



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

GILVÂNKLIM MARQUES DE LIMA

**O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: ENTRE A
CONCRETIZAÇÃO E A INVIABILIDADE**

**JOÃO PESSOA-PB
2015**

GILVÂNKLIM MARQUES DE LIMA

O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ENTRE A CONCRETIZAÇÃO E A INVIABILIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), orientada pelo **Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros**, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Inclusão social, proteção e defesa dos Direitos Humanos.

**JOÃO PESSOA-PB
2015**

Lima, Gilvânklím Marques de.

L732d O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: entre a concretização e a inviabilidade / Gilvânklím Marques de Lima – João Pessoa, 2015.

150 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, 2015.

GILVÂNKLIM MARQUES DE LIMA

**O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ENTRE A
CONCRETIZAÇÃO E A INVIABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), orientada pelo **Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros**, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Linha de Pesquisa: Inclusão social, proteção e defesa dos Direitos Humanos.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros
Orientador

Profª Drª Lorena de Melo Freitas
Membro interno

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
Membro interno

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior
Membro externo -UFPE

À minha querida Thaíse, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus por me haver concedido o dom da vida e a oportunidade de concluir este trabalho.

Aos meus pais, Cícera e Eduardo e à minha tia Zária, externo minha gratidão por me terem, em sua simplicidade, concedido a educação moral necessária para trilhar os caminhos do existir.

Também tributo especial gratidão à minha esposa, a quem dediquei este trabalho, às minhas três irmãs, à minha sobrinha Mariana e aos meus sogros, por me dispensarem a convivência familiar necessária à felicidade de qualquer ser humano.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros, pela paciência, suporte na produção deste trabalho, bem como pela liberdade que me concedeu para construir os posicionamentos nele defendidos.

Agradeço também aos professores do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, pelos ensinamentos que me foram proporcionados ao longo destes dois anos e pelas instigantes discussões em sala de aula, bem como aos meus colegas de curso, pela boa convivência e amizade que me foram dispensadas.

Por fim, externo minha gratidão também ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região e à Justiça Federal de Primeiro Grau - Seção Judiciária da Paraíba, pelo suporte financeiro que viabilizou a conclusão deste Curso, bem como pelas dispensas ao trabalho que me foram concedidas quando necessárias para participar das atividades do Programa de Pós-graduação.

RESUMO

A inclusão do direito à assistência universal e integral à saúde no texto da Constituição Federal de 1988 inovou em relação aos sistemas constitucionais que vigoraram no Brasil anteriormente. Isso porque, na conjuntura normativa antecedente, não se dispensava à saúde pública a devida atenção, deixando ao critério dos gestores públicos a implementação das políticas sanitárias que julgassem relevantes. Com isso, na maior parte da história brasileira, essas políticas se circunscreveram à dispensa de um atendimento precário, em especial para a grande parcela da população que não se encontrava filiada ao sistema previdenciário e também não dispunha de recursos financeiros para custear o atendimento privado. No entanto, a constitucionalização do direito à assistência integral e universal à saúde na Carta de 1988 trouxe importantes desafios na implementação desse direito, principalmente em decorrência do importante volume de recursos financeiros necessário para um atendimento satisfatório. Dentro de um contexto de recursos orçamentários limitados e anseios crescentes da população em torno da concretização do direito à saúde, o Poder Judiciário vem assumindo um papel cada vez mais participativo, outorgando, em sede de demandas individuais, prestações concretas envolvendo o direito à saúde. Mas, a crescente interferência do Poder Judiciário no gerenciamento de políticas públicas de saúde tem provocado algumas dificuldades na gestão da parcela orçamentária destinada ao custeio da assistência sanitária, interferindo no planejamento das políticas públicas de saúde delineadas pelos gestores. Diante desse contexto, no presente trabalho se busca, mediante a adoção de uma base metodológica lastreada em pesquisas bibliográficas e na avaliação da conjuntura jurisprudencial e doutrinária relacionada ao tema, analisar como problema de pesquisa se a interferência do Poder Judiciário - que vem se acentuando ao longo do tempo e se inclinando a reconhecer o direito à saúde como uma prestação de natureza absoluta, por ter uma íntima relação com o direito à vida - é legítima e se ela traz ou não benefícios para a concretização do direito em análise, partindo-se da hipótese, que ao final se confirma, de que ela se constitui, na verdade, em mais um instrumento que aprofunda iniquidades, tornando distante o objetivo constitucional de assegurar a todos um acesso à saúde pública de forma universal e igualitária.

Palavras-chave: Políticas públicas. Direito à saúde. Custos. Interferência. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The inclusion of the right to universal and comprehensive care to health in the text of the 1988's Federal Constitution innovated in relation to the Constitutions prevailing in Brazil previously. This is because in previous normative situation not dispensed to public health due attention, leaving to the discretion of public officials the implementation of health policies they deemed relevant. Thus, in most of Brazilian history, they are circumscribed to the supply of a poor service, especially for the large portion of the population that was not affiliated to the social security system and also does not have the financial resources to pay for private care. However, the constitutionalization of the right to full and universal health care in the 1988 Constitution brought important challenges in implementing this right, mainly due to the significant amount of financial resources necessary for satisfactory service. Within a context of limited budget resources and growing aspirations of people around the realization of the right to health, the Judiciary has assumed an increasingly participatory role, granting, in place of individual demands, deliverables involving the right to health. But the growing interference of the Judicial Branch in managing public health policies has caused some difficulties in managing the budget portion allocated to the financing of health care, interfering in the planning of public health policies outlined by managers. In this context, the present work is sought by the adoption of a methodological basis backed by literature searches and evaluation of jurisprudential and doctrinal context related to the theme, analyzing how research problem is the interference of the judiciary - which has been increasing to over time and leaning to recognize the right to health as a supply of absolute nature, to have an intimate relationship with the right to life - is legitimate and if it brings or no benefits for the realization of the right in question, starting from the assumption, that the end is confirmed, that it is actually more an instrument that deepens inequalities, far making the constitutional objective of ensuring everyone access to public health care universal and equitable manner.

