

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

LÍGIA ARRUDA DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO PELA VIA JUDICIAL**

**SANTA RITA
2018**

LÍGIA ARRUDA DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO PELA VIA JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Lourenço de Miranda Freire Neto.

SANTA RITA

2018

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

048j Oliveira, Lígia Arruda de.
Judicialização da saúde: a aquisição de medicamentos de
alto custo pela via judicial / Lígia Arruda de
Oliveira. - João Pessoa, 2018.
68 f.

Orientação: Lourenço Neto.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/ SANTA RITA.

1. Saúde 2.Omissão 3.Medicamentos 4. Reserva possível.
I. Neto, Lourenço. II. Título.

UFPB/CCJ

LÍGIA ARRUDA DE OLIVEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO PELA VIA JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Lourenço de Miranda Freire Neto.

Data da Aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof. Me. Lourenço de Miranda Freire Neto (Orientador)

Prof. Me. Rinaldo Mouzalas Souza e Silva (Examinador)

Prof. Me. José Neto Barreto Júnior (Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, autor da minha vida, antes mesmo do ventre da minha mãe sonhou comigo, que sempre esteve presente em todos os momentos, até mesmo quando a fé foi pequena. Obrigada, Senhor, por todo amparo durante o percurso da faculdade, por não ter permitido que eu desistisse no início do caminho, por ter sido meu refúgio nas angustias, sustento nas dores, esperança nas provações, paz nas decisões e alegria no final de tudo. “Tudo coopera para o bem daqueles que amam a Deus”, Romanos 8, 28. E Ele me honrou até chegar aqui.

A Jesus, por tamanha misericórdia jorrada em minha vida, por ter me ajudado a carregar a cruz de cada dia com amor! Mesmo sendo pequena e falha, tantas vezes infiel, mesmo não merecendo, Jesus me ama e está sempre de braços abertos para me receber! Obrigada, Jesus, por tanto!

Ao Espírito Santo, por derramar teus dons sobre mim, para que eu pudesse realizar este trabalho, não por mérito próprio, mas por graça divina!

À minha boa mæzinha do céu, Nossa Senhora, por toda intercessão! Maior exemplo de humildade, de serviço e de fidelidade, obrigada por me ensinar tanto, quero ser como Tu fostes. Obrigada por estar sempre pertinho de mim e se fazer tão presente nas pequenas coisas. Doce, suave, singela, és o melhor caminho para chegar ao seu Filho, Jesus.

Aos meus pais, por tudo que fizeram em meu favor. Agradeço primeiramente ao meu pai *in memoriam*, Ronildo Farias, minha maior saudade e que está sempre olhando no céu por mim! Obrigada por toda luta para dar a melhor educação e transpassar valores morais, por todos os ensinamentos e apoio durante toda minha vida! Agradeço a minha mãe, Zuleina Martins, por ser testemunho vivo da bondade de Deus comigo, por sempre rezar por mim, por ser a fortaleza da nossa família e por sempre estar me estimulando em dar o meu melhor!

À minha irmã, Roseanne Arruda, que sempre acreditou e confiou no meu potencial e se manteve ao meu lado, sendo antes de tudo, amiga. Obrigada por me ajudar com palavras e gestos de amor!

Aos meus familiares, que rezaram e torceram muito por mim! Aqueles que estão sempre presentes nos momentos de alegria, mas também nos momentos de dor, sempre com um abraço acolhedor. Gratidão por toda fidelidade.

Aos meus amigos, que acreditaram em mim, mesmo quando minha fé parecia pequena. Obrigada por todo incentivo e suporte durante toda essa caminhada. Agradeço especialmente as minhas amigas da universidade, Bruna Serrano, Kerlla Albuquerque, Maria Fernanda Nóbrega, Morgana Cardoso, Rebeca Sousa, Simone Martins, Thais Quirino e Yohanna Vaz, esses cinco anos foram mais suaves graças a cada uma. Vocês são os melhores presentes que poderia ter!

À Casa de Evangelização Monsenhor Aluísio Catão, minha escada para o céu, que tanto me dá o suporte espiritual, que proporcionou meu verdadeiro encontro com Jesus e que é canal da graça divina na minha vida. Agradeço a cada membro que torna a Casa tão única e especial, estamos juntos na caminhada rumo ao céu.

Ao meu orientador, Lourenço de Miranda, por todos os ensinamentos transmitidos durante os dois períodos em que tive a oportunidade de tê-lo como mestre, e especialmente, por todo auxílio na construção deste trabalho, que foi resultado de vários diálogos enriquecedores. Obrigada por toda paciência e disponibilidade.

Aos meus professores, que durante todo esse percurso na faculdade contribuíram imensamente com tantos ensinamentos, transpassando conteúdos, e diversas vezes, apontando valores e lições para toda a vida.

RESUMO

A presente monografia tem como finalidade o estudo sobre a recorrente provocação do Poder Judiciário para a efetivação do direito fundamental à saúde, em que pese a omissão da prestação de medicamentos de alto custo pelo Poder Público e a necessidade de intervenção do Estado-juiz na concretização da política pública de liberação de medicamentos de alta complexidade no Brasil. Em virtude do elevado e crescente número de ações judiciais acerca desse tema, tal fenômeno vem sendo reconhecido como judicialização da saúde. Em contrapartida, surge a teoria da reserva do possível, fundamentando-se na limitação da disponibilidade de recursos orçamentários por parte dos Poderes Executivo e Legislativo para concretização do direito à saúde, no entanto, esta se esbarra tantas vezes na noção de mínimo existencial. Soma-se à teoria, o subfinanciamento do sistema de saúde e a má repartição de competência. Diante desse debate acerca da intervenção judicial na efetivação da saúde, o presente trabalho busca uma solução satisfatória para a garantia deste direito social.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Omissão do Poder Público. Medicamentos de Alto Custo. Judicialização da saúde. Reserva do possível.

ABSTRACT

This monograph aims to study the recurrent provocation of the Judiciary to carry out the fundamental right to health, in spite of the omission of the provision of high-cost drugs by the Government and the need for intervention by the State judge in the implementation of the public policy for the release of highly complex drugs in Brazil. Due to the high and growing number of lawsuits related to this topic, this phenomenon has been recognized as a judicialization of health. On the other hand, the theory of the reserve of the possible arises, based on the limitation of the availability of budgetary resources by the Executive and Legislative Branches for the realization of the right to health, however, this one comes across so many times in the notion of existential minimum. It adds to the theory, under-funding of the health system and poor allocation of expertise. In the face of this debate about judicial intervention in health care, the present work seeks a satisfactory solution for the guarantee of this social right.

Keywords: Fundamental right to health. Omission of public power. High cost drugs. Judicialization of health. Reservation of the possible.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL	11
2.1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	11
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E BASES DO SUS.....	16
2.3 EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	24
3 A OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE.....	29
3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA.....	29
3.2 SUBFINANCIAMENTO E RECEITAS PÚBLICAS	35
3.3 MÁ GESTÃO E INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	39
4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	43
4.1 A RESERVA DO POSSÍVEL	43
4.2 FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA 761	48
4.3 A ÓPTICA DA MAGISTRATURA PARAIBANA	52
5 CONSIDERAÇOES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXOS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de um debate que vem ganhando amplo destaque nos últimos anos, relacionado ao direito à saúde, a judicialização da saúde se tornou um tema relevante no nosso ordenamento jurídico, diante das inúmeras ações acerca da prestação deste direito.

Pretendemos com o seguinte trabalho observar e compreender os impactos da intervenção do Judiciário nas políticas públicas de saúde, em que medida essa atuação em área de atribuição dos Poderes Públicos, diante de sua omissão, é necessário e prejudicial, ou não, à concretização do direito fundamental à saúde.

A importância desse estudo consiste na urgente necessidade de se definir a solução ao problema de saúde pública no Brasil, que, embora possua um amplo arcabouço legislativo, carrega uma falta de efetividade de longa data, principalmente no que tange aos medicamentos de alto custo, de acesso restrito e que são utilizados em tratamento de doenças mais raras e graves.

Ante a crescente judicialização do direito fundamental à saúde na busca do fornecimento de medicamentos de alto custo, problematizamos: seria a intervenção do Judiciário nas políticas de saúde uma solução satisfatória para a garantia do direito fundamental à saúde no Brasil?

As seguintes hipóteses foram levantadas para a realização deste estudo, são elas, se o dever do ente público em fornecer determinado medicamento de alto custo gera tratamento anti-isônômico na prestação de políticas de saúde, beneficiando àqueles que possuem acesso ao Judiciário em detrimento de outros.

Se o fornecimento de medicamentos de alto custo a um determinado paciente através de uma ação judicial provoca o desvio de recursos organizados para o orçamento público da população como um todo, ferindo o princípio da reserva do possível, além de verificar se respeita um limite proporcional da disponibilidade dos recursos financeiros, sem o comprometimento do atendimento da sociedade. Outra hipótese diz respeito à atividade do judiciário na busca de efetivação de políticas públicas se seria uma ofensa ao princípio da separação de poderes.

Objetiva-se, com esse trabalho, investigar os resultados possíveis sobre a provocação do Poder Judiciário para aquisição de medicamentos de alto custo no Brasil como forma de efetivação da saúde, bem como as repercussões geradas, além da sua viabilidade jurídica.

Temos como objetivos específicos traçar o decurso histórico e conceituar o direito à saúde no Brasil, antes mesmo da sua constitucionalização e pela Reforma Sanitária Brasileira; compreender a eficácia do direito fundamental à saúde; explicar o funcionamento do Sistema Único de Saúde e das políticas de dispensação de medicamentos de alto custo; entender a legislação pertinente a este tema; verificar a eficácia da judicialização da saúde; identificar a competência dos entes públicos e o dever constitucional de assegurar a saúde; buscar os prós e contras do agir do Estado-juiz em sede de políticas públicas e analisar a tendência da atuação do Judiciário brasileiro na temática.

Contudo, há diversas problemáticas em torno dessa judicialização, que envolvem a suposta violação à separação de poderes e ao sistema federativo, ao princípio da isonomia e à reserva do possível, dentre outras questões.

Portanto, o presente estudo tem como fim verificar determinados pontos controversos relacionados à judicialização da saúde para aquisição de fármacos de alto valor, investigar os resultados e os impactos econômicos na prática, além da viabilidade jurídica desta.

Realizamos uma pesquisa de abordagem qualitativa, haja vista serão utilizados documentos e material bibliográfico para a resolução do problema. O método utilizado será o dedutivo, considerando que o marco inicial será uma questão geral, no caso, a inefetividade das políticas de saúde e, em seguida, se convergirá à questão particular, qual seja este fenômeno como solução ou não para a obtenção de medicamentos de alto custo.

Dos métodos de procedimento, será adotado o histórico, uma vez que se investigará a evolução histórica do direito à saúde, assim como a evolução das demandas de saúde, e a influência destas nos dias atuais. Não obstante, utilizar-se-á ainda o método estatístico, a partir de dados sobre a prestação de medicamentos de alto custo e o consequente número de demandas judiciais.

A respeito da técnica de pesquisa, empregamos a bibliográfica, uma vez que terão como suporte material já elaborado, como referenciais teóricos publicados em livros e na rede mundial de computadores. E também pesquisa documental, considerando a ampla legislação e documentos que abarcam as demandas de saúde, do mesmo modo que peças jurídicas de primeira e segunda instância e de tribunais superiores.

No mais, e por último, realizamos pesquisa de campo por meio de questionários estruturados com magistrados das Varas da Fazenda Pública e das Varas Cíveis do Fórum Cível Desembargador Mário Moacyr Porto, da Comarca de João Pessoa, que atuam em processos neste âmbito, com a pretensão de realizar uma análise da óptica deles acerca do fenômeno da judicialização da saúde e seus arranjos.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL

Neste capítulo buscaremos primeiramente demonstrar como se deu o desenvolvimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, identificando as distinções de cada um; além de estudar o breve histórico do direito constitucional à saúde, bem como a legislação do Sistema Único de Saúde, e ainda, analisar a efetividade das normas constitucionais.

2.1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais comumente são ditos pela doutrina, jurisprudência e pela própria Constituição Federal com termos diferenciados, se referem como “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos naturais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos”. É impreterível a relação de intimidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, no entanto, faz-se mister, asseverar a distinção entre ambos, cada qual com seu processo de formação e suas especificidades atinentes, assim é incabível qualquer espécie de confusão que permita que tais direitos sejam tomados como sinônimos.

