrado ao interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Contudo, a intensa participação

do judiciário na aplicação das normas constitucionais, aventura o judiciário a uma situação que possa interferir em competências e nas atribuições constitucionais dos poderes de representação popular, o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2012, p. 25)

Conforme Lazari (2012, p. 97) a discussão precípua do ativismo reside essencialmente na possibilidade de implantação pelo Poder Judiciário dos direitos sociais, os quais possuem cunho programático, ou seja, normas que estabelecem meta a ser cumprida pelo Estado. Esta discussão gera divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois há quem diga que o direito à saúde são normas de caráter programático e há outros que são as normas plenamente aplicáveis, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Para explicar o ativismo, Barroso cita os seguintes exemplos:

a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação a Constituição c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público notadamente em matéria de políticas públicas. (2012, p. 26)

Por fim, a autocontenção judicial é o oposto do ativismo, pois, neste caso o judiciário ao decidir uma demanda se abstém de interferir na competência ou atribuição dos outros poderes. Pela ideia de autocontenção, os juízes e tribunais evitam aplicar de maneira direta as normas constitucionais nos casos em que não carecem de sua incidência, e usam critérios mais rígidos na declaração de inconstitucionalidade, bem como não interferem na definição de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 26)

3.4 O controle das políticas públicas de saúde pelo judiciário

Em relação ao controle judicial de políticas de saúde, a grande crítica que se situa no próprio art. 196 da Constituição de 1988 ao estabelecer que o direito à saúde é dever do Estado e que ele deve ser garanti-la mediante a execução de “políticas sociais e econômicas”. Observa-se que, por uma visão restrita ao artigo, ele não deixa possibilidade à concretização do direito a saúde mediante de decisões judiciais. (BARROSO, 2009, p. 44)

Um das causas que impede a efetivação de políticas de saúde pelo Estado recorrentemente é obstada pela atuação discricionária dos agentes públicos, que procrastinam a concretização desse direito sob o argumento da “oportunidade” e “conveniência”. (DANIEL, 2011, p. 3)

Para Fonte (2015, p. 196) o processo político na definição de políticas públicas deve ser prioritário, no sentido de que cabe aos poderes, legislativo e executivo, promover e executar políticas públicas de saúde por deterem os meios técnicos e democráticos, o que não se sustenta na esfera de atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Fonte assevera:

Permitir que o judiciário assuma, em caráter primário, a condução de decisões políticas coletivas – qualquer que seja a sua natureza – é suprimir, em primeiro plano, o direito a igualdade de participação ínsito às democracias, o que por si só é gravíssimo, e contribuir para que soluções pontuais prevaleça sobre soluções coletivas, de maneira contrária aos conteúdos básicos do princípio da separação dos poderes. [...] (2015, p. 197)

Segundo Daniel (2011, p. 8), a discricionariedade pode servir de suporte a condutas arbitrárias do agente que ao utilizar critérios subjetivos de oportunidade e conveniência, pode deixar de atender finalidades sociais e os princípios da Administração, lesando outros interesses constitucionalmente importantes e necessários. Neste cenário, o direito à saúde mais uma vez é tido como norma programática, em razão de outras prioridades da Administração Pública.

Dito isso, assevera Daniel (2011, p. 14) que o agente público ao realizar uma escolha que não há referência aos princípios constitucionais ou ultrapassa o limite da discricionariedade, sua conduta não será de discricionariedade, mas sim de arbitrariedade, razão pela qual o Poder Judiciário ao ser provocado, está autorizado a intervir. Nesse sentido, Daniel explica:

Nessa ordem de considerações, os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa revelam-se (i) na arbitrariedade por ação, situação em que o agente público ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, optando por solução sem lastro em regra válida ou desviando-se da finalidade constitucional-legal; e (ii) na arbitrariedade por omissão, hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce de forma insuficiente. Nessa segunda modalidade igualmente patológica, o (não) comportamento do agente estatal traduz-se como descumprimento das diligências impositivas. Tanto numa quanto noutra situação deverá ocorrer o controle pelo Judiciário. (2011, p. 14)

Em relação as políticas públicas de saúde não se diferem, pois, quando não atendidas pelo ente público, nos termos da Constituição de 1988, o controle de políticas públicas estará autorizado. Mas isto não implica na judicialização invasiva, que fere o mérito administrativo pautado na oportunidade e conveniência, mas o dever de coibir o demérito, tanto demonstrado no excesso arbitrário ou pela omissão contrária a norma jurídica (DANIEL, 2011, p. 14-15).

Uma das causas que muitos sustentam a impropriedade da atuação judicial no controle de políticas públicas de saúde é a legitimidade democrática, de modo que o Poder Judiciário estaria retirando dos demais poderes legitimados pelo voto popular o poder de decisão de como os recursos devem ser gastos. (BARROSO, 2009, p. 44).

Neste cenário de controle judicial de políticas públicas de saúde, a sua legitimidade é constitucional e prevista no art. 5º, inciso XXXV da Carta Política de 1988 o qual o legislador constituinte inseriu que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. E, portanto, ao ser provocado nessas condições o judiciário estará legitimado a intervir. (DANIEL, 2011, p. 15)

Ademais, o Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF de Rel. Ministro Celso de Mello, que apesar da superveniente perda de seu objeto, não se esquivou de julgar a controvérsia, firmando o entendimento de que o judiciário possui legitimidade constitucional para o controle de políticas públicas de saúde. (GRINOVER, 2010, p. 15)

Neste sentido, decidiu o Ministro Celso de Mello:

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. [...] (STF, ADPF nº 45 MC/DF, DOU 04.05.2004)

Observa-se que a atuação jurisdicional é legitimada por uma disfunção política e não atividade política, sendo a princípio, o que diferencia os poderes é a sua legitimidade, ou seja, por exercerem a sua legitimidade mediante a representação popular (executivo e legislativo), ou pela Constituição e as leis (poder judiciário e demais instituições de garantias dos direitos fundamentais, como o Ministério Público). (DIDIER FR, ZANETI JR e OLIVEIRA, 2012 p. 58-59)

Todavia, tratando de políticas públicas de saúde, o controle pelo judiciário deve ser otimizado com devido rigor jurídico, não podendo juízes e os tribunais movidos pela compaixão social, concederem tratamentos médicos no exterior e medicamentos não incluídos na lista da Anvisa ou não padronizado pelo SUS ou de alto custo, sem antes considerar o impacto de suas decisões no orçamento público, dos riscos ao demandante e a inviabilidade na concretização de outras políticas ou aquelas já fixadas pela Administração. É muito comum decisões judiciais de demandas individuais que permitem a pessoa “furar a fila” do SUS em prejuízo de outras que aguardam em iguais situações delicadas à espera do mesmo tratamento. (DANIEL, 2011, p. 23)

Por outro lado, Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2012 p. 56-61) salientam que o controle judicial de políticas públicas não se deve dar somente quando há ofensa ao Princípio do Mínimo Existencial, pois, a obrigação do Estado Democrático de Direito é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo.