KEYWORDS: Public policies. Right to health. Costs. Interference. Judicial Branch.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. – Artigo

CAP – Caixa de Aposentadoria e Pensão

CEME – Central de Medicamentos

CF – Constituição Federal

CIB – Comissão Intergestores Bipartite

CIT – Comissão Intergestores Tripartite

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

CONASEMS – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde

DATAPREV – Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social

DNSP – Departamento Nacional de Saúde Pública

DRU – Desvinculação de Receitas da União

FUNABEM – Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor

IAP – Instituto de Aposentadoria e Pensão

IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

IPVS - Índice Paulista de Vulnerabilidade Social

LBA – Legião Brasileira de Assistência

Nº - Número

NOB – Norma Operacional Básica

P. – Página

PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público

PDCT – Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PIS – Programa de Integração Social

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

RENASES – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde Pública

S.P – Sem página indicada. Texto extraído da rede mundial de computadores

SEADE - Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados

SESP – Fundação Especial de Saúde Pública

SICAU - Sistema Integrado de Controle das Ações da União

SIMPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUDS – Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

USP – Universidade de São Paulo

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 PERCURSO ENTRE O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL	15
1.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL.....	16
1.2 MOVIMENTOS DE SUPERAÇÃO DO CAPITALISMO E DO ESTADO LIBERAL	20
1.3 O SURGIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL....	22
1.4 OS DIREITOS DE NATUREZA PRESTACIONAL NO ESTADO SOCIAL.....	24
1.5 O MODELO DE ATUAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA GARANTIA DE DIREITOS PRESTACIONAIS.....	27
2 O SURGIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	30
2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO APÓS A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	30
2.2 A INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS AOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS LOCAIS	33
2.3 A INFLUÊNCIA DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS RELATIVOS A DIREITOS SOCIAIS SOBRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS LOCAIS.....	36
2.4 ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS ESTRUTURADAS A PARTIR DO PAPEL DESEMPENHADO PELO ESTADO PARA LHEAS ASSEGURAR EFETIVIDADE	40
2.5 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS MEDIANTE A APLICAÇÃO DAS BALIZAS DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” E DA “RESERVA DO POSSÍVEL”	43
2.5.1 O mínimo existencial na Constituição Brasileira de 1988	47
2.5.2 A reserva do possível e o controle judicial das alocações orçamentárias destinadas a implementação de políticas públicas	49
2.5.3 O mínimo existencial e a reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	55
3 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	61
3.1 O DIREITO À SAÚDE NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	61
3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SEU MODELO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	68
3.2.1 O Sistema Único de Saúde: sua organização e diretrizes constitucionais	70
3.2.2 A forma de escolha das prestações ofertadas pelo Sistema Único de Saúde aos seus usuários	80
3.3 O MODELO DE FINANCIAMENTO DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE E AS SUAS DIFICULDADES	85

4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	91
4.1 O CENÁRIO ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	91
4.1.1 A posição do Supremo Tribunal Federal nas demandas envolvendo o direito à saúde..	96
4.1.1.1 Possibilidade de bloqueio de verba pública destinada ao cumprimento de ordem judicial que determina a concessão de assistência terapêutica	102
4.1.1.2 A responsabilização solidária dos entes federados e os problemas que ela provoca na gestão do Sistema Único de Saúde	103
4.2 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA BUSCA POR PARÂMETROS OBJETIVOS PARA NORTEAR OS JULGAMENTOS DE QUESTÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE	106
4.3 DISPARIDADES PRODUZIDAS NO ACESSO À SAÚDE PELA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	112
4.4 O JUIZ, O CASO CONCRETO E A EMOÇÃO: COMO LIDAR COM ESSAS VARIÁVEIS?	120
4.5 PROPOSIÇÃO DE UM CAMINHO PARA A RACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS INTERVENTIVAS DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	136
ANEXO I: RESPOSTA À CONSULTA FORMULADA POR GILVÂNKLIM MARQUES DE LIMA AO MINISTÉRIO DA SAÚDE EM 16 DE MARÇO DE 2015, COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 12.527/2011 (LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO), OBJETO DO PROTOCOLO Nº 25820000862201502, CUJA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DA RESPOSTA OFERTADA POR AQUELE ÓRGÃO FEDERAL SEGUE NAS PÁGINAS SEGUINTE.....	144

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a saúde como direito social ao lado da educação, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados (CF, art. 6º), assegurando o acesso universal e igualitário a tal direito (CF, art. 196), rompeu com o histórico constitucional brasileiro que dispensava pouca atenção normativa à assistência à saúde.

Essa consagração do direito social à saúde e a garantia de sua universalização igualitária prevista na Carta de 1988 gerou na sociedade elevadas expectativas em relação ao custeio integral de medidas preventivas e curativas pelo Estado. No entanto, como o suporte financeiro para concretização do direito em análise não foi proporcional a dimensão que lhe foi dada pelo Constituinte, muitos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS, ao demandarem produtos ou serviços de forma gratuita, viram-se frustrados em seus anseios. Diante disso, passaram a buscar junto ao Poder Judiciário acesso ao que lhes era negado administrativamente.

O número de demandas judiciais vem crescendo bastante ao longo dos anos. São pleitos voltados ao acesso a drogas de alto custo não previstas na relação padronizada do Ministério da Saúde, pedidos de vagas em unidades de terapia intensiva - UTI, quando aquelas existentes nas entidades públicas se encontram lotadas; tratamentos de alto custo não raro a serem realizados no exterior; importação de substâncias farmacêuticas ainda não providas do devido registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e outros similares.

Confrontado com esses pleitos, o Poder Judiciário vem prolatando decisões, às vezes sem o devido cuidado, ensejando o surgimento de um problema vinculado aos sérios desequilíbrios orçamentários e dificuldades de planejamento na gestão do SUS, prejudicando ainda mais o acesso da população a uma assistência sanitária satisfatória. Isso porque, os recursos orçamentários realocados por decisões judiciais, a fim de garantir tratamentos não raras vezes de natureza experimental a um cidadão específico, prejudica um número acentuado de pacientes que necessita de cuidados básicos, dos quais são privados em virtude de uma interferência mal planejada do Poder Judiciário.

Diante desse cenário, parte-se da hipótese de que a intervenção do Poder Judiciário somente é benéfica à concretização do direito à saúde quando ela observa parâmetros que garantam a universalização dos serviços em favor de qualquer indivíduo que dele venha a

necessitar. Decisões judiciais prolatadas em demandas individuais, sem analisar o sistema de saúde em sua integralidade, possivelmente trazem mais malefícios do que benefícios à concretização do direito à saúde, pois ensejam um remanejamento não planejado de verbas orçamentárias, prejudicando a execução de ações em favor de um número maior de potenciais beneficiários da assistência sanitária.

Para a construção deste trabalho, adotou-se como metodologia inicial a realização de um levantamento histórico da evolução do direito à saúde no Brasil, oportunidade em que se buscou identificar como ele vem sendo tratado ao longo do tempo, possibilitando uma melhor apreciação do estágio de reclamação judicial crescente no qual ele se encontra imerso atualmente.

Concluída a pesquisa histórica que abarcou, inclusive, o estágio atual do direito à saúde no sistema constitucional em vigor, buscou-se demonstrar que a intervenção do Poder Judiciário em sede de demandas voltadas ao atendimento de necessidades individuais de assistência à saúde possui influência sistêmica, sendo ela, segundo a hipótese encampada, mais nociva do que benéfica para fins de concretização do direito à saúde.

A pesquisa teve como base metodológica a consulta à bibliografia referenciada, a avaliação do posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da temática, em especial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil e responsável pela consolidação do entendimento judicial definitivo em matéria constitucional.