Não é, por conseguinte, que tal distinção produziria uma divergência entre esses direitos, ao contrário disto, é cediço que os direitos humanos exerceram forte influência na formação dos direitos fundamentais, conforme preconiza Ingo Sarlet não se tratam de conceitos excludentes ou incompatíveis, porém de noções concatenadas (SARLET, 2018, p.309).

Os direitos humanos integralizam o conjunto de normas positivadas em tratados internacionais, que dispõe de um caráter universal, isto é, para todas as nações, sem desigualdade. Destarte, detém uma maior amplitude e toca tudo aquilo que tem relação ao respeito do ser humano, principalmente, o princípio da dignidade humana. Enquanto os direitos fundamentais se norteiam por uma positivação mais restrita, sua abrangência se reduz ao alcance dos direitos de certa constituição, de certo Estado, uma vez que cada povo teve sua história preconcebida e seus direitos são resultado das reivindicações sociais.

O termo direitos humanos começou a ser construído a partir de diversas teorias filosóficas, as quais prestigiavam valores políticos, éticos e sociais. O pontapé inicial, ainda que singelo, foi a Magna Carta Inglesa assinada pelo rei João Sem Terra, em 1215, que delimitou os poderes próprios do clero e da nobreza, os quais passaram a não sofrer qualquer espécie de subordinação por parte do monarca, além de que este passou a não exercer mais influência sobre a lei e a jurisdição, os homens eram julgados mediante um juízo legal ou lei da terra. Daí a importância desta carta feudal para os direitos humanos, que consiste na tendência de limitação dos poderes do rei, e assim, a propagação de uma sociedade democrática (ainda que longe de como seja considerada hoje).

Mais tarde, cerca de quinhentos anos depois, em 1679, na Inglaterra, surgiu a Lei de Habeas Corpus, a qual proclamou a garantia de liberdade de locomoção por meio de uma ação judicial, o habeas corpus, próprio para a defesa desse direito, inclusive, quando se tratava de prisão efetiva para assegurar a liberdade individual de ir e vir em relação à ameaça de simples constrangimento (COMPARATO, 2018, p. 102).

Ainda na Inglaterra, em 1689, a Declaração de Direitos, mais conhecida como Bill of Rights, estabeleceu a consagração da separação dos poderes, matriz preponderante dos direitos humanos. Ademais, houve a instituição de poucos direitos fundamentais, como o direito de petição e a instituição do tribunal do júri.

Já no contexto da América de 1776, Fábio Konder enumera três fatores que contribuíram para a independência das treze colônias britânicas e, principalmente, para a criação de um novo Estado, são eles, “a não reprodução da sociedade estamental europeia, constituída por grupos sociais bem delimitados [...]; a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular” (COMPARATO, 2018, p.112). Assim, a Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte consubstanciaram na noção que temos por democracia moderna, com o respeito aos direitos humanos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão instituída na França, em 1789, é considerada um grande marco na consolidação dos direitos humanos. Sobre influxo da Revolução Francesa, em que pese os princípios basilares de liberdade,

igualdade e fraternidade foram propagados e penetrados no pensamento francês. A Declaração se sobressaiu ainda, em virtude da constitucionalização dos direitos, consoante exposto em seu art. 16: “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”¹.

Do mesmo modo, inspirada na Revolução Francesa, a Constituição Mexicana de 1917, foi a primeira a legitimar os direitos políticos, as liberdades individuais e os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, neste último foram convencionados dentre algumas bases, a duração máxima da jornada de trabalho, a proteção da maternidade, o adicional de horas extras, o direito de greve, entre outros, conforme exposto no art. 123 dessa Lei Maior.

A Constituição Alemã (Constituição de Weimar), de 1919, promulgada após o término da Primeira Guerra Mundial e vigente apenas até 1933, ainda que com esse curto espaço de tempo, tornou-se uma das constituições mais célebres mundialmente, pois legislava acerca da organização do Estado e sobre diversos direitos fundamentais, dessa forma, o Estado da democracia social tomava uma forma melhor e mais composta.

No contexto da Segunda Guerra Mundial, em que regimes totalitários ganhavam cada vez mais poder, com o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, com a morte em cerca de 60 milhões de pessoas e os estragos provenientes da grande guerra, a miséria que assolou diversas nações, um pensamento pairou sobre a sociedade internacional e elucidou a importância de uma reorganização das relações internacionais, no que diz respeito ao respeito à dignidade humana (COMPARATO, 2018, p.226).

Nesse embate, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU) com a finalidade de promover uma cultura e convivência pacífica no mundo inteiro, através da manutenção da paz e segurança mundial, sobretudo, do desenvolvimento de políticas que tivessem como norte o cumprimento da dignidade da pessoa humana. Tendo como escopo uma estrutura organizada, a ONU aprovou o Estado da Comissão de Direitos Humanos, que mais tarde, em 2006, se transformaria no

¹ Tradução do autor.

Conselho de Direitos Humanos, cuja responsabilidade é de promover recomendações para os países signatários.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas com o intuito de chancelar internacionalmente um documento que tratasse sobre valores famigerados, tais como liberdade, igualdade, sem distinção de raça, sexo, língua, opinião, nacionalidade ou qualquer outra condição, resguardando os direitos inerentes à pessoa. No mais, esta Declaração reconheceu o direito à saúde no âmbito internacional.

Voltando nosso olhar para os dias atuais, impreterivelmente assinalamos que toda essa construção histórica dos direitos fundamentais em cada constituição mencionada e a difusão dos direitos humanos em uma seara internacional reflete em todo embasamento jurídico que temos hoje, que configuram com a força normativa das normas constitucionais, a constituição tornou-se o centro do sistema jurídico (BARROSO, 2013, p. 108).

No contexto brasileiro, fruto de um longo processo histórico e sociológico, a promulgação da Carta Magna de 1988 configurou-se um verdadeiro progresso na democratização e concretização dos direitos da sociedade brasileira, especialmente, no que tange os direitos fundamentais, estes ganharam valor normativo e passaram a ter, positivamente, os Poderes Públicos como instrumentos garantidores da prestação e concretização das políticas públicas, pode ser vista como a soberania popular e governo da maioria, além de fomentar a construção do Estado Democrático de Direito, idealizada no dispositivo legal (BARROSO, 2013, p.111).

A Lei Maior estabeleceu garantias e direitos fundamentais em seu texto no Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), dos direitos sociais (capítulo II), da nacionalidade (capítulo III), dos direitos políticos (capítulo IV) e dos partidos políticos (capítulo V). Contudo, verificamos a presença de outros direitos fundamentais dispersos, assim como menciona o art. 5º, §2º, CF, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Dentre a diversidade de direitos fundamentais, é consagrado o direito constitucional à saúde no Brasil, amparado no art. 6º, localizado no Capítulo dos Direitos Sociais, da CF, está intimamente ligado ao direito à vida, e consequentemente, ao princípio da dignidade humana. É o que agora passaremos a tratar de forma mais específica.

A saúde é um direito fundamental previsto no art. 6º da Constituição Federal, dito como direito social e de segunda dimensão, além de ser amparado no art. 196, no Título da Ordem Social (VIII), Capítulo da Seguridade Social (II), compondo o tripé saúde, previdência social e assistência social. Dispõe o art. 196:

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).

No mesmo sentido, prevê o art. 2º da Lei 8.080/90 que é dever do Estado promover as condições mínimas para a plena realização desse direito fundamental do ser humano. Ademais, há uma vasta gama de normas infraconstitucionais que regem o direito à saúde, como as Leis Orgânicas da Saúde – Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90 e as Normas Operacionais Básicas.

A partir da elevação desse direito à norma fundamental com a Reforma Sanitária de 1986, sendo consolidada pela Constituição Federal de 1988, houve a criação do Sistema Único de Saúde, política pública de ações e serviços de saúde, prevista nos artigos 198 a 200, da CF. A organização desse sistema se faz de maneira regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, conforme disposto no art. 8º da Lei. 8.080/90.

Diante do exposto e considerando, ainda, que o direito fundamental à saúde é norma de aplicabilidade e eficácia imediatas, consoante entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, na forma do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, infere-se que é direito exigível perante o poder público. Igualmente, o direito à saúde é de dimensão subjetiva, ligado ao bem jurídico mais relevante do nosso

ordenamento, a vida, portanto, direito público prestacional e oponível contra o Estado.

Assim sendo, a omissão do Poder Público na criação e execução de políticas públicas de saúde autoriza a ingerência do Judiciário em área que não lhe é típica, considerando, sobretudo, que o direito à saúde é direito conseqüente do direito à vida e intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como última e única alternativa decorrente dessa omissão, haja vista o comando do art. 5º, inciso XXXV, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito”, faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário para satisfação do direito à saúde.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E BASES DO SUS

Como já visto, a Constituição foi a principal referência da positivação da tutela dos direitos fundamentais, inclusive do direito social à saúde. Contudo, é necessário realizar um apanhado histórico sobre a evolução deste direito no cenário brasileiro.

Embora a Carta Imperial, de 1824, estivesse muito distante do que entendemos atualmente por saúde, é sabido que Dom Pedro I outorgou durante o Império, em seu art. 179, inciso XXXI, a garantia dos socorros públicos. Então é considerado como o passo inicial, ainda que não tenha sido amplamente efetivado, para o desenvolvimento da seguridade social.

Um movimento que eclodiu acerca da importância da saúde foi a Revolta da Vacina, no Rio de Janeiro em 1904. A cidade estava tomada de lixo nas ruas, o que provocou a proliferação de diversas doenças, como a varíola, peste bubônica, cólera, entre outras. Então, o presidente² Rodrigues Alves ordenou o saneamento para a limpeza da cidade e a vacina se tornou obrigatória para toda população. Entretanto, essa ação não teve o apoio popular, visto que enxergaram como uma afronta às liberdades individuais, além de uma ofensa aos bons costumes da época,

² Nesta época, cada cidade possuía um presidente próprio escolhido chefe do governo do Estado.

uma vez que a mulher não poderia mostrar o braço para outro indivíduo, daí surgiu a revolta.

Anos depois, a Constituição de 1934, sobre influência da Constituição de Weimar, contemplando alguns direitos sociais, finalmente trouxe avanços mais efetivos, sendo que não se deu de uma maneira universal, ela se preocupou mais em estabelecer o direito à saúde apenas para um ramo, o trabalho. Previu o art. 121, §1º, alínea h:

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

No entanto, três anos mais tarde, em 1937, Getúlio Vargas tomou o poder e instituiu o regime ditatorial, inclinado pelo fascismo, restringindo e até mesmo, eliminando vários direitos fundamentais, consistiu um verdadeiro regresso.

Em 1946, o contexto social era de reflexão sobre a democracia, liberdade, igualdade, assim, vários direitos foram reafirmados na Constituição do recorrente ano. Inclusive, restituiu o equilíbrio dos poderes, tornando a saúde como matéria de competência da União.

Já a Constituição de 1967, dentro de um cenário de ditadura militar simbolizou um retrocesso, contendo um caráter fortemente repressivo, supriu preceitos democráticos, e ainda, elevou Atos Institucionais (AI-5) a uma hierarquia superior do que a própria Magna Carta. No que tange à saúde, a União detinha a competência para elaboração de planos nacionais de saúde. A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, apenas inovou com o direito à previdência social aos trabalhadores acometidos por doença.

Como visto a saúde era elencada somente para aqueles trabalhadores assalariados, que estavam no mercado de trabalho formalmente e eram assistidos pela Previdência Social, assim o sistema de saúde não englobava toda universalidade de indivíduos.

Diante dessa conjuntura, o Movimento pela Reforma Sanitária que se iniciou na década de 70 e teve apoio de variados segmentos sociais, sejam profissionais e estudiosos da área da saúde, docentes, discentes e grupos de pesquisa, que possibilitou a formação e consolidação em aspectos políticos e institucionais da Reforma.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, tinha como finalidade garantir a prestação de saúde para todos, defendendo ser um direito do cidadão e dever do Estado seu fornecimento (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA, 1998, posição 505 de 980)³.

Destarte, a Reforma Sanitária exerceu forte influência para que, finalmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte reconhecesse o direito à saúde como direito fundamental e social, sendo apartada da previdência social no sentido de não estar mais dentro desse direito, mas de formar outro, e integrando junto a ela e a assistência social, a denominada seguridade social.