3.5 O Princípio da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Ao tratar de judicialização é imprescindível fazer referência a duas teses jurídicas tema de grandes debates, por magistrados, desembargadores, procuradores da União, Estado, DF e Municípios, os procuradores do Ministério Público, da Defensoria Pública, os advogados, doutrinadores e os próprios gestores da Administração (Secretários de Saúde, Prefeitos), têm-se, portanto, os limites instituídos na Reserva do Possível e no Mínimo Existencial.

A Reserva do Possível e o Mínimo Existencial são institutos em via de mão dupla entre a relação do Estado e o indivíduo. De um lado está a população que diz ao Estado que carece de determinados direitos e do outro lado, encontra-se o Estado, o qual sustenta que não possui recursos suficientes para custeá-los, sem prejuízo da coletividade. (LAZARI, 2012, p. 52-53)

De modo geral, o Estado ao deixar de cumprir os deveres que constitucionalmente lhes são incumbidos faz com que a população passe reivindicar em Juízo direitos que lhes garantem ao menos o mínimo necessário à subsistência, ainda que o custo na concretização desse direito não esteja previsto no orçamento público. (LAZARI, 2012, p. 53)

3.5.1 A Reserva do Possível: seu surgimento, conceito e a natureza jurídica

A Reserva do Possível (Der Vorbehalt dês Moglichen) passou a ser alegada a partir da década de 1970 no Tribunal Constitucional alemão ao tratar das possibilidades materiais ou

financeiras do Estado na prestação de direitos sociais, tendo em vista a dependência de recursos públicos para a concretização das prestações. (FERNANDES, 2012, p. 591)

Especificamente, o instituto foi alegado pela primeira vez em 18 de julho de 1972, via de controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE 33, 303 alemão, em resolução a duas lides apresentados pelo Tribunais Administrativos de Humberg e da Baviera, que tinham como objeto a admissão de estudante para o curso de medicina humana nas universidades de Humberg e da Baviera, no qual o Estado, nos anos 1969 e 1970. (LAZARI, 2012, p. 69)

No caso supracitado, diante de aumento do número de estudantes nas universidades da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal se posicionou no sentido de que a admissão para determinados curso poderia ser restringida, tendo em vista a limitada capacidade de absorção da universidade. Esta limitação foi nominada de “*numerus clausus*”, compreendida na limitação do número de vagas para o ensino superior, devido à falta estrutura e orçamento para efetivação do direito ao acesso as universidades. (LAZARI, 2012, p. 70-71)

O instituto da Reserva do Possível, conforme Lazari (2012, p. 58) é conceituado como “a limitação argumentativa-fática à implementação dos direitos constitucionalmente previstos em razão da insuficiência de receitas orçamentárias para tal”.

Em relação a natureza jurídica da Reserva do Possível, segundo Lazari (2012, p. 62-68) embora exponha em sua obra cinco possibilidades que poderiam implicar a natureza jurídica da reserva⁶, para o autor predominou seu entendimento de que a Reserva do Possível há de ser vista como um princípio, por possuir uma eficácia casuística ao ser aplicada em um determinado caso concreto.

Neste sentido, explica Lazari:

Trocando em miúdos, significa dizer que nem sempre se dará ao Estado a desejada opção de usar a reserva como clausula negatória indiscriminada (como tem o Estado almejado, na pratica) nem ao indivíduo será dado o caminho livre de ter permissivo constitucional social que, como mencionado no início do capítulo, se encontra em profundo processo de transformação dado seu visível fracasso. (2012, p. 68)

Infere-se que a Reserva do Possível possui natureza jurídica principiológica, tendo em vista que em determinados casos concretos possa prevalecer e sucumbir em outros, ou seja, nem sempre o Estado poderá se valer da reserva para lhe afastar eventual ônus, bem como nem sempre o indivíduo será dado o trajeto livre na tutela do direito social. (LAZARI, 2012, p. 68)

⁶Lazari (2012, p. 60-68) em sua obra faz uma análise da natureza jurídica da Reserva do Possível através de cinco vertentes: regra, valor, metanorma, condição de realidade e princípio.

3.5.2 A Reserva do Possível como exclusiva matéria de defesa do estado, o ônus da prova e a alegação excepcional pelo Estado

Vale destacar que a alegação do Princípio da Reserva do Possível é matéria exclusiva de defesa do Estado, pois, a Administração é incumbida à efetivação das normas constitucionais e prestacionais dos direitos fundamentais. De sorte ao indivíduo, o ônus da prova é exclusivo ao Estado, cabendo a ele, portanto, demonstrar a falta, a limitação ou a afetação dos recursos para a efetivação de um direito fundamental sem afete a coletividade. (LAZARI, 2012, p. 58)

De tal modo, cabendo ao Estado alegar a situação que enseja a reserva, não há que se falar em qualquer hipótese de inversão ou distribuição de dinâmica do ônus da prova, contidas na legislação processual. (LAZARI, 2012, p. 59)

Em que pese a Administração utilizar a Reserva do Possível em defesa como uma tese genérica aplicável para “todos os casos”, tem-se que o princípio é matéria de alegação excepcional. O Estado não pode usá-lo a toda e qualquer demanda judicial em que for parte no polo passivo para afastar-lhe a condenação, mas somente aquelas em que fielmente comprovada o inacessível pelo orçamento público ou o concreto prejuízo à coletividade, sob pena de tornar-se um mecanismo para a ofensa aos direitos fundamentais. (LAZARI, 2012, p. 59-61)

3.5.3 A dimensão tríplice da reserva do possível

Segundo Sarlet e Figueiredo (2008, p. 17) o Princípio da Reserva do Possível possui dimensão tríplice, que pode ser observado pelas seguintes determinantes: (i) a disponibilidade de recursos para a concretização dos direitos; (ii) a possibilidade jurídica de dispor dos recursos materiais e humanos, uma vez que eles são vinculados a receitas e competências federativas, tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e (iii) proporcionalidade da prestação que se postula, bem como a razoabilidade.

Conforme destaca Wang (2008, p. 541) para os autores supra o Princípio da Reserva do Possível não coloca barreiras ao judiciário para tutelar e efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas sim que impõe que este deve agir responsabilidade ao aplicar o princípio no caso concreto.

3.5.4 O Mínimo Existencial: o seu surgimento, o conceito e a natureza jurídica

O Princípio do Mínimo Existencial tal como o da Reserva do Possível, teve sua origem na Alemanha no início da década de 1950 pela construção do Tribunal Federal Administrativo, encontrando seu ápice ano de 1990, já na Corte Constitucional, por uma idealização do jurista Paul Kirchhoof. Em seu turno, no Brasil foi apresentado pelo jurista, Ricardo Lobos Torres, ao final da década de 1980. (LAZARI, 2012, p. 91-92)

Em linhas gerais, Lazari (2012, p. 92) conceituou o Mínimo Existencial como sendo o conjunto das condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada, definição que diz ser simplória e proposital para melhor compreensão do princípio.