O presente trabalho se encontra dividido em quatro partes. Na primeira, é analisada a formação do Estado Liberal e o percurso histórico que desembocou no Estado de Bem-Estar social ou *Welfare State*. Na segunda, é avaliado o surgimento e consolidação dos direitos sociais, dedicando-se atenção à influência de balizas como a “reserva do possível” e o atendimento ao “mínimo existencial” na concretização dos direitos de natureza prestacional. Em seguida, na terceira parte, discorre-se sobre o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, considerando os períodos precedentes e subsequentes à promulgação da Constituição Federal de 1988. A quarta parte é dedicada a um exame mais detalhado dos efeitos da intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, procurando-se definir balizas que legitimem ou não este modelo interventivo, que vem se consolidando na jurisprudência nacional. Por fim, são apresentadas as conclusões da pesquisa ora documentada.

1 PERCURSO ENTRE O ESTADO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL

A construção de um modelo de Estado com preocupações voltadas para o bem-estar da população não foi produto de conscientização das classes dominantes. Ao contrário, com a consolidação do modelo capitalista nas relações econômicas do Ocidente, buscou-se formatar um aparelho estatal que assegurasse o livre trânsito de mercadorias e o fornecimento de mão de obra com um mínimo de interferência possível do poder público, balizas estas consideradas fundamentais para o desenvolvimento do capitalismo. Com isso, foram lançados os fundamentos do liberalismo e do modelo de Estado mínimo, destinado, apenas, a proteger os direitos individuais dos cidadãos.

Com o tempo, verificou-se que os ideais de liberdade fomentados pelo liberalismo nada mais eram do que artifícios utilizados pela burguesia para proteger os seus interesses econômicos, uma vez que, sendo detentora dos meios de produção, a liberdade supostamente usufruída pelos trabalhadores se limitava ao ato de disponibilizar a sua força de trabalho para livre aquisição pelos burgueses, que detinham o controle dos meios de produção.

As distorções sociais produzidas pelo capitalismo fomentaram movimentos de resistência que pregavam, em linhas gerais, a aniquilação do modelo de Estado voltado a assegurar o processo de acumulação do capital.

Como reação ao crescimento desses movimentos de trabalhadores, que chegaram a levar adiante processos revolucionários relativamente exitosos, surgiram as bases de um modelo de Estado mais preocupado com o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, o que veio a ser denominado como Estado de Bem-Estar Social.

No presente capítulo, busca-se analisar o processo de transição entre os modelos de Estado Liberal e Estado Social ou *Welfare State*, uma vez que é no bojo desse último formato estatal que se desenvolvem os direitos de natureza prestacional, dentre os quais se insere a assistência à saúde, que constitui o núcleo fundamental deste trabalho.

1.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL

A consolidação da burguesia como classe social econômica e politicamente dominante trouxe para o âmbito das relações de poder do Estado elementos que não eram bem delineados em fases anteriores da história. A ideia de liberdade como valor fundamental, inerente a todos os seres humanos como decorrência de sua própria condição, não ensejou o surgimento de uma sociedade igualitária e de homens felizes e harmônicos, tal como se procurou disseminar durante o movimento revolucionário de 1789 na França¹, bem como nos ideais presentes na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776.

A liberdade que se alcançou no momento em que a burguesia conseguiu erradicar os estamentos sociais que formaram a base do feudalismo², na verdade, originou a cisão da sociedade em dois segmentos originariamente bem delimitados: os detentores dos meios de produção, capazes, portanto, de capitanear o novo modelo de produção burguês, denominado de capitalismo e, por outro lado, a grande massa de trabalhadores desprovidos de tais meios que, embora sendo livres, poderiam usufruir os efeitos de tal liberdade apenas disponibilizando a sua força de trabalho aos detentores dos meios de produção.

Pode-se dizer, portanto, que no modelo capitalista de produção cada homem é livre para disponibilizar no mercado aquilo de que é possuidor: o capitalista, detentor dos meios de produção pode, mediante a aquisição da força de trabalho dos operários, produzir mercadorias que, ao transformarem matérias-primas encontradas na natureza em produtos manufaturados, agregam valor comercial, ensejando, portanto, o despontar do elemento essencial do

¹ Para Burke (2014, p. 150-155), parece que o único grande legado da Revolução de 1789 foi a desestruturação dos fundamentos da sociedade francesa, criando um ambiente de caos e anarquia. Embora seja verdade que houve excessos no movimento revolucionário, tal como pontuou o autor, deve-se considerar, no entanto, que não existe a possibilidade de modificação das bases de organização econômica de uma sociedade sem a desconstrução do modelo anterior.

² A sociedade feudal caracterizou-se por uma rígida divisão em segmentos bem delimitados conhecidos como estamentos. No topo se encontrava o clero, detentor do poder político e do controle espiritual e também econômico de uma sociedade fortemente dominada pela religião. Em seguida, havia a nobreza, localizada no estágio intermediário da pirâmide social, sendo detentora do poder econômico que era associado, no período, à propriedade de terras, na qual laborava a base da sociedade estamental, representada pelos servos. A eles cabia trabalhar a terra, estando vinculados à gleba na qual nasciam e ao senhor feudal a quem ela pertencia (PINSKY, 2009, p. 175-178).

capitalismo, qual seja, o lucro³. Este, ao ser apropriado pelo capitalista, gera mais riqueza para ele e por consequência, mais poder econômico, que acaba se refletindo em força política e social. O trabalhador, por sua vez, apenas detém a sua força de trabalho, estando a sua liberdade circunscrita à disponibilização de sua capacidade laboral aos detentores dos meios de produção, em troca de um salário definido pela equação construída com base nas variáveis de oferta e demanda por mão de obra. Segundo Douzinas (2009, p. 289),

Comodities são trocadas no mercado por um valor que, em geral, representa o custo de sua reprodução. Mas a força de trabalho, quando comprada e colocada em ação, gera os salários necessários à sobrevivência e à reprodução do trabalhador, mas também cria algo mais. Marx chamou esse mais de ‘mais-valia’, o extra que rende ao comprador da força de trabalho como um bônus e assegura a dominação econômica, social e política dos capitalistas sobre a classe trabalhadora e do capital globalizado corporativo sobre os pobres do mundo – itálico no original.

Mais adiante, na mesma página, Douzinas acrescenta:

O grande *insight* de Marx foi perceber que a suposta liberdade do contrato fundava-se na inescapável ‘escravidão’ dos trabalhadores e a igualdade formal dos contratantes na enorme desigualdade e dependência do pobre em relação ao rico – itálico no original.

Para assegurar a estabilidade das relações sociais no capitalismo, assim como em qualquer outro modelo econômico que já existiu na história, é necessária a formatação de um modelo de Estado que incorpore os valores filosóficos do método econômico de produção, gerando meios que garantam a manutenção das relações econômicas que acabam se refletindo no relacionamento entre os indivíduos em sociedade.