O direito à saúde está assegurado no rol previsto dos direitos sociais no art. 6º, da Lei Maior, *in verbis*: “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”. E como já dito, também é verificado tais direitos dispersos em outros dispositivos do texto.

Os direitos sociais compreendem direitos fundamentais constitucionalizados que permitem melhores condições de vida para aqueles que se encontra em um nível desfavorável, e também, buscam reduzir as desigualdades sociais, promovendo a igualdade de forma mais eficaz (SILVA, 2011, p. 286).

É imprescindível a classificação da saúde no que diz respeito aos direitos fundamentais em gerações, ou melhor, em outras palavras, versam sobre as

³ “[Reforma] com três objetivos principais: (i) transferir a responsabilidade da prestação da assistência à saúde do governo da União para os governos locais; (ii) consolidar o financiamento e a provisão de serviços públicos de saúde, orientando-os para a equidade, a universalidade e a integralidade da atenção; e facilitar a participação efetiva da comunidade no planejamento e controle do sistema de saúde. Esse marco de reforma tem sua base jurídico-institucional na Constituição de 1988 e nas leis subsequentes”. (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2012, posições 505 e 506 de 980)

dimensões, já que se trata de uma construção gradativa. Iniciamos pela análise em geral, para em seguida, classificar este direito social.

Os direitos de primeira dimensão são aqueles que foram os primeiros normatizados nas supracitadas constituições francesa e americana, há o caráter não intervencionista do Estado na liberdade individual por meio de obrigações de não fazer, como exemplo, temos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à inviolabilidade de domicílio, ao voto, entre outros; por isso, são considerados direitos civis e políticos (BULOS, 2012, p.525).

Os direitos de segunda dimensão nascem em meados do século XIX, assolado pelas reivindicações decorrentes da pesada industrialização, crescimento demográfico e, consequentemente, o aumento das desigualdades. Outrossim, fez surgir a necessidade dos Poderes Públicos implementarem políticas públicas que superassem esses anseios. Ingo Sarlet citando Paulo Bonavides leciona que tais direitos se originaram tendo como luz o princípio da igualdade, são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais (BONAVIDES *apud* SARLET, 2018 p.319).

Conforme aduzido em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, Gilmar Mendes demonstra que o princípio da igualdade ganhou força neste momento, uma vez que se apoiou nos direitos à prestação e garantia das liberdades sociais. Além disso, são conhecidos como direitos sociais por terem relação com a justiça social, e não por atender uma coletividade, pois esses direitos também têm como titulares sujeitos individuais (MENDES E BRANCO, 2018, p.137). A assistência social é compreendida pela educação, trabalho, lazer, além do mais, a saúde.

Já os direitos de terceira geração englobam toda coletividade, a titularidade está nas mãos de grupos de pessoas, é transindividual (coletiva ou difusa). Dentre eles, se enquadram o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação, à preservação do patrimônio público, e assim por diante.

Portanto, como bem classificado a saúde constitui um direito de segunda dimensão. A Constituição prevê em seu diploma legal, o artigo 196, que destrincha melhor este direito da seguinte forma:

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).

A saúde integra a prestação de toda coletividade, no exercício dos direitos individuais, constituindo dever do Estado sua garantia através de políticas sociais e econômicas, isto é, políticas públicas, com o objetivo de prevenir doenças e promover, proteger e recuperar ações e serviços de modo igualitário e universal.

Importante salientar que o conceito de saúde, antes era concebido levando em consideração simplesmente o aspecto biológico, como a ausência de patologia, deu lugar a um conceito mais abrangente, com diversas dimensões, como biológica, social, comportamental e ambiental. Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual o Brasil é signatário, expõe o conceito de saúde, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade”.

Em seguida, o art. 197, da CF/88⁴ dispõe que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, devendo ser fiscalizados, regulamentados e controlados pelos Poderes Públicos, ainda que seja praticado de forma indireta por meio de terceiros.

A Constituição Federal se preocupou, até mesmo, em consolidar um modelo básico de organização do serviço público no que tange a saúde com a criação do Sistema Único de Saúde, trata-se de uma rede regionalizada e hierarquizada. O art. 198 preceitua sobre as diretrizes do SUS, nesse sentido, destaca-se o teor:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

⁴ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

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

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

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

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

IV – (Revogado).

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerce funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (BRASIL, 1988).

É importante frisar que o SUS é financiado pelos recursos da seguridade social, sendo de competência solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Notamos então, que os entes públicos não

funcionam isoladamente, mas de maneira descentralizada e repartida. Mais em frente, desenvolveremos mais sobre este ponto.

Vale lembrar que anteriormente à criação desse sistema, a assistência à saúde era realizada por instituições filantrópicas. E ainda, existia o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), outrora conhecido como Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), funcionava como um seguro social, o que mais se aproxima do que entendemos por Previdência Social atualmente.

Retornando ao texto constitucional, segundo o art. 199 a rede privada de saúde pode atuar juntamente ao SUS, sendo que de modo complementar mediante convênio ou contratação pactuado com o Poder Público, inclusive, tendo conformidade com as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (BRANCO E MENDES, 2018, p.722.).

O art. 200 elenca algumas atribuições da rede da saúde pública, trata-se de um rol meramente exemplificativo, prevê:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988)

Com o intuito de dar maior amparo a este sistema positivado constitucionalmente, o legislador infraconstitucional criou a Lei Orgânica da Saúde

(LOS – Lei nº 8.080/1990), que rege sobre os princípios e regras norteadores do sistema. Dentre as especificidades, merece destaque a divisão da direção de cada órgão para cada ente federativo, sendo de responsabilidade do Ministério da Saúde a União, Estados, DF e Municípios pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Prevê a competência material para articulação dos serviços, qual seja a nacional, a estadual e a municipal, são definidas nos artigos 16 a 18 da Lei 8.080/90. Em termos gerais, quem executa diretamente as ações e serviços de saúde são os Municípios, com a cooperação financeira e técnica da União e dos Estados; bem como determina as demais fontes complementares para o orçamento da saúde, são elas, as doações, taxas, alienações patrimoniais, e emolumentos e serviços, que possam ser ofertados, na condição de não interferência na área-fim do SUS.

Ademais, ainda no mesmo ano, foi decretada a Lei 8.142/1990 que inovou trazendo dois institutos, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. O primeiro engloba diversos segmentos sociais e se reunirá uma vez a cada quatro anos para avaliação das circunstâncias da saúde no país e traçar diretrizes de política pública. Já o segundo, é um órgão colegiado com cunho deliberativo e permanente, formado por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários; age na elaboração de estratégias e na gestão da execução da política de saúde na esfera correspondente. Constituem instrumentos de aproximação entre prestadores da saúde e sociedade, promovendo o exercício da cidadania, e consequentemente, favorece contribuindo com a efetivação desse direito fundamental, outrora conhecido como controle social da Administração Pública.

E por fim, a ordem jurídica infraconstitucional também regulou o Sistema Único de Saúde através de Normas Operacionais Básicas (NOBs nº 01/91, nº 01/93 e nº 01/96.), que ajustou as ações básicas de saúde e criou duas estruturas de descentralização para os municípios, a Gestão Plena do Sistema Municipal e a Gestão Plena da Atenção Básica.

As diretrizes de operacionalização também são estabelecidas por meio das Normas Operacionais Básicas (NOBs). A NOB nº 01/96, atualmente em vigor, define a responsabilidade dos entes de acordo com a complexidade das prestações de saúde, criando um mecanismo de programação denominado Programação Pactuada

e Integrada (PPI), no qual estabelece os campos de custeio da assistência do SUS (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 1988).

Destarte, entes federados definem suas responsabilidades a partir dos fóruns de negociação, de onde surgem as políticas específicas (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 1988). No que diz respeito aos medicamentos de dispensação excepcional, por representarem alto custo, o seu fornecimento obedece a critérios e regras específicos, guiado pelo Programa de Medicamentos Excepcionais e Portarias posteriores.

Além de toda a ênfase dada à saúde na Constituição Federal e nas normas de regência, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no âmbito interno pelo Decreto Legislativo nº 591, de 06/07/1992, em seu art. 12, assenta:

Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

[...]

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL, 1992).

Depreende-se assim, que o SUS não é um sistema estático ou que apenas foi concebido pela Constituição Federal de 1988, mas que, paulatinamente, está em desenvolvimento com adequações regimentais e gerenciais, e mesmo em meio a certas dificuldades, persiste na luta pela efetivação do direito à saúde.

2.3 EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Com a evolução do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal foi consagrada como o centro do ordenamento jurídico pátrio, é o coração do arcabouço normativo que bombeia e direciona as normas jurídicas. Houve uma quebra de arquétipo com sua promulgação, uma vez que era apenas vista como um documento principalmente político, então foi elevada ao nível de norma jurídica.

A princípio, é necessário realizar uma diferenciação entre dois aspectos que tem uma tendência a ser misturados, a eficácia e a efetividade das normas constitucionais. A primeira diz respeito à capacidade de a lei produzir seus efeitos jurídicos e a efetividade se relaciona com a concretude da norma, aquele momento que sai da teoria e se torna a prática, a materialização de fato.

É imperioso o ensinamento neste sentido de José Afonso da Silva, “a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz” (SILVA, 1982, p. 42). Por conseguinte, como bem exposto por Ingo Sarlet, tratam-se de conceitos conexos, não são excludentes, uma norma eficaz requer a sua natural aplicabilidade. (SARLET, 2018, p. 175).

É cediço que a doutrina vem passando por mudanças de paradigmas em que pese às classificações das normas constitucionais. A doutrina tradicional de José Afonso da Silva discorre sobre a aplicabilidade das referidas normas, fazendo a divisão em normas de eficácia plena, contida e limitada. Sua doutrina contempla o estudo da jurisprudência e do preceito italiano, respaldando-se pela ideia de que inexiste norma constitucional sem qualquer espécie de eficácia, ainda que mínima.

Passamos a destrinchar a teoria tripartida de José Afonso. Segundo o autor, as normas de eficácia plena são autoaplicáveis, são aquelas completas em conteúdo do texto constitucional, não precisando de auxílio no plano infraconstitucional, possuem incidência direta, imediata e integral.

Ao seu turno, as normas de eficácia contida se assemelham às plenas, no que tange serem autoaplicáveis, têm incidência direta, imediata, no entanto sua aplicabilidade não é integral, pois podem sofrer alguma restrição por parte do Poder Público.

E por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada necessitam de legislação complementar para sua aplicabilidade, isto se dá por meio de lei ordinária

ou complementar, em vista disso, as normas dispõem de efeitos jurídicos reduzidos, sua incidência é indireta, mediata e não integral.

Outrossim, essa classificação final subdivide-se em normas programáticas e institutivas, esta última se refere às normas constitucionais que precisam de leis para a estruturação de órgãos; enquanto as primeiras são aquelas que possuem conteúdo social e consentem a intervenção do Estado na ordem econômica com a criação de programas, diretrizes, metas para atingir o bem comum.

As normas programáticas integram “verdadeiros programas de ação social” que devem ser concretizados através de políticas públicas, competindo ao legislador infraconstitucional e aos Poderes Públicos contribuírem para sua efetividade. (SILVA *apud* SARLET, 2012, p. 68).

Seguindo este raciocínio, por muito tempo o art. 196, da CF, que versa sobre o direito à saúde, foi considerada uma norma pragmática, em vista de ser assegurado mediante “políticas sociais e econômicas”.

Contudo, a doutrina de Luís Roberto Barroso mostra além do que a mera forma de positivação, para ele, a norma constitucional não deve ser levada em considerada tão somente pelo ponto de vista formal para sua aplicabilidade, mas levando em conta se os efeitos jurídicos se efetivam concretamente, a efetividade expressa a “realização do Direito” (BARROSO, 2013, p. 91).

De acordo com o doutrinador, as normas constitucionais são divididas em normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas. As primeiras supracitadas, como o termo diz, versam sobre a sistematização do poder político, ditas normas de estrutura, que definem a forma de governo, a elaboração de instituições estatais, bem como suas atribuições. Estas normas têm subespécies, são elas, as quais veiculam decisões políticas fundamentais, as que fixam competências dos órgãos previstos na Constituição, as que originam órgãos públicos e as que determinam disposição processual ou procedural.