No tocante à natureza jurídica do Mínimo Existencial, segundo Lazari (2012, p. 84-85) embora relate em três possibilidades que poderiam implicar a natureza jurídica do mínimo⁷, para o autor, o Mínimo Existencial também deve ser visto como princípio, devido ao fato de ter eficácia casuística, ou seja, de ser verificado no caso concreto.

Segundo Leivas (2006, p. 131) apud, Fernandes (2012, p. 590) o marco de afirmação do Mínimo Existencial no Brasil foi o julgamento da ADPF 45 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na qual o Rel. Ministro Celso de Mello, expôs o mínimo e os critérios para identificar sua proteção pelo meio do binômio da razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira.

Neste sentido, relevante trazer à baila o trecho do teor da decisão:

[...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos

⁷Lazari (2012, p. 60-68) em sua obra faz uma análise da natureza jurídica da Reserva do Possível através de cinco vertentes: regra, valor e princípio.

componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele **núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico** -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...] (STF, ADPF 45 MC/DF, DOU 04.05.2004 – grifo nosso)

Da análise da decisão, o Min. Celso de Mello estabelece requisitos a serem observados pelo judiciário para que intervenha no controle de políticas públicas, sendo eles: o limite fixado pelo Mínimo Existencial garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira a tornar efetivas as prestações reclamadas. (GRINOVER, 2010, p. 18)

3.5.5 O Princípio do Mínimo Existencial como alegação pelo particular em face do estado

Ao contrário da Reserva do Possível, cuja alegação compete ao Estado, é comum que o Princípio Mínimo Existencial seja mais alegado pelo particular ao demandar em Juízo, por exemplo, a tutela do direito fundamental à saúde, todavia, não basta somente alegar, haja vista a necessidade de comprovar a carência ao conteúdo do mínimo. (LAZARI, 2012, p. 92-93)

De outro giro, o Princípio Mínimo Existencial é possível de ser alegado por instituições públicas, por exemplo, o Ministério Público na defesa de interesses difusos ou coletivos (art. 129 da CF)⁸. Nada impede a tutela do direito à saúde por uma ação civil pública postulada contra o Estado (União, Estado, DF e Municípios), alegando, em seu teor o mínimo social na efetivação desse direito, sendo mecanismo mais viável do que uma ação individual, conforme será doravante discorrido sobre o processo estrutural.

⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Sobre a inversão do ônus da prova, a simples alegação do Mínimo Existencial não estará apta a inverter o ônus da prova para o Estado, pois, ao menos necessita de indícios de sua caracterização no caso concreto, combinado de bons argumentos a convencer o julgador afastar a alegação do Estado quanto a reserva do possível. (LAZARI, 2012, p. 92-93)

Outrossim, o fato de julgador acolher a tese da Reserva do Possível, não obriga que o particular comprove que o caso sob julgamento não é de aplicação da reserva, porque o instituto da Reserva do Possível, como já dito antes, não comporta a inversão do ônus da prova ou sua distribuição dinâmica. (LAZARI, 2012, p. 92-93)

3.5.6 O Mínimo Existencial e o seu reconhecimento de ofício pelo juiz

De modo geral, o Princípio do Mínimo Existencial é alegado pelo particular em sua petição inicial e se refere a um direito social para a sua subsistência, a partir da demonstração de fatos, o qual se admite prova pré-constituída. Segundo Lazari (2012, p. 96) não é prudente que o magistrado reconheça o Mínimo Existencial de ofício, isto porque trata se de instituto que possui grande divergência na doutrina, implicar numa escolha subjetiva do julgador. Por outro argumento, o reconhecimento de ofício pelo magistrado representa uma antecipação do mérito a favor do pedido do demandante e conseqüentemente o afastamento de plano e sem análise profunda da Reserva do Possível alegado pelo Estado.

Além disso, em face da atual realidade do judiciário em que há uma enorme carga de ações sociais em detrimento de um generalizado cenário de insuficiência estatal, permitir que o juiz reconheça de ofício o Princípio da Mínimo Existencial poderia levar o orçamento estatal a crise e na possibilidade de incorrer no ativismo judicial (LAZARI, 2012, p. 96-97)

Por outro lado, tem-se que o reconhecimento do Mínimo Existencial é de matéria de mérito, não podendo o juiz fazê-lo de ofício, pois, o ordenamento jurídico pondera que matérias de mérito não sejam reconhecidas de ofício devido ao risco de alguém que não necessite da tutela ser favorecida indevidamente. Contudo, segundo o autor, em casos excepcionais, o princípio poderá ser reconhecido de ofício pelo juiz, desde que evidente a necessidade do indivíduo para a sua subsistência, seja pela sua situação de miséria, saúde em risco, pela fome, pelo estado familiar crítico, dentre outras situações que ofendem os direitos fundamentais e o que autoriza o ativismo, através dos critérios mais objetivos possíveis. (LAZARI, 2012, p. 100-103)

3.6 O princípio da igualdade e as decisões em demandas individuais

Para Bessa e Aguiar (2017, p. 390) as demandas individuais de saúde, ao concederem medicamentos não incorporados pelo SUS afrontam o princípio da igualdade, haja vista que privilegia uns poucos em detrimento de muitas pessoas.

Como já dito o acesso igualitário aos serviços de saúde implica dizer que não se admite atendimento privilegiado, ou seja, que pessoas na mesma situação clínica devem receber igual atendimento, inclusive no que se refere aos recursos utilizados. (ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2010, p. 512)

Para realçar essa análise, a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde (MS) apresentou ao Tribunal de Contas da União (TCU) o Relatório de Gestão de 2015, informando que o orçamento do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) executado em gastos com medicamentos no exercício de 2015 com vistas à garantia do acesso aos medicamentos de aquisição centralizada (orçamento nacional), transferência de recursos via fundo a fundo (orçamento regionalizado) e pagamento de ações judiciais de R\$ 1.032.907.000,00 (Um bilhão, trinta e dois milhões e novecentos e sete mil reais).(SCTIE, 2016, p.111)

Tabela 1 - estratificação do orçamento do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica executado em 2015.

Ação	Total
Orçamento (lei + crédito)	R\$ 5.867.474.795,00
Orçamento CEAF	R\$ 4.242.937.096,50
Medicamento oncológicos*	R\$ 591.630.698,50
Judicialização	R\$ 1.032.907.000,00

* Orçamento do CEAF utilizado para aquisição centralizada de oito medicamentos antineoplásicos como parte de apoio à Política Nacional de Combate e Prevenção do Câncer.

Fonte: Relatório de Gestão 2015 da SCTIE, 2016.