No capitalismo, fazia-se necessário modular um Estado que assegurasse a propriedade dos meios de produção a quem já os detinha, ensejando a perpetuação de tais meios na posse do mesmo grupo social. Para isso, foram utilizados institutos jurídicos como o direito à herança, que assegurava o repasse dos meios de produção para os sucessores do antigo proprietário, gerando uma estabilidade de classes muito semelhante ao que se verificava no feudalismo, pois

³ De acordo com Marx (1953, s.p), “ o valor de uma mercadoria se determina pela quantidade total de trabalho que encerra. Mas uma parte desta quantidade de trabalho representa um valor pelo qual se pagou um equivalente em forma de salários; outra parte se materializa num valor pelo qual nenhum equivalente foi pago. Uma parte do trabalho incluído na mercadoria é trabalho remunerado; a outra parte, trabalho não remunerado. Logo, quando o capitalista vende a mercadoria pelo seu valor, isto é, como cristalização da quantidade total de trabalho nela invertido, o capitalista deve forçosamente vendê-la com lucro. Vende não só o que lhe custou um equivalente, como também o que não lhe custou nada, embora haja custado o trabalho do seu operário. O custo da mercadoria para o capitalista e o custo real da mercadoria são coisas inteiramente distintas. Repito, pois, que lucros normais e médios se obtêm vendendo as mercadorias não acima do que valem e sim pelo seu verdadeiro valor. ”

as possibilidades de o operário vir a se tornar detentor de meios de produção e, por consequência, ascender na pirâmide social, eram bastante limitadas. Construiu-se, portanto, o modelo de Estado liberal, que gozou de hegemonia no Ocidente até o início do século XX.

Ao Estado liberal coube, inicialmente, o papel de ofertar guarida às relações econômicas e sociais do capitalismo. Segundo esse modelo, a interferência estatal na economia deve se limitar apenas a assegurar a própria reprodução do capital, protegendo a propriedade privada e a garantindo a herança, mantendo, assim, os meios de produção nas mãos da burguesia e a oferta de força laboral pelos trabalhadores sempre à disposição da classe dominante.

O Estado liberal não admite a prestação de qualquer serviço em favor da sociedade que não esteja voltado à segurança da propriedade privada e da liberdade de iniciativa. Logo, como não há intervenção nas relações econômicas, o aparelho estatal no liberalismo tem um aspecto mais repressivo, voltado a neutralização de qualquer tipo de movimento que se oponha ao valor fundamental a ser protegido na sociedade, qual seja, a propriedade privada. Para isso, cabe ao Estado manter a existência das forças de segurança - como polícia e forças armadas - e tribunais para julgamento de potenciais infratores, organizados em torno de uma burocracia estatal mínima.

O êxito ou fracasso do indivíduo na visão liberal é um problema privado, não tendo o Estado maiores responsabilidade em face de infortúnios individuais. Parafraseando Kant e analisando o modelo de Estado liberal construído após o movimento revolucionário francês de 1789, Bobbio (2004, p. 83), assinala que “[...] a verdadeira finalidade do Estado deve ser apenas dar aos súditos tanta liberdade que lhes permita buscar, cada um deles, a seu modo, a sua própria felicidade.” Esse ponto de vista traduz o modelo de organização estatal que foi privilegiado no liberalismo, no qual se defendeu que cada ser humano pode, individualmente, cuidar dos seus interesses particulares, sendo a intervenção do Estado nesse âmbito sempre nociva e, por consequência, rejeitável.

As externalidades sociais⁴ produzidas pelo capitalismo passavam ao largo da interferência do Estado liberal. A exploração econômica dos trabalhadores, a miséria de suas famílias e o desamparo aos indigentes e excluídos do modelo econômico não eram preocupações do Estado. Tais desvalidos, relegados à própria sorte recebiam, no máximo,

⁴ Denomina-se aqui externalidades sociais como sendo o conjunto de fatores negativos produzidos por um sistema econômico. A miséria da massa trabalhadora, explorada até o limite de suas forças, sem descanso adequado e salário justo, o trabalho infantil, bem como o labor feminino, sem respeito às especiais condições físicas das mulheres, são exemplos do que se considera como externalidades sociais do capitalismo.

assistência de entidades religiosas ou de indivíduos que, movidos por compaixão humana, prestavam algum lenitivo capaz de mitigar a dor desses miseráveis e excluídos⁵.

Mas não se pode dizer que o Estado liberal não atuasse frente aos trabalhadores e excluídos. Essa atuação existia, mas era de cunho repressivo. Cabia-lhe garantir que as externalidades sociais não perturbassem a manutenção e a reprodução do sistema econômico, ainda que para isso fosse necessário encarcerar ou até mesmo eliminar fisicamente todos os seres inconvenientes ao sistema.

O aperfeiçoamento dos meios de produção de bens de consumo, mediante o surgimento de novas máquinas, capazes de substituir com acentuada vantagem a mão de obra humana, consoante se constatou no período denominado como Revolução Industrial⁶, aprofundou a formação de externalidades sociais no capitalismo. Em seus primórdios, embora os trabalhadores fossem explorados, tinham a segurança de, pelo menos, sempre encontrarem alguém com interesse em contratar a sua força de trabalho, o que assegurava ao obreiro, pelo menos, a possibilidade de alimentar a sua família. Com o surgimento de máquinas mais sofisticadas, nem isso passou a ser garantido.

A estrutura produtiva da Revolução Industrial deixou um número crescente de operários sem trabalho. Assim, o capitalismo começou a acentuar um processo até então pouco verificado, qual seja, a formação de uma massa crescente de excluídos da participação no próprio modelo econômico, formando um contingente de seres desnecessários em termos econômico e indesejáveis no âmbito das relações sociais.

O recrudescimento das externalidades sociais do capitalismo gerou um movimento de resistência maior ao sistema econômico. Os operários, que estavam perdendo os seus postos de trabalho para as máquinas, inicialmente, começaram a enxergá-las como sendo as responsáveis pelo quadro de crescente exclusão a que estavam sendo submetidos. Com isso, atitudes

⁵ Engels (2008, p. 315-322), descreve o modelo de assistência aos pobres implementado na Inglaterra com base em Lei aprovada pelo Parlamento Inglês em 1834, sob forte influência da teoria de Malthus, que enxergava os pobres - em especial aqueles que se encontravam à margem do processo de exploração capitalista, por estarem desempregados ou enfermos - como uma massa humana nociva, cuja eliminação seria o melhor caminho a ser trilhado para o bem da humanidade. No entanto, como a eliminação pura e simples desses desvalidos talvez não fosse possível em decorrência de fatores diversos, dentre os quais se inclui a própria possibilidade de insurreição da classe operária, foram criadas as “casas de trabalho” para acolhê-los as quais, segundo a descrição do autor, baseada em diversos exemplos concretos que ele elenca, nada mais eram do que ambientes destinados a eliminar fisicamente os excluídos pela fome, doença ou trabalho extenuante.