As seguintes normas, as definidoras de direitos, se dirigem aos direitos fundamentais, levando em consideração a repartição em direitos políticos, direitos sociais, direitos individuais e direitos difusos. Já o grupo de normas programáticas

detém por objeto direcionar as finalidades públicas a serem auferidas pelo Estado (BARROSO, 2009, p.114).

Ingo Sarlet doutrina que a força normativa constitucional é garantida através dos “pressupostos realizáveis” menciona os mais importantes diante de sua concepção: o conteúdo, a interpretação e a práxis da constituição. Verificando-se a presença destes, a norma poderá ter força eficaz, produzindo a efetividade (SARLET, 2018, p.200).

No mais, o constituinte ao legislar o art. 5º, §1º, da Carta Magna, foi bastante direto e ordenou: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por conseguinte, os direitos sociais são direitos fundamentais, consequentemente, fundamenta-se a aplicação do direito à saúde à frente deste artigo. Deve-se contemplar uma máxima eficácia e efetividade, obrigando os órgãos estatais de acordo com suas competências.

Durante longos anos, o direito à saúde foi asseverado pela jurisprudência brasileira como uma norma de eficácia limitada, no entanto uma virada jurisprudencial admitiu a aplicabilidade direta e a eficácia plena, e até mesmo já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede do Recurso Extraordinário AgR-RE 271.286-8/RS (MENDES E BRANCO, 2018, p. 717).

Gilmar Mendes leciona que o art. 196 não consiste em norma programática, que não funcionaria tão somente direcionando programas no âmbito social, isto representaria contradizer a força normativa da Magna Carta. No recurso extraordinário mencionado acima, o Ministro relator do caso Celso de Mello ressaltou a perspectiva individual do direito à saúde, enquanto direito público subjetivo endossado à totalidade de indivíduos, e ainda, manifestou pelo dever prestacional positivo dos entes federativos. (MENDES E BRANCO, 2018, p.717).

De outro ponto de vista, a garantia da incidência imediata dos direitos fundamentais resulta em diversas consequências, a mais importante para fins desse trabalho, faz guarida ao controle judicial das políticas públicas. Esse debate vem ganhando efervescência e ocasionando o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais, em especial, a judicialização da saúde, objeto de estudo do presente

trabalho. O Judiciário acaba sendo acionado para efetivação deste direito, uma vez que os demais Poderes deixam à deriva sua concretização na prática tantas vezes.

No próximo capítulo abordaremos algumas problemáticas que atingem o acesso à saúde, e consequentemente, sua efetividade, tendo como escopo que a concretização deste direito depende principalmente da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, não é o que vem ocorrendo na realidade, é crescente a cada dia o número de demandas judiciais que tem como finalidade a prestação do direito à saúde mediante o Judiciário, frente à omissão do Poder Público.

3 A OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

Neste capítulo analisaremos então, como funciona a intervenção jurisdicional nas políticas públicas, ao passo que esta atuação deve ter um caráter excepcional. Além disso, trataremos sobre o subfinanciamento e as receitas públicas, averiguando se a verba proveniente para a saúde é suficiente, e por último, trataremos acerca da má gestão e intervenção judicial nas políticas públicas.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA

A teoria da separação dos poderes, ora consagrada, pelo filósofo Montesquieu, na sua obra mais reconhecida “O espírito das leis”, em 1748, na qual tratou de modelos de governo e fez critica a monarquia absolutista, realizou uma reflexão bastante elucidativa sobre a separação dos poderes, ao ponto que os poderes deveriam operar de forma independente e ao mesmo tempo com harmonia, e que são auferidas atualmente.

Montesquieu idealizou esta tese com o intuito de acabar com a concentração do poder nas mãos de uma pequena parcela de pessoas, e assim, possibilitar maiores liberdades individuais, além de alavancar o comércio e a burguesia. Já o propósito de ampliar e desenvolver a eficiência estatal com a divisão de funções e competências para órgãos especializados emergiram no século XIX (DALLARI, 1998).

O princípio da separação dos poderes ganhou força no cenário mundial com a Revolução Francesa, e posteriormente, alcançou diversas constituições, como aconteceu com a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a qual consolidou este princípio em seu art. 2º, em que há a garantia de que são Poderes da União, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Além disso, constitui expressamente cláusula pétrea nos termos do art. 60, parágrafo quarto, da Lei Maior, sendo assim, nunca será objeto de deliberação à proposta de emenda tendente a abolir.

Este princípio fez surgir o sistema de freios e contrapesos, que assegura que “o poder deve frear o poder”, isto é, todo poder deve exercer controle no outro poder e ao mesmo instante ser controlado, com o objetivo de neutralizar e manter o equilíbrio entre ambos (BULOS, 2012, p. 513).

Cada um desses poderes detém funções típicas, que são preponderantes e próprias, bem como funções atípicas, ditas como secundárias, pois não são intrínsecas a determinado poder. Todos os poderes funcionam com harmonia, ao passo que há limites recíprocos no exercício destas atribuições.

O Poder Legislativo composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal possui como funções típicas a criação de leis, ou seja, função legiferante, são elas, a legislação infraconstitucional e as emendas à Constituição Federal, e ainda, atuam na fiscalização financeira, orçamentária, operacional, contábil e patrimonial da União e dos entes das Administrações Direta e Indireta, conforme asseverado no art. 70, da CF. Atipicamente, tem a função administrativa quando realiza a operacionalização da sua estrutura interna e função de julgamento quando aprecia atos de improbidade do Presidente da República em crimes de responsabilidade.

Por sua vez, o Poder Executivo tipicamente tem função de governo, em que exerce deveres políticos, além da função administrativa de Estado através do desempenho de atividades administrativas, como a promoção do serviço público por exemplo. Possui a função atípica jurisdicional quando se trata de processo administrativo disciplinar, visto que julga este; e exerce função legislativa, pois o Presidente da República pode legislar por meio da adoção de medidas provisórias ou ainda no caso de leis delegadas (BULOS, 2012, p. 513).

Já o Poder Judiciário, tem como função típica a atividade jurisdicional, em que lhe cabe à aplicação da lei em determinado pleito com vistas para resolver o litígio. Em relação a suas funções atípicas, o Judiciário atua como Legislativo quando os tribunais cuidam dos regimentos internos de cada órgão, consoante o art. 96, inciso I, alínea a. E também age como Executivo quando tratam da sua administração interna mediante a celebração de contratos, concursos e licitações.

O que vem ocorrendo nos últimos anos é o ascendente número de demandas judiciais em virtude da constitucionalização dos direitos fundamentais e sociais, uma vez que são implementados com o intuito de garantir-los, sendo que em casos que não são prestados pelo poder público, muitas vezes açãoam o Judiciário para suprimir esta deficiência. É o que acontece com o direito à saúde, mas antes de adentrar nesse mérito, analisaremos o papel de cada poder na construção e concretização deste direito, cada qual com diretrizes próprias.

O primeiro passo é dado por meio do Poder Legislativo, uma vez que inaugura com a regulamentação do direito à saúde na Constituição Federal, além do aparato na legislação infraconstitucional, ambos já mencionados. Com a positivação deste direito, o intento foi de conferir máxima efetividade. O legislador normatizou percentuais para o cumprimento de recursos que garantam o mínimo existencial, e teve essa preocupação até mesmo com a rede privada de saúde (GANDINI et al. 2010).

No campo do Poder Executivo, é de extrema importância sua atividade para a efetivação da saúde, pois concerne ao administrador público verificar as necessidades relevantes da coletividade para a formulação de políticas públicas, como planos de metas e parâmetros para utilização de recursos financeiros. Dessa forma, a atuação é orientada pela generalidade e pluralidade de atendimento, em que visa assegurar equitativamente a toda sociedade, sem beneficiar um em detrimento de outrem, a distribuição eficiente dos finitos recursos que estão à disposição (GANDINI et al. 2010).

O Judiciário apenas atuaria no âmbito da saúde para garantir a prestação defronte de uma omissão do Poder Público, transgressão da Constituição Federal, ou ainda, desprezo do mínimo existencial (BARROSO, 2008).

Portanto, verificamos a necessidade de uma perfeita harmonia principalmente entre os poderes Legislativo e Executivo para uma concreta efetividade do direito à saúde, ao passo que um legisla o arcabouço normativo e garante a eficácia das normas, e o outro detém a responsabilidade de retirar do plano textual e colocar em prática tudo aquilo previsto, mediante investimentos nas políticas públicas. Se isto ocorresse perfeitamente, não existiria a necessidade da intervenção jurisdicional

neste âmbito, ou melhor, ainda que existissem falhas, estas seriam mínimas, e o Judiciário atuaria em raras causas, mas não é o que vem acontecendo.

Destarte, diante dessa falta de atuação eficaz do Poder Público, o judiciário é buscado em inúmeros casos para a concreção do direito à saúde. Este fenômeno vem sendo conhecido como judicialização da saúde, e surgiu como remédio para solucionar a omissão dos poderes públicos frente à prestação da saúde, contudo ante às crescentes demandas, a excessiva judicialização vem tornando-se um verdadeiro celeuma para alguns estudiosos.

O primeiro ponto é que o nosso país vem enfrentando uma hipertrofia legislativa⁵, há uma grande quantidade de leis que são editadas diariamente, e consequentemente, uma maior busca pelo atendimento dos direitos sociais e econômicos que visam os interesses da população. Frente a isso, recorrem ao Judiciário para sua concretização, no entanto, se esbarram em uma discricionariedade jurídica, em virtude da superprodução de leis que possuem entendimentos vagos (SODRÉ, 2011). Como a célebre frase de Montesquieu nos ensina, “as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias”.

Outro ponto imprescindível é a omissão legislativa que acaba desencadeando no ativismo judicial, o que é algo controverso, pois os magistrados não portam conhecimentos técnicos acerca do impacto de uma decisão judicial no orçamento público destinado ao desenvolvimento das políticas públicas. Há também omissão executiva, uma vez que há má gestão da administração para o fornecimento dos insumos para a saúde, como medicamentos, manutenção de equipamentos utilizados em tratamentos, entre outros.

O artigo 196 da constituição brasileira como já trabalhado anteriormente, estabelece que a saúde seja garantida por meio de políticas sociais e econômicas, ao contrário do que muitos vêm entendendo, que seria através de decisões judiciais. Por isso, faz-se mister que o Executivo continue sendo o principal órgão a determinar a alocação dos recursos, como previsto constitucionalmente, efetuando

⁵ De acordo com estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, desde 05 de outubro de 2018 (data da promulgação da Constituição Federal) até o dia 30/09/2017, foram editadas 5.679.157 (cinco milhões, seiscentos e setenta e nove e cento e cinquenta e sete) normas na esfera federal, estadual e municipal. Isto reflete, em média, 555 normas editadas todos os dias ou 798 editadas por dia útil.

com maior eficiência a conexão entre as necessidades da população e os investimentos públicos.

Luís Roberto Barroso entra no mérito e se posiciona de maneira a defender que é responsabilidade do Executivo a determinação para onde os recursos públicos devem ser destinados, também pontua que o Judiciário não detém a legitimidade democrática como os demais poderes (2008, p. 02).

Há também uma crítica do ponto de vista técnico⁶ em relação à desarmonia dos poderes públicos, o Judiciário em geral não possui capacitação com métodos de avaliação técnica, ressalvadas alguns poucos instrumentos especializados nesse dissídio, como o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde em Natal e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no Rio de Janeiro, que são alternativas à judicialização do direito à saúde. Na maior parte dos casos, ainda que tenha a presença de laudos médicos, este Poder desconhece se determinado remédio é realmente eficaz em tratamentos, por exemplo, isto é papel cabível ao Poder Público (BARROSO, 2008, p. 27).

Dessa forma, entendemos que há uma ingerência do Poder Judiciário no que de fato cabe a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, a consequência disto, é uma eventual violação da proporcionalidade entre os poderes. Ainda que tenhamos o art. 5º, inciso XXXV, tratando sobre a inafastabilidade da jurisdição, é cediço que a implementação e efetivação das políticas públicas é tarefa dos demais poderes supracitados, e não do Judiciário.

⁶ Como esclarece Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003, p. 22-3: “O princípio da separação de poderes comprehende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (*habeas corpus*, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração”.

No que tange a repartição de competência, a Carta Magna estabeleceu que a competência é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre a matéria de defesa à saúde (CF, art. 24, XII). E no que couber aos Municípios suplementar a legislação federal ou estadual (art. 30, II).