Os julgados a seguir têm por objeto fornecimento pelo Estado de fármaco de alto custo não padronizado pelo SUS a único paciente. No primeiro exemplo, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu provimento do recurso do ente público, com fundamento no dos “custos dos direitos” e no “princípio do acesso igualitário”. Neste sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DOENÇA RARA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. ALTÍSSIMO CUSTO. PREVISÃO DE INFRAÇÃO PENAL. 1. O agravado, paciente de 29 anos de

idade, portador de hemoglobínúria paroxística noturna (HPN), pleiteia o fornecimento do medicamento ECULIZUMAB, cujo nome comercial é SOLIRIS®, sendo este "medicamento órfão" (que trata de doenças graves e raras). 2. O referido medicamento não se encontra disponível na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, tampouco possui registro na ANVISA, o que de início já seria um empecilho à determinação pelo Poder Judiciário ao seu fornecimento, nos moldes dos artigos 19-M, 19-P, 19-Q e 19-R e 19-T, todos da Lei nº 8.080/90, além de ir de encontro à orientação firmada no enunciado nº 6 da I Jornada de Direito da Saúde, como também às considerações feitas pelo i. Min. Gilmar Mendes no julgamento das suspensões de tutela antecipada nos 175 e 178. 3. O art. 12 da Lei 6.360/762, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, proíbe que os fármacos, inclusive os importados, sejam entregues a consumo antes do registro e, para tanto, devem os mesmos ser reconhecidos como seguros e eficazes para o uso a que se propõem (art. 16, II, da Lei 6.360/76) e, quanto aos importados, deve haver comprovação de registro no país de origem (art. 18 da Lei 6.360/76). Tal determinação pretende resguardar e proteger a saúde dos pacientes, garantindo a segurança e eficácia do medicamento. 4. A entrega a consumo de medicamento sem registro no órgão de Vigilância Sanitária constitui infração penal prevista no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, com a gravíssima pena de reclusão de 10 a 15 anos e multa. 5. Se o Ministério da Saúde não recomenda a padronização do medicamento, não aprovado pela Anvisa, "que devido às limitações de 1 evidências de eficácia, da escassez de dados de segurança, do alto custo do medicamento", não cabe ao Judiciário relegar a não-recomendação e impor a dispensação, à custa de outros tratamentos incluídos em políticas públicas. **6. Trata-se de medicamento de altíssimo custo, talvez um dos tratamentos mais caros atualmente, havendo menção na inicial do agravo a gastos de milhões de reais. Como "direitos não nascem em árvores" (Flávio Galdino) e os orçamentos são limitados, a dispensação de medicamento não incluído em política pública representa a não aquisição e prestação de outros que atendem melhor às necessidades-possibilidades da sociedade, conforme os estudos técnicos dos órgãos próprios e, por isso, já incorporados ao sistema de saúde. Por isso, a ponderação cabível é: "O que está em jogo é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros".** 7. O art. 196 da Constituição Federal é expresso: "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", **mas o acesso universal e igualitário não se faz por decisões judiciais que assegurem tratamentos individuais de altíssimo custo, sem efetivo reconhecimento de custo-efetividade, em detrimento de políticas públicas já insuficientes.** 8. **Conclui-se que o deferimento de liminares em casos semelhantes ao presente, beneficiando apenas um indivíduo, prejudica a formulação de políticas públicas aptas a englobar todos os portadores de doenças raras, como também compromete ainda mais o já limitado orçamento da União.** 9. Recurso provido. (AG 00050643720164020000, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, 7ª Turma Especializada, data de decisão: 01.08.2016, disponibilização: 26.08.2016 – grifo nosso)

De outro giro, neste segundo julgado que trata do mesmo medicamento e estado clínico do paciente a decisão foi favorável ao demandante, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. REGISTRO NA ANVISA. NECESSIDADE DO FÁRMACO PARA A **SOBREVIDA DO PACIENTE**. 1. O direito à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, tem sabidamente status de direito fundamental, possuindo estreita ligação com os direitos à vida e à dignidade humana. Desse modo, a interpretação a se extrair da leitura harmoniosa da Constituição é de que é dever do Estado garantir aos indivíduos o direito à vida digna, sendo a saúde um bem extremamente essencial para o alcance deste objetivo. Nesse contexto insere-se o direito ao fornecimento de medicamentos para o tratamento de doença, visando proporcionar ao enfermo a possibilidade de cura ou de melhora a fim de garantir a dignidade de sua condição de vida. 2. O fato de o medicamento solicitado não possuir registro na ANVISA, por si só, não constitui óbice ao seu fornecimento, ainda mais se considerar que este mesmo órgão permite a importação de medicamentos controlados sem registro no país por pessoa física. **3. Não cabe ao Judiciário avaliar se o medicamento pleiteado é ou não melhor à saúde do paciente do que os demais fármacos existentes no mercado. 4. Havendo prescrição médica acompanhada de relatório justificando a necessidade do remédio, ao Judiciário cumpre o dever de determinar o fornecimento do medicamento a fim de fazer valer os direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade humana, os quais merecem interpretação e aplicação ampla, e não restrita.** No caso dos autos, embora o medicamento possa não curar a doença, certo é que pelo relatório médico apresentado pode-se ter certeza de que o fármaco é extremamente importante para a sobrevida da paciente. 5. Ressalta-se que o remédio pleiteado SOLIRIS (ECULIZUMAB) é liberado e comercializado na Europa e nos Estados Unidos, o que demonstra a sua segurança. **6. Agravo provido.** (AI 00189386220164030000, Des. Federal Antônio Cedeno – Tribunal Regional Federal 3ª Região – Terceira Turma, e-DJF3, data: 03/05/2017 – grifo nosso)

Pelas decisões supracitadas percebe-se que no judiciário há decisões conflitantes que configuram ofensa ao “princípio do acesso igualitário” previsto no art. 196 da CF⁹ e no art. 7, inciso IV da Lei nº 8.080/90¹⁰. Isto porque situações clínicas idênticas acabam não possuindo igual destino no julgamento. No primeiro julgado o demandante deverá se conformar com a decisão proferida com grande propriedade. Já no segundo caso a parte autora da ação terá o acesso ao medicamento à custo do Estado.

Para demonstrar o gasto com fármacos de alto custo por ações judiciais vide o ANEXO A – documento 2017NE800863 e o ANEXO B – documento 2016NE801751, constando

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

¹⁰ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; (BRASIL,1990)

informações retiradas do site do Portal da Transparência do Governo Federal sobre o pagamento efetuado pela modalidade de dispensa de licitação para cumprimento de decisões judiciais.