⁶ Landes (1998, p. 206) indica três fatores fundamentais para o surgimento da Revolução Industrial. São eles: “(1) a substituição da habilidade e do esforço humano por máquinas – rápidas, regulares, precisas, incansáveis; (2) a substituição de fontes animadas por fontes inanimadas de força, em particular, a invenção de máquinas para converter o calor em trabalho, abrindo assim uma quase ilimitada oferta de energia; e (3) o uso de novas e muito mais abundantes matérias-primas, em particular, a substituição de substâncias vegetais ou animais por materiais minerais e, finalmente, artificiais.”

desesperadas de trabalhadores, que passaram a destruir fábricas e máquinas, disseminaram-se em toda a Europa, em especial na Inglaterra, país que pode ser considerado como o berço da Revolução Industrial⁷.

Havia, portanto, em tal momento, uma falta de real compreensão da problemática efetiva do capitalismo. A cisão social entre detentores dos meios de produção e trabalhadores livres para ofertar a sua força de trabalho a quem pudesse e quisesse contratá-los, precisava agora conviver com um número crescente de excluídos do modelo econômico, formando uma massa de miseráveis sem condições, sequer, de obtenção dos elementos indispensáveis à sua subsistência.

Para a maioria dos trabalhadores, naquele momento, o pensamento dominante enxergava o processo de mecanização do trabalho como a fonte primária dos problemas enfrentados pela classe trabalhadora. No entanto, os questionamentos do sistema precisavam ser mais profundos, pois era na conduta de maximização dos lucros e na sua apropriação privada, sem solidariedade social, que se encontrava a verdadeira chaga do sistema⁸.

É nesse contexto que o sistema capitalista passa a ser profundamente questionado, bem como o modelo de Estado liberal que lhe dava sustentação. Passou-se a se defender abertamente a necessidade de superação não somente das contradições do capitalismo, mas a sua substituição por um modelo econômico mais justo, capaz de assegurar os benefícios da produção econômica para toda sociedade e não somente para um grupo de privilegiados pelo sistema.

1.2 MOVIMENTOS DE SUPERAÇÃO DO CAPITALISMO E DO ESTADO LIBERAL

Com a consolidação teórica da necessidade de alterações profundadas no modelo econômico capitalista, inicialmente, foi ganhando corpo os movimentos anarquistas, que pregavam a erradicação do próprio Estado e de qualquer autoridade de um homem sobre o

⁷ De acordo com Teske (2005, p. 53), os movimentos operários que surgiram durante a Revolução Industrial, “não possuíam ainda uma clareza do porquê da miséria e exploração que sofriam. Para eles, a maior culpada era a máquina. Os movimentos tinham como objetivo destruir as máquinas, sabotar as fábricas. Os operários eram incapazes de compreender a transição e a nova sociedade em que estavam inseridos e agiam conforme seus impulsos primitivos.”

⁸ Engels (2008, p. 248-249) faz referência aos atos de destruição de máquinas e fábricas por operários desesperados com a questão social que se agravava na Inglaterra do Século XIX, bem como aos movimentos grevistas, considerados por ele como instrumentos ineficazes de luta dos trabalhadores, uma vez que eram incapazes de desconstruir o modelo de exploração ao qual os proletários se encontravam submetidos.

outro. Tais movimentos representavam mais a materialização de uma resistência desesperada em face do quadro de exploração econômica e desagregação social produzida pelo capitalismo, do que propriamente um movimento social teoricamente sedimentado e organizado.

Paralelamente aos movimentos anarquistas, surgiram os defensores teóricos de superação do modelo capitalista mediante a construção de uma sociedade na qual os meios de produção fossem apropriados pelo Estado em nome da coletividade, de sorte que os lucros produzidos não mais pertenceriam a uma classe social específica, mas sim a toda sociedade.

É nesse contexto que surgem os primeiros defensores do socialismo, apontado como capaz de extirpar as externalidades sociais do capitalismo. No entanto, a forma de superação do modelo capitalista desde o início das discussões foi objeto de controvérsias entre os socialistas. De um lado, postaram-se os defensores de uma superação pacífica do sistema econômico, mediante um processo de compreensão da burguesia a respeito da necessidade de reformulação e alteração do modelo de produção, conforme defendia Charles Fourier, Saint-Simon e Robert Owen, sendo que este último chegou a implementar as ideias que defendia em suas fábricas na Inglaterra, concedendo redução de jornada aos trabalhadores e proteção contra o trabalho infantil, por exemplo. Essa corrente teórica ficou conhecida como socialismo utópico⁹, uma vez que, segundo os seus críticos, assim como a ilha de Utopia de Thomas More, não existiria em lugar algum.

Paralelamente, outra corrente do socialismo, conhecida como científica, que teve como principais expoentes Karl Marx e Friedrich Engels, propunha uma reestruturação das bases econômicas da sociedade, mediante um processo de superação do capitalismo a partir de uma crítica de suas contradições. Com isso, defendia-se o controle dos meios de produção e o redirecionamento do uso deles para o fomento do bem-estar comum. Assim, opunham-se aos denominados socialistas utópicos, que acreditavam que a humanização do sistema capitalista seria produzida a partir de concessões da própria burguesia, tendo Engels (2008, p. 327-328), por exemplo, após analisar a questão social na Inglaterra do século XIX e as graves disparidades sociais produzidas pelo modelo capitalista de produção, reputado como inviável qualquer possibilidade de acordo entre a burguesia e o proletariado.

⁹ Engels (2008, p. 270) tece a seguinte crítica a respeito do modelo proposto: “O socialismo inglês provem de Owen, um industrial, e por isso, se substantivamente vai além da oposição entre burguesia e proletariado, na forma mostra-se muito indulgente para com a burguesia e muito injusto para o proletariado”. E mais além, na mesma página, Engels acrescenta: “Os socialistas são muito gentis e pacíficos, na medida em que só admitem como caminho para as mudanças a persuasão da opinião pública, acabam por reconhecer as condições existentes, mesmo deploráveis, como justificadas.”

Os socialistas ditos científicos defendiam que o modelo socialista seria apenas uma fase intermediária em direção ao ponto final no qual a sociedade se transformaria em comunista, em cujo estágio cada indivíduo desempenharia o seu trabalho pensando nos interesses globais da coletividade, sem anseios de enriquecimento individual.

O clima de insatisfação operária decorrente do grave quadro de pobreza¹⁰ e exploração ao qual a classe trabalhadora estava submetida, bem como a disseminação dos ideais socialistas, ensejaram o surgimento de movimentos populares voltados a tomada do poder, sendo a Comuna de Paris a primeira experiência vivenciada durante o este turbulento período histórico. Esse movimento popular obteve êxito em promover a instalação de um governo de base socialista em Paris durante o período compreendido entre 18 de março e 28 de maio de 1871, sendo violentamente esmagado pelas forças leais ao Governo¹¹.