Ainda considerando a competência concorrente, cabe à União a implantação de normas gerais, consoante o §1º do art. 24; os Estados possuem a função de suplementação da legislação federal, com a cautela de praxe; e os Municípios legislam sobre matéria de interesse local, bem como suplementam a legislação federal e a estadual, no que for adequado, consoante o art. 30, I e II, da CF.

No que diz respeito ao âmbito administrativo, a competência é comum à União, Estados e Municípios, isto é, ambos os entes podem organizar e efetivar as políticas de saúde. A promoção dessa competência se dá com a devida cooperação entre os entes, tendo como escopo o equilíbrio do bem-estar e desenvolvimento em âmbito nacional, conforme dispõe o art. 23, parágrafo único.

Como já dito, a saúde é promovida pelo SUS, o qual é uma rede regionalizada e hierarquizada, que tem como diretriz a sua descentralização. A Lei 8.080/1990 cumpre em organizar a estrutura do funcionamento, em que na esfera federal fica a cargo do Ministério da Saúde; no âmbito estadual e no Distrito Federal compete às Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; e nos Municípios é de responsabilidade da Secretaria de Saúde local ou órgão correlato.

A lei supracitada também se importou em firmar a repartição de competência no tocante à matéria. A direção nacional do SUS tem competência, *ipsis verbis*, para “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, de acordo com o art. 16, inciso XIII. E ainda, a promoção da descentralização no que concerne a abrangência estadual e municipal dos serviços e ações de saúde.

Já a direção estadual do SUS possui atribuições para execução da descentralização para os Municípios destes serviços e atividades, além de promoção ao apoio técnico e financeiro e concretização de maneira suplementar as ações da saúde (art. 18, incisos I e III, Lei 8.080/90).

A Lei 8.080 também dispõe sobre o financiamento do sistema descentralizado, a qual prevê em seus artigos 34 e 35 que os recursos da Seguridade Social serão transferidos para o Fundo Nacional de Saúde no primeiro instante, e em seguida, aos fundos de saúde de cada âmbito de governo, sobre fiscalização dos conselhos de saúde correspondentes. Trataremos no próximo tópico de forma mais esmiuçada sobre o financiamento da saúde.

3.2 SUBFINANCIAMENTO E RECEITAS PÚBLICAS

Embora a Constituição Federal tenha desfrutado de diversos avanços para a efetivação da saúde, não obteve tanto êxito no que diz respeito ao estabelecimento das bases de financiamento do Sistema Único de Saúde, tornando um fundado empecilho para a materialização deste direito.

O principal obstáculo que toca as finanças públicas é o modo como é empregado à execução da saúde, a disparidade existente entre as políticas públicas pretendidas e a realidade dos recursos disponíveis, os quais são limitados e bastante escassos, dificultando, e diversas vezes, impossibilitando a garantia do mínimo para a saúde.

A Associação Auditoria Cidadã da Dívida anualmente elabora um gráfico com os valores do Orçamento Federal (Fiscal e Seguridade Social) que foram pagos no recorrente ano, com base nos dados retirados do site do Senado Federal. Em 2017, foram executados R\$ 2,483 trilhões, e desse montante, somente 4,14% correspondeu aos gastos com a saúde, enquanto que os valores gastos com os juros e amortizações da dívida representam grande parcela (39,70%), e a Previdência Social ocupa o segundo lugar (25,66%) (AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA, 2017). Demonstramos assim, o descompasso que existe no plano orçamentário da União, em que pese o elevado valor empregado na dívida pública e a falta de custeamento das políticas públicas sociais e econômicas de saúde.

Há também um paradoxo na nossa Lei Maior, ao passo que assegura o direito à saúde, a mesma lei possui uma vedação no que concerne a execução de despesa não disposta em lei orçamentária (RIBEIRO; CASTRO, 2010, p. 291). No mais, a

maneira que ordenamos nossas leis não cuida do impacto econômico que isso representa no orçamento público, há uma preocupação tremenda em garantir os direitos, mas os meios de efetividade não atingem esse mesmo nível.

Temos como exemplo ideal, o processo legislativo implementado nos Estados Unidos, em que se dá mediante três etapas: *law*, *enforcement law* e *budgetary*. A primeira se refere ao controle da lei, tendo como escopo os direitos e os deveres. A segunda se enquadram as sanções em caso de violação da lei, e por último, a terceira contempla os ajustes essenciais ao orçamento para a instituição da legislação, observando os recursos necessários para execução dos direitos previstos, fiscalização dos encargos e a procedência do financiamento (RIBEIRO; CASTRO, 2010, p. 294).

Devemos ter uma maior preocupação com o orçamento ao elaborarmos nossas leis, visto que devem ser instrumentos de garantia, de fato, da concretização dos direitos sociais, em especial a saúde. Ainda que haja déficits na disposição orçamentária, carecemos por oportunizar a quantificação destes e investir no melhoramento do financiamento, o que balizaria a insegurança jurídica da prestação.

O subfinanciamento do sistema de saúde nos demonstra que a verba proveniente para seu desenvolvimento é insuficiente, gerando um distanciamento entre a relação que a CF e as diretrizes do SUS fixam e a concretização através da aplicação dos recursos públicos.

Vale salientar que diante desse cenário de escassez de meios, o administrador público atua selecionando aquilo que causa menor dano para o todo populacional e o melhor atendimento ao máximo de indivíduos possíveis. Isto é enfatizado pelo princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que busca atender a proteção de todos, sem distinção, objetivando a garantia da equidade e isonomia. Ao mesmo tempo, há a vinculação do princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, disposto no art. 194, III, CF, discorre que o Poder Executivo e o legislador infraconstitucional possuem a incumbência de selecionar os riscos sociais protegidos, até o momento em que todos possam ser englobados nessa proteção.

Outra dificuldade que convivemos, é a desajustada repartição de receitas tributárias, Holmes leciona que “os direitos somente podem ser prestados onde haja orçamento suficiente [...], afinal, tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos recursos públicos”. (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 14-15). Assim, vemos como é necessário o suporte por meio de um estruturado sistema de financiamento para a efetividade deste direito social.

No que tange a repartição de receitas tributárias, somente a União detém 58% da arrecadação. Acontece que seu gasto com saúde equivale a um total de ínfimo 1,85% do PIB, já inseridos os repasses aos Estados e Municípios. Isto retrata bem a desconformidade dos gastos públicos e a distribuição entre os entes federativos, resultando em uma insuficiência dos recursos para assistência da sociedade (NETO, 2015, p.50).

Ademais, mais um empecilho diz respeito ao reduzido número de serviços ofertados, sobretudo à atenção em média e alta complexidade, a primeira cuida das ações e serviços ambulatoriais e hospitalares, bem como disponibiliza profissionais especializados e equipamentos tecnológicos para o auxílio de diagnóstico e terapêutico. Enquanto a alta complexidade engloba procedimentos com o uso de alta tecnologia em ambulatórios especializados. Não é difícil enxergarmos o quanto nossas assistências são falhas, deixando muito a desejar (ASSIS et al. 2010).

O mais recente agravante foi a Emenda Constitucional 95, de 2016, que fixou o teto de gastos e instituiu o Novo Regime Fiscal na esfera dos Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, no qual decretou o congelamento dos investimentos em saúde, educação e assistência social durante os seguintes vinte anos (BRASIL, 2016), configurando uma verdadeira estagnação do Poder Público frente a atualização das necessidades da sociedade e a aplicação dos recursos.

Em vista de tudo isso, a imposição do Judiciário em face do Poder Público ao tutelar o fornecimento de um medicamento de alto custo acaba desestabilizando ainda mais a alocação de recursos financeiros, neste momento, já demasiadamente fragilizados. O dinheiro público que seria utilizado para subsidiar o máximo número de pessoas acaba sendo afetado em detrimento de um direito individual, não é justo que os recursos orçamentários repassados para o atendimento de toda população de um município seja totalmente revertido para o usufruto de um único indivíduo,

ainda que o direito à vida dessa pessoa seja de valor inestimável, ao se deferir a procedência desse pedido, estará comprometendo a verba que vai custear a manutenção dos insumos necessários para tantas outras vidas.

A título de conhecimento, em estudo realizado no Estado de São Paulo, Chieffi e Barata verificaram que o governo do estado gastou cerca de R\$ 18 mil por cada paciente que entrou com processo judicial para garantir a prestação do direito a saúde, ao mesmo tempo, mediante o Programa de Medicamentos Excepcionais representou R\$ 2,2 mil por paciente (2010, p.410).

Em outro estudo, no ano seguinte (2007), o Estado de São Paulo desembolsou 40% do orçamento do Programa de Medicamentos Excepcionais escassamente com 30 mil pacientes por intermédio de demandas judiciais, quando na realidade a totalidade do planejamento deveria acobertar uma média de 400 mil pacientes. Outra realidade parecida foi enfrentada no mesmo ano no Estado do Rio Grande do Sul, em que 15% dos pacientes utilizavam remédios de elevado custo mediante intervenção judicial, consumiam aproximadamente 30% de todo da secretaria (BIANCARELLI apud CYRILLO; CAMPINO, 2010, p.35).

Destarte, corroboramos com o seguinte entendimento da Ministra Ellen Gracie em um julgado, *ipsis verbis*:

A responsabilidade do Estado em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde e de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...), está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade (STF, 2007).

Isto posto, esclarecemos mais uma vez que a estruturação do financiamento não se encontra no patamar de uma das melhores, ao contrário, há muitos déficits preconcebidos para implementação das políticas públicas, especialmente, os que tangem a saúde. Nesta seara, a judicialização deste direito acaba agravando ainda mais os impactos no orçamento público e dificultando a concretização para a coletividade.

3.3 MÁ GESTÃO E INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de tudo, impreterivelmente, faz-se mister a distinção entre judicialização e ativismo judicial, temas que estão em alta no debate jurídico. A judicialização trata-se, em geral, quando o Poder Judiciário é provocado para decidir sobre matéria pertinente aos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como escopo a efetivação de um direito, tais decisões acabam adentrando então, nas políticas públicas. Já o ativismo judicial é visto como uma postura assumida pelo Poder Judiciário frente a uma questão de direito, em que de forma mais específica reconhece uma interpretação da Constituição Federal, com o objetivo de promover a efetividade.

Nas últimas décadas, vem aumentando cada vez mais a atuação do Judiciário nas demandas que exigem a prestação de saúde, e posteriormente, na maioria dos casos, vem sendo julgado procedente o pedido, não dando a devida vênia à totalidade das políticas públicas regulamentadas, inclusive aquelas que tratam sobre o orçamento.

Portanto, vem se tornando cada vez mais comum um desarranjo entre a macro justiça e a micro justiça, devido a pretensão de justiça na micro justiça, em outras palavras, no caso concreto, o Poder Judiciário acaba acometendo a macro justiça, isto é, o conjunto de políticas públicas criados para dar assistência a toda coletividade, ou melhor, o maior número de pessoas possíveis. O magistrado ao se preocupar apenas com aquele litígio, esquece-se de todas as necessidades com relevância e a da finitude dos recursos públicos para efetivação, o que resulta na ingerência deste Poder no desempenho dos poderes públicos.

O fornecimento de medicamentos via judicial dificulta ainda mais a gestão do poder público, pois provoca uma desorganização na estrutura de aplicação dos recursos públicos da Administração Pública, já que por meio dessa imposição jurisdicional o Estado tem a obrigação de fazer e acaba retirando o medicamento de certo programa de atendimento, deixando à margem a assistência de um paciente, e favorecendo o litigante individual de uma sentença positiva. O resultado de várias decisões judiciais nesse sentido seria a incapacidade da atuação da Administração,

em sede de planejamento e principalmente, comprometendo a eficiência dos investimentos da saúde pública, por conseguinte, a prestação do serviço, bem como sua qualidade (BARROSO, 2008, p. 25).

Indubitavelmente o número de ações que buscam a obrigação do Estado em fornecer prestações, especialmente medicamentos, vem aumentando consideravelmente. Em 2007, a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo despendeu 40% do orçamento do programa de medicamentos excepcionais custeando cerca de 30 mil pacientes mediante demandas judiciais, ao passo que o programa deveria satisfazer em média de 400 mil pacientes (BIANCARELLI, 2008).