3.7 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): o impacto do julgamento do RE 566471/RN e o processo estrutural

O tema que gera tensão no judiciário é a excessiva judicialização da saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos de alto custo não incluídos nas listas de distribuição pelo SUS, que mediante ações individuais e fundadas no direito subjetivo à saúde as pessoas buscam no judiciário a tutela do direito, afrontando questões já debatidas: a legitimidade democrática, a escassez dos recursos e a ofensa ao princípio da igualdade ao privilegiar poucos em detrimento da coletividade.(BESSA e AGUIAR, 2017, p. 389)

Conforme já dito no início do capítulo, o direito à saúde é reconhecido pelo STF como um direito público subjetivo, que de certa forma legitima a sua judicialização devido à força de suas decisões que são observadas¹¹ em todo país por juízes e tribunais. (BESSA e AGUIAR, 2017, p. 383)

Neste cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos do RE nº 566471/RN, com repercussão geral reconhecida pôs em discussão a controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos de alto custo não incluídos nas listas do SUS. Contudo, houve no processo a perda superveniente do objeto da ação, pois o medicamento que se exigia foi incorporado ao SUS, situação que não impediu o Min. Marco Aurélio, pela grande repercussão, persistir que temática deveria ser julgada para impor limites à excessiva judicialização da saúde no país e resolver a controvérsia. (BESSA e AGUIAR, 2017, p. 392)

Não há como negar que eventual decisão a ser proferida no julgamento da controvérsia do RE 566471/RN terá impacto financeiro e que poderá comprometer a execução de políticas públicas de saúde. Nesse caso, tem-se que essa decisão e outras envolvendo a judicialização e o direito à saúde se apresentam como litígios difíceis e de soluções complexas, sendo, portanto, necessária a incorporação dos processos estruturais para a otimizar a atuação jurisdicional no Poder Judiciário.

¹¹ Art. 927 do CPC. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015)

Segundo Fiss (2008, p. 761) apud, Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2017, p. 48) um dos primeiros litígios estruturantes aconteceu nos Estados Unidos em 1954, no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, sobre o caso explicam os autores:

A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*. [...] Segundo Fiss, “O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso Brown, mas em tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático” [...]. (2012, p. 48)

No caso supracitado, a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana, tornou-se uma “decisão estruturante”, cujo fundamentos se expandiram no país e passaram a ser adotados em outros casos, bem como o Poder Judiciário daquele do país passou a adotar amplas reformas estruturais para atender os objetivos da constituição. (DIDIER JR, ZANETI JR e OLIVEIRA, 2017, p. 48)

No que se refere aos processos estruturais, Lucon apresenta o seguinte conceito:

Tal expressão designa os processos voltados à tutela de direito cuja atuação não se atinge por atos isolados ou por medidas estanques, pelo contrário, demandam diálogo e cooperação ao longo de todo o procedimento e a adoção de medidas flexíveis que podem ser alteradas de acordo com a modificação das circunstâncias fáticas. (2017, p. 12)

No Brasil, a previsão legal do processo estrutural está contida no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Conforme acentua Didier Jr et al, (2017, p. 48) uma decisão estruturante é que almeja alcançar uma reforma estrutural, em um ente, organização ou instituição, tendo como objetivo a concretização de direitos fundamentais, a realização de políticas públicas ou solucionar litígios complexos. Para tanto Lima (2015, p. 97-98) explica que o “litígio complexo não é aquele que

envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mais sim aquele que põe em rota de colisão de múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela”.

Nesse viés, a controvérsia do RE 566471/RN poderia preencher os aspectos de uma futura decisão estruturante, pois, (i) diz respeito a concretização de um direito fundamental, o direito à saúde (art. 6º e 196 da CF); (ii) invade à esfera de políticas públicas de medicamentos; e (iii) é um litígio complexo em que a colisão de múltiplos interesses sociais e a corroborar com isso o tema será julgado pela mais alta corte judicial do país e está pautado sob a sistemática do regime de repercussão geral, nos termos do art. 1.035, § 1º do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (BRASIL, 2015)

Por ter um caráter instrumental, o processo tem o dever de observar as necessidades do direito material postulado em Juízo, ou seja, a possibilidade de adaptá-lo a controvérsia, a firme de evitar que se torne uma decisão ineficaz. Isto porque, não é possível formar um único modelo de processo a satisfazer todos dos direitos, pois, uma decisão que esteja limitada ao regramento processual tradicional não se torna capaz de legitimar a decisão do julgador aonde se exige a participação da sociedade. (LUCON, 2017, p.13)

Para Lucon (2017, p. 13) utilizando o processo estrutural o magistrado fica legitimado a decidir sobre políticas públicas, pois nele há maior participação das partes e da sociedade, os quais podem fornecer informações mais concretas e atuais sobre as políticas já implantadas ou a receita orçamentaria existente para aferir os limites da medida judicial.

Dessa forma, Lucon conclui o raciocínio:

[...] o Poder Judiciário não pode inviabilizar as atividades da administração, por isso, indispensável que toda a decisão judicial nessa matéria seja informada sobre eventuais programas da administração para a política pública em questão e sobre a receita orçamentaria disponível. (2017, p. 14)

Com isto, permite-se dizer que nos processos estruturais sempre há a necessidade de colaboração das partes envolvidas e da sociedade, priorizado o diálogo contínuo entre elas e o juiz que julgará a controvérsia, uma vez que o processo estrutural exige soluções prospectivas, ou seja, com visão voltada os efeitos futuros daquela decisão, e para isso o magistrado necessita

ter em mãos informações técnicas sobre as especificidades do objeto da ação, que vai além das normas jurídicas para formação de seu convencimento. (LUCON, 2017, p. 14-15)

Segundo Lucon (2017, p. 14) o processo estrutural está interligado com o princípio da colaboração contido no art. 6 do Código de Processo Civil de 2015, dispõe:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015)

Desse modo, no processo estrutural constitui-se a espécie de “contraditório ampliado” identificado pela participação social (partes, interessados e a sociedade) no litígio, exigindo o diálogo e colaboração. Isto possibilita que o magistrado possua elementos mais suficientes para o seu convencimento, bem como atribui maior legitimidade a sua decisão judicial. São alguns exemplos de participação social no processo estrutural: a realização de audiências públicas sobre a controvérsia e a participação do *amicus curie*¹² (LUCON, 2017, p. 15).

Por derradeiro, segundo Lucon (2017, p. 15) em um determinado o processo estrutural do exige do julgador que profira decisões bem fundamentadas, fala-se para tanto, em “atividade de justificação complexa”, pois, caso contrário, a decisão tornar-se arbitrária e maculada pelo subjetivismo.

¹² Art. 138 do CPC. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. (BRASIL, 2015)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como objetivo a reflexão sobre o direito fundamental à saúde e a judicialização da saúde pública no Brasil sem a intenção de exaurir o tema. Desse modo, conclui-se que:

O direito à saúde é um direito fundamental social que pertence a segunda geração de direitos, que teve seu nascimento no Século XX da passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. A saúde é um bem jurídico essencial à pessoa humana e sua proteção confere dignidade à pessoa, pois, hoje em dia, a saúde não se restringe à ausência de enfermidades, mas abrange o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo, estando ligada a outros fatores determinantes à sua preservação, como uma boa alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. No âmbito internacional a saúde se destacou com a criação da OMS e OIT, e pela previsão em documentos que lhe conferiu reconhecimento internacional, sendo alguns deles: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais.