Embora a experiência revolucionária vivenciada durante a Comuna de Paris tenha sido sufocada, os anseios populares voltados à desconstrução das bases econômicas e sociais do capitalismo continuaram latentes, ensejando o surgimento de outros processos revolucionários, destacando-se o ocorrido em 1917 na Rússia, que foi também o de maior êxito, dele se originando a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que, até 1991, fizeram o contraponto aos países capitalistas.

1.3 O SURGIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Com o aprofundamento do clima de insatisfação operária e a ameaça de derrocada do modelo econômico capitalista por meio de um processo revolucionário, o Estado Liberal entrou em crise. Estava evidente que o ânimo revolucionário dos trabalhadores não poderia ser

¹⁰ Ao analisar a questão social que serviu de fundo para o desenvolvimento das ideias revolucionárias do socialismo científico capitaneado por Marx e Engels, Arendt (2011, p. 93-94), tece considerações a respeito da pobreza, considerada por Marx, segundo ela, como o elemento catalizador da insatisfação operária e, portanto, capaz de desencadear um processo revolucionário. No entanto, o mesmo quadro que enseja a revolta, pode conduzir ao fracasso revolucionário. Em suas palavras: “A pobreza é mais do que privação, é um estado de carência constante e miséria aguda cuja ignomínia consiste em sua força desumanizadora; a pobreza é sórdida porque coloca os homens sob o ditame absoluto de seus corpos, isto é, sob o ditame absoluto da necessidade que todos os homens conhecem pela mais íntima experiência e fora de qualquer especulação. Foi sob o império da necessidade que a multidão se precipitou para ajudar a Revolução Francesa, inspirou-a, levou-a em frente e acabou por conduzi-la à ruína, pois era a multidão dos pobres. Quando aparecem no palco da política, a necessidade apareceu junto com eles, e o resultado foi que o poder do antigo regime se tornou impotente e a nova república se mostrou natimorta: a liberdade teve de se render à necessidade, a premência do processo vital em si.”

¹¹ Trindade (2002, p. 145), descreve a Comuna de Paris como o primeiro grande movimento que logrou êxito na instauração de um governo de bases populares.

contornado sem que a classe dominante anuísse com a cessão de alguns direitos em favor dos operários e, principalmente, dos excluídos do processo produtivo em decorrência das modificações nos métodos de produção que vinham sendo implementadas desde a Revolução Industrial, gerando uma massa de alienados do sistema produtivo capitalista.

É no contexto de crise do liberalismo e do seu modelo de Estado voltado à proteção do indivíduo em detrimento dos anseios coletivos, que foram lançadas as bases do Estado Social. Nele, diversos direitos como salário-mínimo, limitação de jornada de trabalho e previdência social foram incorporados ao leque de atribuições do Estado que, nesse novo cenário, deixava o seu papel de inércia diante dos problemas sociais gerados pelo modo de produção capitalista e assumia a função de provedor de prestações voltadas aos segmentos menos favorecidos da sociedade.

Com isso, a burguesia buscava, sem ceder o controle do poder político e sem abrir mão da propriedade privada, conter os impulsos revolucionários que ameaçavam a ordem estabelecida.

Logo, pode-se dizer que a crise do liberalismo e o surgimento das bases do Estado social não representou uma derrota burguesa. Ao contrário, tratou-se de um movimento político muito bem calculado, no qual a burguesia assegurou a manutenção das bases fundamentais do seu método de produção e geração de riqueza, ofertando como contrapartida a cessão de alguns direitos em favor dos trabalhadores.

A Constituição Mexicana de 1917 foi o primeiro documento político estatal a consagrar expressamente direitos de cunho social, embora os fatos políticos internos do México não tenham viabilizado, de imediato, a implementação dos direitos assegurados naquela carta¹². Assim, a Carta Política de 1919 da República de Weimar, na Alemanha, acabou sendo considerado como o marco inicial do Estado Social, uma vez que ao lado da instituição de uma República democrática parlamentar, trouxe uma série de direitos de cunho social, buscando organizar o Estado em função dos anseios da sociedade como ente coletivo e não do indivíduo e da proteção dos seus bens, consoante se verificava no Estado liberal.

No entanto, a eclosão da Segunda Guerra Mundial postergou a implementação efetiva do Estado de Bem-Estar Social, pois a crise econômica vivenciada pela Europa nos anos que antecederam aquele conflito fomentou o surgimento de uma conjuntura estatal que não se

¹² A deposição e assassinato do Presidente Venustiano Carranza em 1920, em cujo governo foi gestada e promulgada a avançada Constituição Mexicana de 1917, frustrou as expectativas de implementação imediata dos direitos assegurados em tal documento político, que somente passaram a ser lembrados dentro da conjuntura política do México após o encerramento da Segunda Guerra Mundial em 1945.

limitava somente a regular as relações sociais, mas buscava também aniquilar qualquer traço de individualidade, transformando cada indivíduo em peça da grande engrenagem do Estado, fora da qual a sua existência seria insignificante. Tratou-se de algo novo e assustador em termos de movimento político, que se convencionou denominar de totalitarismo. A respeito desse fenômeno, Arendt (2012, p. 613), teceu as seguintes considerações:

Em vez de dizer que o governo totalitário não tem precedentes, poderíamos dizer que ele destruiu a própria alternativa da essência dos governos, isto é, a alternativa entre o governo legal e o ilegal, entre o poder arbitrário e o poder legítimo. Nunca se pôs em dúvida que o governo legal e o poder legítimo, de um lado, e a ilegalidade e o poder arbitrário, de outro, são aparentados e inseparáveis. No entanto, o totalitarismo nos coloca diante de uma espécie totalmente diferente do governo. É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele próprio estabeleceu (como no caso da Constituição Soviética de 1936, para citar apenas o exemplo mais notório) ou que não se deu ao trabalho de abolir (como no caso da Constituição de Weimar, que o governo nazista nunca revogou).

É somente com o final da Segunda Grande Guerra, sobre os destroços de uma Europa parcialmente destruída, inclusive sob o aspecto moral como consequência de regimes cruéis e totalitários e de um mundo assustado com a possibilidade de aniquilação da humanidade por meio de uma catástrofe nuclear, que o Estado de Bem-Estar social começou a fincar as suas raízes, lastreado no ideal de eliminação das externalidades do sistema capitalista por meio de uma atuação reformadora e não de movimentos revolucionários, que somente poderiam trazer, na visão de seus idealizadores, mais dor e sofrimento para um mundo já cansado da violência das guerras.

Com isso, pode-se dizer que o Estado de Bem-Estar social surge como uma espécie de lenitivo no pós-guerra, ao mesmo tempo em que buscou se constituir num antídoto destinado a obstar o avanço de ideias revolucionárias voltadas à aniquilação do modelo econômico capitalista.