Gilmar Mendes citando um estudo feito no Estado de São Paulo em 2009, intitulado como “Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade”, mostrou que 77% dos medicamentos objetos de processos, não se encontravam nos programas de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde em um lapso temporal (CHIEFFI apud MENDES, 2018, p.725).

Isto demonstra a falta de tecnicidade do Judiciário ao deferir procedência de uma ação judicial em que o autor pede a prestação do serviço de saúde, mesmo existindo a lista da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) que estabelece os medicamentos necessários para atendimento, ainda assim, tantas vezes este Poder falha simplesmente por desconhecimento técnico, uma vez que essa matéria é de competência principalmente da Administração Pública.

Além disso, é necessário observar se tal medicamento é considerado eficaz para o tratamento de determinada enfermidade, se realmente está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), se já passou pelos devidos ensaios clínicos para comprovação de sua eficácia, e consequentemente, estar na relação de medicamentos elencadas pelo RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Especiais) ou pelo REMUNE (Relação Municipal de Medicamentos). É necessário que o fármaco esteja incorporado nessas listas oficiais do governo através procedimentos de revisão e registro para então, ser exigível.

Esse último estudo teve a preocupação de delinejar o perfil dos indivíduos que recorrem ao Judiciário para a prestação de remédios, foi observado que a maioria dos beneficiários são aqueles que têm boas condições socioeconômicas e certo

nível de conhecimento jurídico. Essa ponderação foi resultado da análise de dados, como o local da residência do autor e a alta quantidade de processos representados por advogados particulares, equivalendo a 74% das ações (CHIEFFI apud MENDES, 2018, p. 725).

Como podemos desprender aqueles que têm acesso ao Judiciário acabam sendo mais privilegiados do que qualquer outro cidadão que não possui tanto conhecimento jurídico, ou até mesmo, condições de custear um representante particular. Fato este que pode ser causador de uma acentuação nas desigualdades sociais e econômicas, o que contraria as próprias diretrizes do SUS, sobretudo, o princípio da equidade, que enaltece a igualdade no ingresso do serviço.

Destarte, quando o Judiciário atua como Estado-juiz impondo a obrigação do fornecimento de certo medicamento de alto custo estaria favorecendo tão somente aqueles que têm acesso a este Poder em detimentos de outros. Entendemos que a maior consequência disto é que acaba gerando um tratamento anti-isonômico na prestação de políticas públicas de saúde.

Dessa forma, entendemos que a intervenção jurisdicional na efetivação de políticas públicas é constitucional, como em situações de omissão ou má-gestão do poder público, por exemplo; no entanto, também compreendemos que deve ser filtrada por limites. A crítica se aprofunda ao fato dessa interferência judicial vem se tornando cada vez mais frequente, em alguns municípios é quase regra, quando na realidade, essa atribuição é preponderantemente do Legislativo e Executivo, os quais detêm melhores instrumentos para aplicação das políticas sociais e econômicas.

Assim, entendemos que prestação do direito à saúde deve ser efetivada mediante as políticas públicas de saúde, uma vez que cabe ao Estado garantir esse direito para sua coletividade. No entanto, com a constitucionalização do direito fundamental à saúde, se tornou um direito subjetivo, o qual pode ser viabilizado por meio da provocação do Judiciário em ocasiões excepcionais. O que vem ocorrendo é que é ascendente o quantitativo de ações frente à garantia do direito à saúde, seja de fornecimento de tratamento, fármaco, entre outros serviços. Soma-se a isto a cultura de litígio que assola nosso país. O resultado é a crescente judicialização dos

direitos sociais, especialmente o direito à saúde, assim é necessário estabelecer parâmetros para uma melhor atuação do Judiciário frente a isso.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Neste capítulo abordaremos acerca das problemáticas envolvidas ao fenômeno da judicialização da saúde, bem como apresentaremos as possíveis soluções para a melhor efetivação deste direito. E ainda, elucidaremos sobre a suspensão da tutela antecipada⁷⁶¹ e mostraremos uma análise da posição dos magistrados paraibanos diante das ações que buscam a tutela jurisdicional do direito à saúde.

4.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

Como já visto, a judicialização da saúde vem resultando em uma exacerbada atuação do Judiciário no trato de uma matéria que é preponderante de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, a concretização da saúde. Um argumento que é bastante difundido para justificar a omissão do Estado quando se trata de políticas públicas se refere à reserva do possível.

A teoria da reserva do possível nasceu na Alemanha, no início dos anos de 1970, com os casos julgados pela Corte Constitucional Alemã sobre os *numerus clausus*, isto é, o número de vagas para estudantes de universidades públicas. O objeto do debate foi justamente acerca da limitação desse quantitativo de vagas para universidades, de um lado tinha-se o princípio da igualdade e o Estado Social, por outro lado as limitações fáticas que restringiam esse acesso.

Por fim, a Corte Alemã decidiu pelo reconhecimento dessa limitação, consoante duas condições, a presença de insuficiência de capacidade de ensino e o respeito à igualdade de oportunidades dos concorrentes. Assim, foi definida uma relação de dependência entre os direitos sociais que são exigíveis em prestações e a disponibilidade de recursos financeiros do Estado para custeá-los.

No Direito brasileiro, a reserva do possível está conectada com a ideia de que o Estado não pode ser obrigado a efetivar direitos que correspondam a esforços financeiros desproporcionais ao que ele realmente pode arcar, a consequência disto

é um impacto negativo no orçamento público, o que possibilita o comprometimento dos recursos das demais políticas públicas.

No Brasil esta teoria é adotada muitas vezes como base para fundamentação da negação de exigibilidade de diversos direitos sociais e difusos, como o direito à saúde, uma vez que os recursos orçamentários são escassos e um possível deferimento estaria quebrando o equilíbrio financeiro. Como reproduz aquela antiga máxima “ninguém está obrigado ao impossível”, a teoria da reserva do possível está intimamente ligada a este pensamento.

Assim, esta teoria foi inserida no nosso país como maneira de conter a execução dos direitos fundamentais, até mesmo exercer um controle dos tribunais no tratamento das políticas públicas, em vista de que o Estado só pode ser obrigado a prestar aquilo que cabe dentro do orçamento público.

Para Ingo Sarlet a limitação da reserva do possível envolve alguns âmbitos, tais como o de cunho fático e jurídico. O primeiro diz respeito à insuficiência de recursos no aspecto fático, sejam recursos financeiros, humanos e técnicos, que englobam os recursos econômicos. Além disso, a escassez que tange o cunho fático e jurídico se relaciona com as perspectivas jurídico-constitucionais, no que concerne a capacidade jurídica do sujeito que exige a prestação dos direitos sociais e a capacidade de disposição, ou seja, a competência. E ainda traz um terceiro aspecto, a razoabilidade e proporcionalidade da prestação. Assim, o jurista traz uma tríplice dimensão da reserva do possível, aduz o seguinte:

- a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda a conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito (SARLET, 2018, p. 629).

Verificamos então, que a reserva do possível comprehende um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, no entanto também tem como escopo de atuação,

a proteção de direitos fundamentais, como na hipótese de divergência de direitos, quando invocarem a indisponibilidade de recursos com o objetivo de preservar outro direito fundamental, uma vez que sejam vistos os parâmetros de assegurar o mínimo existencial e proporcionalidade em referência a todos os direitos fundamentais (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.18).

Temos outro aspecto nessa questão, o chamado “custos dos direitos”, em que pese à falta de efetividade experimentada pelos direitos fundamentais e que cada vez mais é mais recorrente em virtude da insuficiente disponibilidade de recursos para a assistência e desenvolvimentos das políticas públicas. Dessa forma, quando temos essa limitação, devemos contribuir com uma maior eficiência possível, através do aperfeiçoamento dos instrumentos da gestão democrática do orçamento público, além de uma melhor gerência das políticas públicas por parte do legislador e do administrador público.

Assim, o fundamento da reserva do possível corresponde à finitude dos recursos e na infinidade de ações, cabendo ao Estado decidir sobre um ponto muito delicado, pois a aplicação de recursos em uma esfera estabelecida pode gerar um prejuízo em outra em razão da indisponibilidade de meios financeiros para arcar com tal.

Não obstante, a mera alegação de falta de recursos não é considerada suficiente, é necessária a comprovação dessa impossibilidade por parte da Administração Pública, através da inversão do ônus da prova conforme preceitua a legislação consumerista e que é aplicada neste caso por analogia (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

No mais, o Poder Judiciário diante dessa limitação de recursos e da ausência de previsão para englobar no orçamento, apropriadamente constatadas, deve determinar ao Poder Público que inclua na seguinte proposta orçamentária acerca da verba indispensável para a realização da política social e econômica, isto é, a política pública. Além de que a lei orçamentária não tem caráter vinculante, possibilitando o deslocamento dos recursos, o Judiciário tem a incumbência de definir, se por acaso haja inadimplemento do orçamento, a obrigação de fazer no que concerne à efetivação de uma política pública, seguindo o art. 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal (GRINOVER, 2010, p. 24 e p. 25).

Ao passo que a reserva do possível se fundamenta na limitação de recursos financeiros para a propositura e a implementação de políticas públicas, bem como para a efetivação de direitos fundamentais prestacionais, temos a ideia de mínimo existencial bastante presente no nosso ordenamento jurídico, com vistas de proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, este é consagrado como cláusula pétrea implicitamente. Enfim, muitas vezes há uma relação de dicotomia entre reserva do possível e mínimo existencial, mas são possíveis os dois conceitos conviverem e auxiliarem um ao outro para uma decisão mais justa.

A noção de mínimo existencial permeia no direito às condições básicas de existência mínima com dignidade e garante positivamente prestações de serviços sociais básicos por parte do Poder Público. Conforme esclarece Ana Paula de Barcellos, “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica”.

Portanto, o mínimo existencial possui relação também com o princípio da dignidade humana e com o direito à vida. Embora a definição da abrangência da ideia de mínimo existencial não disponha um conceito homogêneo e não resolva, ao menos em parte, os problemas que se apresentam no que se refere à exigência da prestação de direitos pela via judicial, o mínimo existencial é considerado como critério material de ponderação (SARLET, 2018, p. 632).

Ingo Wolfgang Sarlet citando Robert Alexy aponta três aspectos da problemática do mínimo existencial. A primeira no que se refere às prestações no âmbito do mínimo existencial, a totalidade destas poderia resultar no acarretamento de alto investimento público, e consequentemente, acometer outras disposições da sociedade. Outro aspecto diz respeito aos riscos que perpassam de uma imposição da essência dos direitos sociais e do mínimo existencial. E por último, já mencionado antes, a dificuldade na delimitação na temática do mínimo existencial, inclusive em relação à distribuição de competências, em virtude de que neste âmbito se sobrepõe a dificuldade de qual é a atribuição designado aos órgãos judiciais (ALEXY *apud* SARLET, 2018, p. 632).

Se por um lado temos a reserva do possível que justifica finitude dos recursos do orçamento público, em contrapartida temos a percepção sobre a importância do

mínimo existencial para garantia de condições mínimas dignas, como chegar a um consenso final?

A ideia de mínimo existencial vem sendo entendida também através do binômio, necessidade – capacidade, do administrador público, bem como do cidadão. E como já dito, se refere à manutenção das necessidades básicas vitais para a saúde (KRAMER, 2007, p.18). Mas o mínimo existencial se esbarra em diversas circunstâncias na reserva do possível.

É necessário que o magistrado tenha imensa cautela ao julgar a procedência ou não do pedido de determinada prestação obrigacional. Os direitos fundamentais não são absolutos, eles são suscetíveis às limitações, e é assim que o mínimo existencial e a reserva do possível funcionam, como agentes limitadores da atuação judicial.

Tantas vezes, o juiz não tem a devida preocupação com os impactos no orçamento público quando despacha favoravelmente a procedência de um pedido, por exemplo, no deferimento de um medicamento de elevado custo que sequer tem sua eficácia comprovada, além de impactar negativamente a alocação dos recursos, restringindo a um indivíduo o que deveria ser usufruído por toda a coletividade, o tratamento tem o risco de não ser eficaz.

Então, deve-se fazer uma ponderação quando definir a concessão à efetividade de um direito fundamental, especialmente o direito à saúde, que resulte em imensos gastos financeiros ao Estado. É imprescindível que o magistrado não se esqueça da viabilidade econômica, pois nada adianta deferir o direito para uma pessoa e prejudicar os direitos dos demais integrantes da sociedade, assim, precisa analisar até que momento é possível o auxílio sem colocar em risco o funcionamento equilibrado do SUS, em termos financeiros.