No Brasil, a Constituição de 1934 teve papel importante no primeiro passo à inserção dos direitos sociais e do direito à saúde, inclusive fez menção a sua proteção no art. 10, II da CF/34, atribuindo competência à União e aos Estados para o “cuidado da saúde, da assistência pública e zelar pela aplicação das leis sociais”. Todavia, a partir da Constituição de 1988 é que o direito à saúde ganhou ampla proteção social no país, uma vez que a Lei-Maior a inseriu como um direito fundamental social no art. 6º, atribuindo-lhe aplicação imediata no art. 5º, parágrafo único, bem como determinou no art. 196 que 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”. E para dar execução à proteção desse direito, a Constituição de 1988 criou o Sistema Único de Saúde (SUS) constituído pelas ações e serviços públicos de saúde promovidos pelo Estado no âmbito das esferas públicas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e tudo isso sob a sistemática da Seguridade Social.

Nesse passo, o acesso universal impõe que os serviços de saúde devem ser prestados a todos sem distinções, e deve ser igualitário, pois não admite atendimento privilegiado, ou seja, que pessoas em situações clínicas idênticas devem receber igual tratamento. Para atender a esses princípios da saúde, o direito à saúde deve ser concretizado mediante a execução de políticas públicas, ou seja, pela ação precípua da Administração para concretização do direito à saúde

para que possa atender com isonomia interesses individuais ao promover ações coletivas, atendendo às prioridades por intermédio de escolhas técnicas e acompanhadas pelo juízo de oportunidade e conveniência do Poder Público.

Diante dos gastos que envolve a efetivação dos direitos, sobretudo o direito à saúde, seja por políticas públicas, ou mais custosa, pela conjuntura atual da judicialização, tem-se que todos os direitos fundamentais são custosos, sejam eles direitos individuais da primeira geração ou sociais da segunda geração, todos exigem prestações positivas do Estado, pois se há um litígio, as pessoas recorrem ao Poder Judiciário para solucioná-lo, o qual se torna uma estrutura custosa que atende as demandas judiciais. Para melhor demonstrar essa realidade o Judiciário em 2016 somou uma despesa total de R\$ 84,8 bilhões de reais na administração da justiça e o custo mensal de R\$ 411,73 por habitante, conforme o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Por esse raciocínio afasta-se por completa a clássica distinção de direitos negativos e positivos, uma vez que enquanto todos eles necessitarem da atuação do judiciário serão positivos e prestacionais, inclusive os de liberdades.

Dessa forma os custos das instituições estão longe de serem pequenos e os aplicadores do Direito não devem despreza-los, pois, são muitos que utilizam das normas constitucionais para conferir uma eficácia irrestrita aos direitos. E isto já foi visto em muitos julgados do STF, que sustentavam a tese de que o interesse financeiro era secundário como critério a justificar a sobreposição do direito à saúde em lides individuais. Essa comparação não se satisfaz, pois, os direitos necessitam das possibilidades orçamentárias concretas para serem efetivados.

O direito à saúde e todos os outros direitos dependem dos limites materiais do Estado, pois os recursos são escassos, colocando o agente público a fazer escolhas que muitas vezes a escolha de uma opção causará o sacrifício de outras. Trata-se de escolhas trágicas instituídas pela escassez dos recursos financeiros públicos que impede a realização das finalidades sociais do estado. Se os recursos públicos realmente fossem infinitos a nenhum dos entes públicos (União, Estados, DF e Municípios) necessitaria de propostas orçamentárias, gastasse o dinheiro público como quiser! Conscientizar-se sobre os custos dos direitos também é impor limites aos poderes públicos e aos aplicadores do Direito.

Feitas essas considerações sobre o direito à saúde e os custos dos direitos chegamos às conclusões a respeito da judicialização da saúde pública no Brasil.

A judicialização da saúde pública no país revela a postura da sociedade de buscar no judiciário a tutela do direito à saúde, o que a princípio não há grandes problemas, pois, com a redemocratização do país, o judiciário se fortaleceu e ganhou maior credibilidade para a

sociedade na busca da justiça, somando-se a isto a forte tendência da Constituição de 1988 de transformar a política em direito.

Neste cenário, a situação gera tensão a partir do ponto em que a judicialização começa a colidir com temas tais como: reserva do possível; mínimo existencial; legitimidade; separação dos poderes; ativismo judicial, controle judicial de políticas públicas; a proteção de direitos individuais em detrimento da coletividade; ofensa ao princípio da igualdade.

Observou-se que o relatório “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência” do CNJ ao analisar processos de seis tribunais identificou a predominância: (i) do aspecto curativo; (ii) das demandas individuais (microlitigação) (iii) deferimento de tutelas antecipadas e confirmação pelo tribunal (iv) não observância as conclusões de audiência pública do STF (vi) não observância às recomendações do CNJ de como lidar com a judicialização da saúde pública. Percebe-se por essas constatações a postura peculiar jurisdicional que faz agravar ainda mais o problema da demasiada judicialização da saúde no país.

Aqui o magistrado ao enfrentar as demandas individuais, por sua formação é preparado para julgar os casos concretos (micro justiça), ou seja, de aplicar a lei, não possui conhecimentos técnico e científicos sobre o objeto e que pela atual participação social e de instrução probatória não são suficientes para saciar temas complexos, e por isso torna suscetível ao ativismo judicial, sobretudo por se sensibilizam aos fatos, o que lhe projeta uma postura proativa ao interpretar a constituição ao proferir a decisão judicial, por exemplo para a concessão ou não de determinado medicamento.

Em relação ao controle de políticas públicas de saúde pelo judiciário não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois, o polêmico tema já foi apreciado pelo STF na ADPF nº 45 MC/DF a qual sustentou diante da inércia dos poderes legitimados pela representação popular no cumprimento da Lei-Maior, confere-se ao judiciário a possibilidade de intervenção, cuja legitimidade é constitucional.

Na judicialização da saúde são confrontadas duas teses de grande debate no judiciário, trata-se da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, os quais traçam uma luta frequente nos tribunais, de um lado o Estado alegando a reserva alegando a insuficiência de recursos para atender o pleito judicial sem prejuízo da coletividade e de outro, o indivíduo postulando condições mínimas de subsistência. Ao apreciar o conflito de teses o magistrado deve se pautar nas provas oferecidas por ambas as partes, pois, se o Estado não conseguir comprovar a reserva, ou seja, a afetação aos recursos públicos a tese não merece guarida, e ao decidir sobre o mínimo também se subentende que são necessários indícios mínimos de prova para a consubstancie.

No tocante ao ajuizamento de demandas individuais para concessão de medicamentos de alto custo não incorporados às listas dos SUS, pela grande divergência de decisões nos tribunais há ofensa ao princípio do acesso e financiamento igualitário a saúde, pois, há situações clínicas idênticas que ao serem julgadas pelos tribunais a uma pessoa é proferida uma decisão favorável e a outra não. O tema, como já foi visto é de máxima complexidade, tanto é que foi reconhecida a repercussão geral no RE nº 566471/RN no STF por ser considerada a questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico que ultrapassa os interesses subjetivos do processo, cuja decisão final do STF terá efeitos sistêmicos para com a questão da judicialização da saúde no Brasil.