1.4 OS DIREITOS DE NATUREZA PRESTACIONAL NO ESTADO SOCIAL

O final da Segunda Guerra Mundial representou a derrocada do Estado liberal¹³. A Europa, com a sua infraestrutura produtiva bastante comprometida em decorrência dos

¹³ Cf. Hobsbawm (1995, p. 113- 143).

combates travados em seu território, associado às inúmeras vidas dizimadas e núcleos familiares dilacerados, não mais era compatível com uma postura de omissão social do Estado.

A formação de um bloco de países comunistas, liderado pela União Soviética estabeleceu uma forma de contraponto com os países capitalistas, estimulando o fortalecimento de um modelo de Estado cujas raízes haviam sido constitucionalizadas em 1917, no México e em 1919, na Alemanha. Tratava-se de um protótipo de Estado cuja principal característica se cingia a romper com a omissão do Estado liberal, assumindo uma postura ativa diante das demandas concretas dos cidadãos, mediante a prestação direta de serviços de cunho social.

Esse modelo de Estado, denominado de Bem-Estar Social, surgiu entrelaçado com a social democracia, que segundo Settembrini (2010, p. 1188), é um termo usado para “designar os movimentos socialistas que pretendem mover-se rigorosa e exclusivamente no âmbito das instituições liberal-democráticas, aceitando, dentro de certos limites, a função positiva do mercado e mesmo a propriedade privada.”

A social democracia, após o fim da Segunda Guerra Mundial, assumiu uma postura reformista em relação ao capitalismo, não almejando mais, pelo menos de forma clara, a modificação do sistema econômico. Ao contrário, por meio da busca de um aperfeiçoamento democrático, almejava extirpar as iniquidades do capitalismo, preservando, dessa forma, a sua capacidade de geração de riquezas e, por consequência, de indução do desenvolvimento econômico, mitigando, por outro lado, as externalidades sociais do sistema.

Na visão social democrata, cuja primeira e mais completa experiência, de acordo com Settembrini (2010, p. 1189), foi vivenciada na Alemanha, as externalidades do capitalismo podem ser extirpadas ou, pelo menos sensivelmente aplacadas, mediante a adoção de uma postura ativa do Estado, que passa a prestar diretamente aos cidadãos determinados serviços, assegurando, dessa forma, o mínimo necessário para uma existência digna.

Para isso o Estado deve, na visão social democrata, voltar-se não somente à garantia da liberdade, que acaba favorecendo apenas o desenvolvimento econômico dos indivíduos mais aquinhoados socialmente, mas precisa também assegurar um mínimo necessário para o bem-estar coletivo, a ser definido de acordo com as disponibilidades financeiras do Estado, incrementadas gradativamente mediante um programa de tributação acentuada da renda dos indivíduos e das empresas.

Delineava-se, com isso, o modelo que ficou conhecido como Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*. Discorrendo a respeito do seu desenvolvimento histórico, Regonini (2010, p. 417), menciona que:

Os anos 20 e 30 assinalam um grande passo para a constituição do *Welfare State*. A Primeira Guerra Mundial, como mais tarde a Segunda, permite experimentar a maciça intervenção do Estado, tanto na produção (indústria bélica), como na distribuição (gêneros alimentícios e sanitários). A grande crise de 29, com as tensões sociais criadas pela inflação e pelo desemprego, provoca em todo o mundo ocidental um forte aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores. Mas as condições institucionais em que atuam tais políticas são radicalmente diversas: enquanto nos países nazifascistas a proteção ao trabalho é exercida por um regime totalitário, com estruturas de tipo corporativo, nos Estados Unidos do *New Deal*, a realização das políticas assistenciais se dá dentro das instituições políticas liberal-democráticas, mediante o fortalecimento do sindicato industrial, a orientação da despesa pública à manutenção do emprego e à criação de estruturas administrativas especializadas na gestão dos serviços sociais e do auxílio econômico aos necessitados.

E continua Regonini (2010, p. 417):

Mas é preciso chegar à Inglaterra dos anos 40 para encontrar a afirmação explícita do princípio fundamental do *Welfare state*: *independentemente de sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de ser protegidos* – com pagamento de dinheiro ou com serviços – contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...).

O Estado de Bem-Estar Social se consolida no ambiente de crise econômica e social do pós-guerra, uma vez que se fazia necessário amortecer esses conflitos, evitando um fortalecimento dos grupos políticos que defendiam abertamente uma mudança revolucionária do modelo econômico capitalista. A esse quadro se agregava ainda a existência do bloco de países socialistas liderado pela extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que se fortaleceu bastante após a Segunda Guerra Mundial e passou a rivalizar abertamente com o bloco dos países capitalistas, exercendo um grande fascínio sobre os grupos políticos que defendiam a substituição revolucionária do modelo econômico capitalista.

O Estado Social ou de Bem-Estar Social constituiu, na verdade, uma reação do capitalismo, voltado a sua autopreservação, valendo-se, para tal finalidade, da abdicação de qualquer pretensão revolucionária e da postura abertamente reformista que a social democracia assumiu no pós-guerra, estando esse grupo político disposto a defender a manutenção do modelo econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, desde que o Estado assumisse uma postura ativa na garantia de direitos e serviços básicos em favor de todos os cidadãos, com a finalidade de mitigar as externalidades produzidas pelo capitalismo.

A maior evidência de que o Estado de Bem-Estar Social não surgiu a partir de uma conscientização da burguesia a respeito da necessidade de implementar melhorias em favor dos

trabalhadores e dos excluídos do sistema produtivo, tal como acreditavam os socialistas utópicos, é o fato de que, uma vez superada a ameaça comunista corporificada pela extinta União Soviética, passou a se questionar abertamente a manutenção das bases do Estado de Bem-Estar Social, com o argumento de que ele onera de forma excessiva as forças produtivas por meio da tributação, não devolvendo à sociedade serviços compatíveis com as suas exigências fiscais¹⁴.

Com isso, vivencia-se, na atualidade, um quadro de profundo questionamento a respeito da viabilidade da manutenção de um modelo de Estado assistencialista, defendendo-se o ponto de vista com a tese de que isso cria obstáculos ao desenvolvimento econômico dos países, produz abismos fiscais acentuados - uma vez que o Estado necessita sempre de mais recursos para atender às demandas por serviços reclamados pelos cidadãos - além interferir de forma excessiva na esfera privada dos indivíduos.

Ressurge, portanto, com força, o ideário liberal, mediante a defesa de um Estado com atuação reduzida no campo econômico e, por consequência, limitado na prestação de serviços sociais, o que pode vir a colocar em xeque os direitos de segunda geração como saúde, educação, moradia e previdência social, por exemplo, que demandam do Estado uma postura ativa, voltada à garantia mínima de tais direitos.