Diante disto, é importante estudarmos melhor o objeto de estudo do presente trabalho, o fornecimento de medicamentos de alto custo pela via judicial, no que concerne o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, servindo este como outro parâmetro de limitação da atividade jurisdicional.

4.2 FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E A SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA 761

A judicialização da saúde representa a atuação do Judiciário em vultosas demandas ajuizadas em face do Estado, que buscam a efetividade deste direito fundamental através da prestação de certo serviço, como o custeamento de tratamento, exame, fármaco ou insumo terapêutico, como já trabalhamos acima.

Neste subtópico trataremos especialmente sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo pela via judicial. Há casos em que o paciente é acometido por alguma enfermidade rara ou crônica, que precisa de um tratamento de alta complexidade, por meio de medicamentos de elevado custo e uso contínuo. Inclusive há a lista de dispensação de medicamentos excepcionais criada pelo Programa de Medicamentos Excepcionais, no ano de 1993, e em seguida, regulamentado por diversas Portarias, o que gerou uma ampliação do quantitativo de remédios excepcionais ofertados pelo Sistema Único de Saúde.

No entanto, são milhares os números de prestações negados pelo Estado, muitas vezes em virtude da alegação e demonstração da reserva do possível, pois o provimento de determinado fármaco de alto valor acabaria acarretando no comprometimento dos recursos alocados para bancar por exemplo o funcionamento de um hospital, que possui vários pacientes precisando de medicamentos, insumos terapêuticos, cirurgias, tratamentos, entre outros.

Outrossim, há diversos casos em que o Estado não disponibiliza o medicamento de alto custo em virtude deste não estar presente na lista de medicamentos elencados pelos sistemas do SUS. Assim, ao se deparar com a negativa da efetividade de um direito prestacional, o paciente recorre ao Judiciário com a finalidade de obtenção. E como diz a velha máxima “no Brasil, quem dá a última palavra é o Poder Judiciário” se coaduna com o fenômeno da judicialização da saúde.

A problemática surge neste aspecto, uma vez que o intenso número de processos que dizem respeito ao direito à saúde vem se multiplicando a cada dia que passa, isso vem gerando também um abalroamento nas decisões acerca dessa discussão. Uns se preocupam tão somente com a questão da reserva do possível,

outros usam como ponto preponderante o mínimo existencial, o que não contribui para uma maior viabilidade jurídica da matéria.

A jurisprudência não deixa o debate de lado e nos últimos anos vem examinando parâmetros para uma solução mais enérgica. Em sede de STF, temos o julgamento da STA 175, em março de 2010, que estabeleceu alguns critérios, tais como a responsabilidade do Estado é solidária, englobando todos os entes; o direito à saúde deve ser organizado pelos Poderes Executivo e Legislativo via de regra; a irregular afetação do SUS e a insuficiência de recursos deve ser comprovadas pelo Poder Público; a distinção entre remédio novo e experimental, o primeiro é aquele que é permitida sua comercialização e já passou pelos testes clínicos no país que nasceu, enquanto o segundo se trata daqueles que ainda estão em fase de testes e não podem ser vendidos, por fim, o STF optou por conceder, de forma excepcional, pela via judicial o medicamento novo que ainda não foi registrado na ANVISA ou nas listas de medicamentos do sistema de saúde, proibida a imposição de prestação de medicamento experimental (SARLET, 2018, p. 654).

Contudo, na esfera do RE 466.471/RN, ainda pendente de julgamento, mas com votos colhidos do Relator Min. Marco Aurélio e de alguns ministros, reconhecida a Repercussão Geral, o objeto do litígio se funde na obrigação do Estado na dispensação de fármaco de elevado custo não abarcado na Política Nacional de Medicamentos, a paciente que possui moléstia grave e é desprovida de meios financeiros para sua compra (SARLET, 2018).

O Relator votou pelo reconhecimento do requerimento do autor do processo na origem e pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, justificando que o medicamento era indispensável para a manutenção do mínimo existencial e a impossibilidade suprir sua falta mediante uso de outro remédio constante nas listas, e ainda, levando em consideração a insuficiência financeira da parte autora, uma vez que foi demonstrado a inviabilidade do pagamento pelo autor e pela sua família.

Enquanto o Ministro Roberto Barroso, em voto-vista, votou pelo desprovimento do recurso, pois durante o decurso do pleito, o medicamento foi aprovado pela ANVISA e adentrou no cadastro de remédios do SUS, contudo fez questão de destacar que na hipótese de medicamento não elencados, é preciso

reparar em um conjunto de critérios cumulativos com intuito de manter a condição de excepcionalidade.

Os critérios materiais e procedimentais estabelecidos por Barroso foram os seguintes, a demonstração da incapacidade de suportar os recursos financeiros para custeamento do remédio; a prova de que a não integração deste não sucedeu de decisão dos órgãos competentes; a ausência de outro remédio que possa substituí-lo e que esteja inserido no sistema de saúde; a comprovação da eficácia do fármaco ajuizado; e a propositura da demanda deve ser em face da União, pois esta é competente para definir se o medicamento entra nas listas do SUS ou não (SARLET, 2018).

Em seu turno, o Ministro Edson Fachin se posicionou pelo provimento parcial do Recurso Extraordinário, com entendimento procedente ao argumento do Estado, em que não poderia ser incubido de pagar sozinho o medicamento, mas optou para que a União integre o polo passivo da demanda. Também observou alguns critérios e indicou que fossem mantidos os efeitos das sentenças proferidas pelas instâncias ordinárias que tratem sobre o tema constitucional sujeito à Repercussão Geral (SARLET, 2018, p. 655).

Outro julgado emblemático é a Suspensão da Tutela Antecipada 761 do Distrito Federal, em 2015, proposta pelo município de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça do DF que preservou a antecipação de tutela decidida pelo juízo monocrático, o qual fixou o fornecimento de medicamento essencial para doença genérica rara, conhecida como hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), CID 10-D59.5. O medicamento denominado SOLIRIS (Eculizumabe) é importado, de alto custo, o valor anual do tratamento para uma pessoa é cerca US\$ 409.500,00, além de não possuir registro na ANVISA (STF, 2015).

Assim, o Estado de São Paulo utiliza estes argumentos para fundamentar a negativa do fornecimento do remédio. No mais, sustenta que há dois substitutos terapêuticos eficazes no tratamento dessa enfermidade, o transplante de células tronco hematopoiéticas (TCTCHa) que funcionam como curativo e os imunossupressores, as transfusões sanguíneas, os androgênios, a reposição de ferro e ácido fólico e a anticoagulação, estes são considerados paliativos. Destaca também o “risco de grave lesão à economia pública”, em vista do custeamento anual

em cerca de um milhão de reais para o tratamento, fundamentando na reserva do possível, já que a disponibilidade de recursos não é infinita. Por fim, requereu o provimento do agravo regimental para concessão da suspensão da tutela antecipada.

Entretanto, o Presidente Ministro Ricardo Lewandowski não acolheu a pretensão. Primeiro, entendeu que a decisão recorrida respeitou os limites normativos para suspensão de segurança. Considerou também que o Estado de São Paulo não obteve êxito na comprovação do perigo de grave lesão à ordem pública. Reiterou o parecer do Ministério Público Federal, na figura do Procurador-Geral Rodrigo Janot, em alguns pontos, tais como, embora se tenha o entendimento firmado de vedação aos medicamentos que não sejam registrados na ANVISA, no entanto não é um critério absoluto, então opinou pela excepcionalidade devido à demonstração do medicamento ser plenamente eficaz e o único meio nessa condição. Ademais, o Estado alega a existência de terapêuticas como forma alternativa, porém não comprovou a eficácia dos tratamentos e a disponibilização ao portador da doença. Dessa forma, o Ministro julgou pelo indeferimento do agravo regimental (STF, 2015).

Outro parâmetro idealizado, dessa vez, pela doutrina é o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Consoante a professora Ada Pellegrini Grinover nos ensina, “o princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”. Assim, este princípio atuaria impedindo as intervenções judiciais excessivas no âmbito dos direitos fundamentais, bem como proibindo as demandas escassas dos órgãos estatais no que tange sua competência de elaboração de políticas públicas.

Segundo Ada Pellegrini, a intervenção do Judiciário nas políticas públicas não fere a separação dos poderes, é possível sua intervenção, mas está sujeita aos limites dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em que o magistrado deve fazer uma análise do caso concreto e preponderar se o legislador ou o administrador público ao formular sua decisão deu mais ênfase para os interesses individuais ou coletivos. Portanto, tem como base a razoabilidade do pedido

individual social deduzido em face do poder público e a irrazoabilidade do agente público.

Dessa forma, a determinação de orientações acerca da judicialização da saúde é uma questão imprescindível para que a sociedade conheça os deveres do Estado para a concretização deste direito, bem como saiba os limites de atuação do Judiciário frente a uma ação jurisdicional que pleitea pela imposição da obrigação prestacional. No caso, diante de dois parâmetros utilizados pelo STF, o fornecimento de remédios sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e os medicamentos de elevado custo não elencados pelo Sistema Único de Saúde, merecem críticas, pois não correspondem ao critério da razoabilidade.

A política pública tem como escopo o atendimento do maior número de indivíduos com a mesma quantidade de recursos, em termos de eficiência e razoabilidade. Assim, diante de alguns limites, como a reserva do possível, a definição das margens do mínimo existencial e a razoabilidade e proporcionalidade, temos a interferência do Judiciário sem excessos em que pese o exercício das políticas públicas.

4.3 A ÓPTICA DA MAGISTRATURA PARAIBANA

Diante de toda problemática do presente trabalho, com o intuito de enriquecermos o debate, buscamos o posicionamento daqueles que estão diariamente lidando com esses entraves, os magistrados. Fomos em dezesseis Varas Cíveis e em seis Varas da Fazenda Pública do Fórum Desembargador Mário Moacyr Porto, da Comarca de João Pessoa. No entanto, na ocasião apenas foi possível entrevistar poucos juízes, razão pela qual restrinhi a aplicação da pesquisa na perspectiva de seis magistrados, os demais magistrados não puderam colaborar com o trabalho, em virtude de estarem apreciando liminares, proferindo sentenças, realizando audiências ou por ausência na vara, em vista de algum impedimento.

A pesquisa consistiu em entrevista por meio de questionário estruturado, onde foram formuladas quatro questões tomando como escopo o objeto de estudo do presente trabalho, pontos que são tangentes à judicialização da saúde. O resultado

dessas perguntas será apresentado em forma de porcentagem e será debatido acrescentando nosso ponto de vista a respeito de determinado aspecto. No final do trabalho, colocamos as entrevistas em anexo.

Em termos gerais, os direitos fundamentais e os direitos humanos passaram por um longo processo de construção histórica, seja no plano nacional e no internacional, assim também aconteceu com o direito à saúde. E finalmente, em 1988, foi amparado na nossa Constituição Federal, em seguida, foi previsto na legislação infraconstitucional.

Com a constitucionalização do direito à saúde, este direito passou a ser tutelado e assim passível de exigibilidade no âmbito jurisdicional, posto isto, o número de demandas processuais que buscam a efetivação da saúde pelo Poder Judiciário cresceu exorbitantemente nos últimos anos, o que deu origem ao fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

Assim, questionamos se a interferência do Judiciário na concretização do direito à saúde seria uma solução satisfatória para a garantia deste direito, 66% dos magistrados compreendem neste sentido. A maioria dos juízes entendeu que essa questão deveria ser resolvida administrativamente, através da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, mas diante de algum problema não foi implementada, por exemplo, frente a uma omissão do poder público, assim se faz preciso mediante a intervenção do Judiciário, muito foi dito que é uma solução emergencial e necessária, mas não pode ser considerada como satisfatória.

Como já falado no curso do trabalho, também adotamos este posicionamento. A judicialização da saúde contribuiu para a efetivação deste direito de forma ímpar, no entanto, a excessiva atuação do Judiciário nesta seara vem provocando alguns descompassos, como a ingerência da reserva do possível. Por fim, entendemos que é possível a intervenção judiciária, mas vemos que este atendimento deve ser excepcional, uma vez que a regra é de competência dos poderes públicos.