Propõe-se, portanto, para solução da judicialização da saúde no Brasil a incorporação do processo estrutural pelos juízes e tribunais, para possibilitar maior participação partes, de interessados e da sociedade em litígios complexos que versam a respeito do direito à saúde e da concretização de políticas públicas de saúde, sobretudo a incorporação pelo STF ao julgar o RE nº 566471/RN que poderia preencher os aspectos de uma decisão estruturante, pois, (i) reporta-se a concretização de direito fundamental, o direito à saúde (art. 6º e 196 da CF); (ii) invade à esfera de políticas públicas de medicamentos; e (iii) é um litígio complexo em que há colisão de múltiplos interesses sociais, que se justifica por ter sido reconhecida a sua repercussão geral, nos termos do art. 1.035, § 1º do Código de Processo Civil.

Portanto, os temas com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF) possui potencial de definir decisões estruturantes que imponha aos juízes e tribunais a observância de elementos do processo estrutura, dentre principais: *amicus curie*, audiências públicas, dialogo continuo entre partes e o juiz, contraditório ampliado, decisões prospectivas, a pôr fim ou minimizar a excessiva judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito previdenciário sistematizado**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: 01 de outubro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. (2009) **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigosjuridicos/detalhe-122.htm>> Acesso em: 07 de agosto de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 03 de setembro de 2017.

BESSA, Silvana Mara Queiroz; AGUIAR, Simone Coêlho. **O direito social à saúde e a atuação do poder judiciário: Limites na intervenção em políticas públicas de distribuição de medicamentos de alto custo**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 20, n. 31, 2017. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1964/1952>> Acesso em: 03 de outubro de 2017.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª Ed. São Paula: Malheiros Editores, 2011.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da**

pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Relatório de Gestão 2015. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde**, Brasília: 2016. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/23/SCTIE/relatoriogestao/RAG_SCTIE_2015.pdf> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 de julho de 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito**. In “Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico”. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2109166/mod_resource/content/1/BUCCI%20-%20O%20conceito%20de%20politica%20publica%20em%20direito.pdf> Acesso em: 03 de outubro de 2017.

CALABRESI, Guido; BABBITT, P. **Tragic Choices: The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources**. New York: Fels Center of Government, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, Edson Silva. **A judicialização da saúde como realização do direito à vida**. v. 28, n. 112, 2011. Disponível em: <<http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/130/129>> Acesso em: 06 de outubro de 2017.

DA UNIÃO, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral. **Portal da transparência. Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/despesasdiarias/empenho?documento=250005000012017NE800863>>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

DA UNIÃO, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral. **Portal da transparência. Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/despesasdiarias/empenho?documento=250005000012>>

016NE801751>Acesso em: 11 de outubro de 2017.

DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas.** O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: <http://veirano.com.br/upload/content_attachments/16/Discricionariedade_Administrativa_e_m_Materia_de_Politiclas_Publicas_2011_original.pdf> Acesso: 02 de outubro de 2017.

DE LIMA, Tatiana Vieira; RAMOS, Claudio. **Judicialização do direito à saúde.** Anais do Congresso Rondoniense de Carreira Jurídica, 2017. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/revista/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/97>> Acesso em: 23 de agosto de 2017.

DE LIMA, Tatiana Vieira; RAMOS, Claudio. **Judicialização do direito à saúde.** Anais do congresso rondoniense de carreira jurídica. Vol. 1. No. 01. 2017. Disponível em <<http://www.fcr.edu.br/revista/index.php/anaiscongressorondoniensecj/article/view/97/91>> Acesso em: 15 de outubro de 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Notas sobre as decisões estruturantes.** Civil Procedure Review, v.8, n.1: 46-64, jan., 2017. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf> Acesso em: 05 de outubro de 2017.

EM NÚMEROS, Relatório Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016: ano-base 2015.** Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 06 de julho de 2017.

EM NÚMEROS, Relatório Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016.** Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>> Acessado em: 06 de outubro de 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. **Curso de direito constitucional.** 4ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FISS, Owen. “Two models of adjudication”. In: DIDIER JR. Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** 2ª. ed. São Paulo:

Saraiva, 2015.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999

JAYME, Fernando Gonzaga (coord); LUCON, Paulo Henrique dos santos et al. **Inovações e Modificações do Código de Processo Civil – Avanços, desafios e perspectivas** 1ª Ed. Del Rey Editora: 2017.

LAZARI, Rafael José Nadim de; GARCIA, Bruna Pinotti. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Lei nº 6439**, de 1º de setembro de 1977. Brasília, DF: [s.n], 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF: [s.n], 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

_____. **Lei nº 8.689**, de 27 de julho de 1993. Brasília, DF: [s.n], 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2017.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2016. Brasília, DF: [s.n], 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz; ZANETTI JR, Hermes. **Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva**. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Salvador: Editora: Juspodvm, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. **A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 5, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a15>> Acesso em: 16 de outubro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RICCITELLI, Antônio. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4ª Ed. Barueri: Editora Manole, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. 2008. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16049457.pdf>> Acesso em: 02 de outubro de 2017.

SCLIAR, Moacyr. **"História do conceito de saúde."** *Physis* 17.1 (2007): 29-41. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/%0D/physis/v17n1/v17n1a03.pdf> > Acesso em: 02 de maio de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**, 2007. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/105309/2007_silva_jose_saude_trabalhador.pdf?sequence=1> Acesso em: 25 de agosto de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 10 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 566471-6 Rio Grande do Norte**. Disponível

em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>> Acesso em: 02 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará**. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em: 02 de julho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 Distrito Federal**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>> Acesso em: 22 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 3989 Piauí**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%283989%2ENUME%2E+OU+3989%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/jkf5bdo>> Acesso em: 12 de junho de 2017.

VON JHERING, Rudolf et al. **Bromas y veras en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas**. Madrid: civitas,1987.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2> > Acesso em: 15 agosto de 2017.

ANEXO A - 2017NE800863

Portal do Governo Brasileiro

Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

Portal da Transparência

GOVERNO FEDERAL

Perguntas frequentes | Contato | Glossário | Links | Manual de navegação

Acesso rápido

Você está em: Início » Detalhamento Diário das Despesas » **Detalhamento do Documento**

Detalhamento Diário das Despesas

Detalhamento do documento: 2017NE800863

DADOS BÁSICOS			
Fase:	Empenho		
Documento:	2017NE800863	Tipo de Documento:	Nota de Empenho (NE)
Data:	17/05/2017		
Tipo de Empenho:	GLOBAL	Espécie de Empenho:	Original
Órgão Superior:	36000 - MINISTERIO DA SAUDE		
Órgão / Entidade Vinculada:	36901 - FUNDO NACIONAL DE SAUDE		
Unidade Gestora Emitente:	250005 - DEPARTAMENTO DE LOGISTICA EM SAUDE - DLOG		
Gestão:	00001 - TESOURO NACIONAL		
Favorecido:	EX2590113 - MULTICARE		
Valor:	R\$ 135.622.538,30		

DADOS DETALHADOS				
Observação do Documento:	ATENDER DESPESAS COM SENTENCA JUDICIAL - 6.362 FRASCOS DE SOLIRIS 300MG AGRUPADA PROC ORIGEM: 2017DI00270			
Esfera:	2 - ORÇAMENTO DE SEGURIDADE SOCIAL	Tipo de Crédito:	A - INICIAL (LOA)	
Grupo da Fonte de Recursos:	1 - RECURSOS DO TESOURO - EXERCÍCIO CORRENTE			
Fonte de Recursos:	51 - CONTR.SOCIAL S/O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS			
Unidade Orçamentária:	36901 - FUNDO NACIONAL DE SAUDE			
Funcional Programática				
Função:	10 - SAUDE			
Subfunção:	303 - SUPORTE PROFILATICO E TERAPEUTICO			
Programa:	2015 - FORTALECIMENTO DO SISTEMA UNICO DE SAUDE (SUS)			
Ação:	4705 - APOIO FINANCEIRO PARA AQUISICAO E DISTRIBUICAO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTENCIA FARMACEUTICA	Linguagem Cidadã:	Excepcionais	
Subtítulo (localizador):	0001 - APOIO FINANCEIRO PARA AQUISICAO E DISTRIBUICAO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTENCIA FARMACEUTICA - NACIONAL			
Plano Orçamentário - PO:	0000 - APOIO FINANCEIRO PARA AQUISICAO E DISTRIBUICAO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTENCIA FARMACEUTICA	Autor da Emenda:	SEM EMENDA	
Categoria de Despesa:	3 - Despesas Correntes	Grupo de Despesa:	3 - Outras Despesas Correntes	
Modalidade de Aplicação:	90 - Aplic. Diretas (Gastos Diretos do Governo Federal)			
Elemento de Despesa:	30 - MATERIAL DE CONSUMO			
Processo Nº:	25000042000201764			
Modalidade de Licitação:	DISPENSA DE LICITACAO	Inciso:	04	
Referência da Dispensa ou Inexigibilidade:	ART24/04 LEI 8666/93			
Nº Convênio / Contrato de Repasse / Termo de Parceria / Outros:				
Detalhamento do Gasto				
Subitem da Despesa	Quantidade	Valor Unitário (R\$)	Valor Total (R\$)	Descrição
9 - MATERIAL FARMACOLOGICO	6.362	21.317,59	135.622.538,30	6362,00000 FRASCO 30,00 ML ECULIZUMABE, CONCENTRAÇÃO 10 MG/ML, FORMA FARMACÉUTICA SOLUÇÃO INJETÁVEL MARCA: SOLIRIS ITEM DO PROCESSO: 00001 ITEM DE MATERIAL: 000368694

DOCUMENTOS RELACIONADOS

Fonte 1 - Portal da Transparência do Governo Federal, 2017.

ANEXO B - 2016NE801751

Portal do Governo Brasileiro

Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

Portal da Transparência

GOVERNO FEDERAL

Perguntas frequentes | Contato | Glossário | Links | Manual de navegação

Acesso rápido

Você está em: Início » Detalhamento Diário das Despesas » **Detalhamento do Documento**

Detalhamento Diário das Despesas

Detalhamento do documento: 2016NE801751

DADOS BÁSICOS

Fase:	Empenho		
Documento:	2016NE801751	Tipo de Documento:	Nota de Empenho (NE)
Data:	04/08/2016		
Tipo de Empenho:	GLOBAL	Espécie de Empenho:	Original
Órgão Superior:	36000 - MINISTERIO DA SAUDE		
Órgão / Entidade Vinculada:	36901 - FUNDO NACIONAL DE SAUDE		
Unidade Gestora Emitente:	250005 - DEPARTAMENTO DE LOGISTICA EM SAUDE - DLOG		
Gestão:	00001 - TESOIRO NACIONAL		
Favorecido:	EX2590113 - MULTICARE		
Valor:	R\$ 1.231.297,56		

DADOS DETALHADOS

Observação do Documento:	ATENDER DESPESAS COM SENTENCA JUDICIAL. PACIENTE: MARIA DA PENHA DE OLIVEIRA PROC ORIGEM: 2016DI00644			
Esfera:	2 - ORÇAMENTO DE SEGURIDADE SOCIAL	Tipo de Crédito:	A - INICIAL (LOA)	
Grupo da Fonte de Recursos:	1 - RECURSOS DO TESOIRO - EXERCÍCIO CORRENTE			
Fonte de Recursos:	88 - REMUNERACAO DAS DISPONIB. DO TESOIRO NACIONAL			
Unidade Orçamentária:	36901 - FUNDO NACIONAL DE SAUDE			
Funcional Programática				
Função:	10 - SAUDE			
Subfunção:	303 - SUPORTE PROFILATICO E TERAPEUTICO			
Programa:	2015 - FORTALECIMENTO DO SISTEMA UNICO DE SAUDE (SUS)			
Ação:	4705 - APOIO FINANCEIRO PARA AQUISICAO E DISTRIBUICAO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTENCIA FARMACEUTICA	Linguagem Cidadã:	Excepcionais	
Subtítulo (localizador):	0001 - APOIO FINANCEIRO PARA AQUISICAO E DISTRIBUICAO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTENCIA FARMACEUTICA - NACIONAL			
Plano Orçamentário - PO:	0000 - APOIO FINANCEIRO PARA AQUISICAO E DISTRIBUICAO DE MEDICAMENTOS DO COMPONENTE ESPECIALIZADO DA ASSISTENCIA FARMACEUTICA	Autor da Emenda:	SEM EMENDA	
Categoria de Despesa:	3 - Despesas Correntes	Grupo de Despesa:	3 - Outras Despesas Correntes	
Modalidade de Aplicação:	90 - Aplic. Diretas (Gastos Diretos do Governo Federal)			
Elemento de Despesa:	30 - MATERIAL DE CONSUMO			
Processo Nº:	25000088180201640			
Modalidade de Licitação:	DISPENSA DE LICITACAO	Inciso:	04 Amparo: LEI 8666	
Referência da Dispensa ou Inexigibilidade:	ART24/04 LEI 8666/93			
Nº Convênio / Contrato de Repasse / Termo de Parceria / Outros:				
Detalhamento do Gasto				
Subitem da Despesa	Quantidade	Valor Unitário (R\$)	Valor Total (R\$)	Descrição
9 - MATERIAL FARMACOLOGICO	56	21.987,45	1.231.297,56	56,00000 FRASCO 30,00 ML ECLIZUMABE, CONCENTRAÇÃO 10 MG/ML, FORMA FARMACÉUTICA SOLUÇÃO INJETÁVEL MARCA: SOLIRIS ITEM DO PROCESSO: 00001 ITEM DE MATERIAL: 000368694

Fonte 2 - Portal da Transparência do Governo Federal, 2017.