Durante muito tempo, se defendeu que a interferência judicial acabaria violando o princípio da separação dos poderes, em vista de que os Poderes Executivo e Legislativo são responsáveis pela regulamentação e fomentação das políticas públicas, em sede de direito à saúde, atuam na sua organização por meio

da distribuição de recursos orçamentários e elaboração de políticas públicas que atendam o maior número de pessoas possível.

No entanto, esse entendimento já foi ultrapassado, e já foi pacificado nos tribunais que a intervenção jurisdicional não desrespeita a harmonia dos poderes. Da mesma forma, 100% dos magistrados entrevistados, isto é, todos, entendem que não há a quebra da separação dos poderes. Inclusive, apontaram para a desfuncionalidade da política pública e a ineficiência dos demais poderes como causa para a provocação da atuação do Judiciário neste âmbito. No mais, entendemos que são necessários alguns limites para a ação do Judiciário nas políticas públicas, como a razoabilidade e a proporcionalidade.

Ademais, 83% dos juízes depreendem que quando o Estado é obrigado a fornecer determinado medicamento de alto custo, está favorecendo aqueles que têm acesso ao Judiciário em detrimento de outros, a consequência disto é um tratamento anti-isonômico na prestação de políticas públicas de saúde.

Isto porque grande parte dos beneficiados com o fornecimento de medicamento pela via judicial detém boas condições socioeconômicas e são capazes de custear um advogado para representação em juízo, além de possuir certo grau de conhecimento jurídico. Assim, acaba privilegiando as minorias que tem acesso ao Judiciário, ao passo que contraria as diretrizes do Sistema Único de Saúde, e principalmente, os princípios da equidade e da isonomia.

Embora sejam apresentados alguns pontos acima que demonstram que a judicialização da saúde não é o caminho mais satisfatório, ao se deparar com um caso concreto, muitas vezes o juiz acaba julgando como procedente o direito à prestação. Como no seguinte caso apresentado, em que o deferimento do acesso a um medicamento de elevado custo apenas para um indivíduo iria trazer o comprometimento da manutenção de um hospital público, em vista da verba acabar, mas ao mesmo tempo, caso não haja o deferimento, o paciente irá a óbito, 66% dos magistrados decidiriam pela procedência do pedido.

Percebemos que há muito zelo com o direito à saúde no aspecto de interligação com o direito à vida e ao princípio da dignidade humana, demonstraram durante a entrevista que há uma ênfase ao mínimo existencial. Inclusive, um

magistrado apontou que a vida humana sempre vem em primeiro lugar, pois tantos outros dispositivos legais versam sobre a proteção desse direito, como a vedação ao aborto, por exemplo, assim, há uma conexão do direito à saúde e o direito à vida.

Este mesmo magistrado fez outra ponderação, dessa vez fazendo uma comparação ao processo penal, em especial ao instituto do *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida, a favor do réu; ele acentuou a máxima de que vale mais mil culpados soltos do que um inocente preso, assim, fazendo o paralelo com o caso em epígrafe, vale mais uma vida assegurada do que os recursos do hospital acabarem. Ele defendeu que deveria fazer uma alocação de meios financeiros para o sustento do hospital, buscando uma solução para todos.

Acontece que, como já dito antes, os magistrados esquecem que o quantitativo de recursos financeiros não é infinito, há uma distribuição do orçamento público pelos entes federativos, o que limita os valores empregados para custear a saúde. É necessário fazer uma razoabilidade entre o mínimo existencial e a reserva do possível de acordo com o caso concreto.

Além do mais, entendemos que é imprescindível saber se o medicamento realmente é eficaz no tratamento da doença, devendo ser comprovada sua eficácia através de testes e ser registrado na ANVISA ou nas listas de medicamentos do SUS. Também há a possibilidade de verificar a existência de medicamentos alternativos no meio e que também sejam proativos.

Destarte, esta análise da óptica da magistratura paraibana possibilitou vislumbrar acerca da atuação do Judiciário paraibano no que diz respeito às ações que versam sobre o direito à saúde, compreendendo seu ponto de vista e tecendo algumas críticas, tornando o debate ainda mais engrandecedor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda construção histórica dos direitos fundamentais seja no âmbito internacional, seja no âmbito de cada constituição nacional, bem como com toda dimensão dos direitos humanos, ambos se coadunam para formar todo arcabouço jurídico. No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 surgiu como mecanismo garantidor de direitos, por meio da positivação dos direitos fundamentais.

Dentre os diversos direitos previstos na Carta Magna, temos o direito à saúde, que também passou por uma evolução histórica até chegarmos ao conceito definido que temos atualmente, não se atendo tão somente ao aspecto biológico, mas também ao ambiental, comportamental e social. O direito fundamental à saúde é considerado como direito de segunda dimensão, sendo direito social, e pode ser tutelado subjetivamente.

Houve a implementação do Sistema Único de Saúde, uma rede complexa descentralizada, hierarquizada e regionalizada, com o intuito de garantir o atendimento e a prestação da saúde à sociedade. Embora tenha grande arcabouço normativo com sua legislação infraconstitucional, ainda carrega uma falta de efetividade no plano prático.

Os principais responsáveis para efetivação deste direito são os Poderes Legislativo e Executivo, um atua na seara normativa, outro age formulando políticas públicas, e ainda, proporcionando o orçamento para execução. Se houvesse uma ideal gerência desses poderes, o Judiciário atuaria em poucas demandas com o intuito de assegurar a prestação de direitos, contudo não é o que vem ocorrendo, há uma omissão por parte do Poder Público, o que vem agravando a judicialização da saúde. A intervenção judicial na efetivação das políticas públicas não macula o princípio da separação dos poderes, no entanto adotamos a posição de que essa interferência deve ser em caráter excepcional, não viabilizando como regra.

Nossas leis estão ordenadas de forma a não ter a devida preocupação com a realidade orçamentária, e ainda, as próprias políticas públicas são organizadas de forma distante da disponibilidade de recursos. A intervenção do Judiciário nas

políticas públicas acaba dificultando, ainda mais, a gestão dos recursos econômicos, uma vez que ao deferir a prestação de determinado medicamento de alto custo acaba relocando recursos apenas para um indivíduo, quando deveria ser utilizado para o atendimento do maior número de pessoas possíveis.

No que diz respeito ao perfil dos indivíduos que buscam a tutela jurisdicional do direito à saúde, verificamos que a maioria possui advogados particulares e certo nível de conhecimento jurídico, o que acarreta no tratamento anti-isonômico das políticas públicas, privilegiando alguns em detrimento de outros, e consequentemente, ferindo o princípio da equidade.

Observamos ainda, outras problemáticas em torno dos recursos orçamentários, inclusive o subfinanciamento do sistema, o que mostra que a verba para a saúde é insuficiente, há também a má repartição das receitas públicas tributárias entre os entes federativos, além disso, a má gestão desta.

Com o crescente número de processos, surgiu a fundamentação da reserva do possível, em que se justifica na limitação da disponibilidade de recursos financeiros para a concretização de direitos fundamentais, ao passo que exigiria esforços desproporcionais ao que o orçamento público é capaz de ofertar, a maior consequência disto seria o significativo impacto negativo no orçamento, ao mesmo tempo, é necessário fazer uma ponderação com a noção de mínimo existencial, para que termos uma decisão mais justa.

Outro parâmetro que apresentamos para o fornecimento de medicamentos de alto custo diz respeito ao princípio da proporcionalidade, que tem como base a razoabilidade do pedido individual social deduzido em face do poder público e a irrazoabilidade do agente público.

Por fim, realizamos entrevistas com os magistrados da Varas Cíveis e Varas da Fazenda Pública do Fórum Cível Desembargador Mário Moacyr Porto, estes possuem maior experiência no trato com processos relacionados ao direito à saúde, e no que concerne à judicialização da saúde, a maioria dos juízes não consideram como uma solução satisfatória para a garantia deste direito, mas como uma medida emergencial, uma vez que há uma omissão ou ingerência do Poder Público.

Assim, inferimos tais parâmetros idealizados no presente trabalho auxiliam para a adequação na esfera das decisões judiciais no nosso país, buscando tornar o fenômeno da judicialização da saúde de forma menos prejudicial, no que tange o impacto da tutela jurisdicional nas políticas públicas e o orçamento público. A judicialização da saúde é um importante mecanismo para concretização do direito à saúde, mas não é o caminho mais satisfatório, é necessário o aprimoramento do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA. A dívida pública é o centro dos problemas nacionais. 02 mar. 2018. Disponível em:

<<https://auditoriacidada.org.br/conteudo/divida-publica-e-o-centro-dos-problemas-nacionais/>>. Acesso em 19 set. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 278.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Ed.4. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 108.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012. p. 25. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar.1996.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 9^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 mar. 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Decreto nº 591. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Promulgado em 06 de julho de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657718**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível nº 408729 – CE - 2006.81.00.003148-1). Requerente: União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 761**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Município de São Paulo. Requerido: Rafael Fabricio Viscardi Kawasaki. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25330439/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-761-df-stf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BIANCARELLI, A. **Febre de processos judiciais ameaça a saúde dos Estados**. Valor online, 19 nov. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, jun. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. Ed.11. São Paulo: Saraiva. 2018.

CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; Souza, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In:

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial.** São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v.7, n.7, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/.../1969>> Acesso em: 12 out. 2018.

KRAMER, Ana Cristina. **O Poder Judiciário e as ações na área de saúde.** Disponível em:<

http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm> Acesso em: 10 abr. 2007

MARRARA, Thiago; NUNES, Cydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial.** São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

Medicamentos Excepcionais (Uso contínuo e alto custo). Disponível em: <<http://www.saudedireta.com.br/docsupload/1331122392Medicamentos%20Excepcionais.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde - NOB-SUS/96. Portaria nº 2203. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 nov. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.html>. Acesso: 13 ago. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**, 1986. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.

NETO, Lourenço de Miranda Freire. **Entre jalecos e togas:** a formação profissional de médicos e juristas e os entraves para efetivação do acesso à saúde no Brasil. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Recife. 2015. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/545/1/lourenco_miranda_freire_neto.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the World Health Organization.** Basic Documents. Genebra: OMS, 1946. Disponível em <http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Saúde no Brasil.** 1998. Disponível em eBook Kindle, Amazon Servicos de Varejo do Brasil Ltda. Acesso em: 11 mai. 2018

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009. Disponível em: <

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2307.pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; CASTRO, Róbison Gonçalves de. O direito à saúde e o orçamento público: a busca de um equilíbrio estável. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

SANTANA, José Lima. O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS). In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

SANTOS, José Sebastião dos; MESTRINER, Darlene Caprari Pires; JÚNIOR, Dílson Braz da Silva; CARLUCCI, Nina Valéria; SILVEIRA, Sebastião Sérgio; GANIDINI, João Agnaldo; UETA, Julieta. A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do Sistema único de Saúde e da indústria. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. **Revista Atual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Ed.6. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 309.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2.ed. São Paulo: RT. 1982.

SODRÉ, Habacuque Wellington. As deficiências da atuação legislativa como fator de ativismo: hipertrofia e omissão legislativa. Uma análise da sociologia jurídica sobre o caso brasileiro de ativismo judicial. **DPU nº43 – Seção Especial: teorias e estudos científicos**. Disponível em:<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/2057/1084>> . Acesso em: 17 set. 2018.

SUSTEIN, Causs; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ANEXOS

ANEXO A

Questionário para pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Judicialização da Saúde: a aquisição de medicamentos de alto custo pela via judicial”.

Vara 1

Magistrado(a) 1

ANEXO B

Questionário para pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Judicialização da Saúde: a aquisição de medicamentos de alto custo pela via judicial”.

Vara 2

Magistrado(a) 2

ANEXO C

Questionário para pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Judicialização da Saúde: a aquisição de medicamentos de alto custo pela via judicial”.

Vara 3

Magistrado (a) 3

ANEXO D

Questionário para pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Judicialização da Saúde: a aquisição de medicamentos de alto custo pela via judicial”.

Vara 4

Magistrado(a) 4

ANEXO E

Questionário para pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Judicialização da Saúde: a aquisição de medicamentos de alto custo pela via judicial”.

Vara 5

Magistrado(a) 5

ANEXO F

Questionário para pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Judicialização da Saúde: a aquisição de medicamentos de alto custo pela via judicial”.

Vara 6

Magistrado(a) 6