1.5 O MODELO DE ATUAÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA GARANTIA DE DIREITOS PRESTACIONAIS

No modelo de bem-estar social, o Estado assume a incumbência de conceder aos cidadãos menos afortunados economicamente algumas prestações voltadas à garantia de um mínimo necessário a uma existência digna. Associado a isso, o Estado também assume uma postura mais ativa em termos econômicos, quer atuando diretamente em algumas atividades produtivas, quer controlando a forma como a iniciativa privada se conduz.

Assim, pode-se dizer que o modelo social de Estado atua em duas frentes: na primeira delas, age limitando a iniciativa privada na contratação de mão de obra, estabelecendo direitos

¹⁴ O conjunto desses questionamentos, que passou a se intensificar a partir do final dos anos 90 do Século XX, vem sendo denominado, conjuntamente, como neoliberalismo. Discorrendo a respeito do fenômeno, Bonavides (1999, p. 524) tece as seguintes considerações: “O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.”

em favor dos trabalhadores, que devem ser respeitados por aqueles que os contrata. Na outra, o Estado promete prestar diretamente determinadas serviços alçados à condição de direitos sociais em favor dos cidadãos, bem como assume, em nome próprio, a execução de determinadas atividades consideradas essenciais para a coletividade.

A promessa do Estado em prestar determinados serviços forma o que se convencionou denominar de segunda geração de direitos¹⁵, pois, ao contrário daqueles da geração primeira, que tinham como pressuposto a garantia de não intervenção estatal na esfera da liberdade individual e livre iniciativa dos cidadãos, esses “novos” direitos, para serem concretizados, reclamam do Estado a assunção de uma postura ativa, mediante a concessão de prestações diretas em favor dos indivíduos¹⁶.

É nessa segunda geração que se inserem direitos como proteção à saúde, garantia de educação básica em favor de todos os cidadãos, proteção ao trabalho, à maternidade e à infância, bem como a formação de fundos de proteção aos incapacitados de garantir o próprio sustento por meio do trabalho em decorrência de idade avançada ou moléstia incapacitante, mediante a organização de institutos de previdência pública ou privada, fiscalizada pelo poder público.

Os direitos que compõem essa nova geração, após a Segunda Guerra Mundial, foram transportados para os textos constitucionais da maioria dos países capitalistas, bem como foram objeto de pactos internacionais no âmbito da Organização das Nações Unidas e de acordos regionais entre diversos países¹⁷.

Com relação aos países do bloco socialista liderado pela extinta União Soviética, esses direitos denominados de sociais constituíam promessas que fundamentaram a própria formação política e jurídica desses países, pois os movimentos revolucionários que ensejaram a constituição do bloco socialista tinham como promessa basilar a incorporação pelo Estado dos

¹⁵ Enunciando a sequência de gerações de direitos, às quais prefere denominar de “dimensões”, para não induzir ao equívoco de fixação de ordem cronológica em face da formação de blocos de direitos - tal como seria típico de um sistema de gerações sequenciadas, no qual os direitos da geração seguinte substituiriam os componentes do conjunto anterior - Bonavides (1999, p. 525), tece os seguintes comentários: “[...], os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, forma a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia[...].”

¹⁶ Ao discorrer a respeito dos direitos considerados como de segunda geração, Bonavides (1999, p. 518), lembra que eles dominaram o século XX, assim como os direitos de primeira geração haviam dominado o século XIX. Acrescenta, ainda, que eles “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

¹⁷ A título de mera exemplificação, cabe mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (1948); a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950); os pactos internacionais de direitos humanos, divididos em dois documentos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), dentre outros.

meios de produção, a fim de garantir aos trabalhadores o acesso a direitos que lhes era negado no sistema capitalista.

Assim, pode-se dizer com certa segurança que os direitos sociais surgiram umbilicalmente vinculados a um modelo de Estado que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial e podem ter a sua existência ameaçada caso aquilo que se convencionou denominar de Estado de Bem-Estar Social deixe de existir.

2 O SURGIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O enfraquecimento do modelo de Estado liberal que prevaleceu durante o século XIX, em cujas as entranhas surgiu a grave questão social decorrente da exploração da mão de obra operária numa conjuntura econômica focada exclusivamente no lucro, como foi ressaltado no capítulo anterior, ensejou o surgimento de um novo modelo de Estado, cujo foco foi direcionado para a garantia de uma assistência mínima a ser prestada pelo poder público em favor, principalmente, dos segmentos mais fragilizados em termos econômicos da sociedade, por meio da prestação de uma nova categoria de direitos, denominados como sociais.

No presente capítulo, propõe-se discorrer com mais profundidade a respeito desses novos direitos, que marcaram o século XX e que se encontram intrinsecamente vinculados ao Estado assistencialista que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial. Para isso, analisa-se o surgimento desses direitos, a forma como eles são agregados aos ordenamentos jurídicos locais, concluindo-se com uma avaliação das dificuldades enfrentadas em sua concretização, o que vem impondo a utilização das balizas do mínimo existencial e da reserva do possível, sempre lembradas quando se discute os direitos sociais, dentre os quais se insere a assistência à saúde, que constitui o núcleo primordial da pesquisa ora documentada.

2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO APÓS A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

A constitucionalização dos direitos sociais se encontra bastante vinculada ao desenvolvimento e consolidação do modelo de Estado assistencialista ou de bem-estar social. Inicialmente, os direitos sociais objeto de tutela pelo Estado foi limitado àqueles voltados aos trabalhadores, uma vez que se pretendia amortizar os focos de insatisfação existentes no seio da classe operária, a fim de conter os efeitos do discurso comunista¹⁸.

¹⁸ Holmes e Sunstein (1999, p. 208), defendem que as políticas de assistência social constituem uma espécie de compensação destinadas a amortizar conflitos que poderiam surgir como decorrência das desigualdades econômicas existentes na sociedade.

É nesse contexto que Estado passa a intervir limitando a jornada de trabalho dos operários, vedando o labor infantil e criando mecanismos de proteção ao trabalho feminino, bem como organizando fundos previdenciários voltados à garantia de aposentadoria para os operários que, por razões de idade avançada ou invalidez, não mais se encontrassem em condições de prover a subsistência do seu grupo familiar por meio do trabalho.

Mas as demandas sociais iam além das questões laborais. A grande prova disso é que, já no ambiente de discussões do documento internacional que veio a lume em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, procurou-se trazer para o interior do documento as questões vinculadas aos direitos sociais, em especial por pressão dos países integrantes do bloco comunista. No entanto, as divergências em torno do tema com as potências ocidentais impediram o avanço da discussão, somente vindo esse ponto a integrar um documento internacional com força vinculante em 1966, com a promulgação de dois pactos internacionais: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Discorrendo sobre os motivos que levaram a edição, em separado, de dois pactos internacionais voltados à defesa dos chamados direitos de primeira e de segunda geração, assinala Comparato (2008, p. 292):

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando na sombra as liberdades individuais. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ de cada Estado (Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 2o, alínea 1).

Vê-se, pois, que a própria incorporação dos chamados direitos sociais aos documentos internacionais de direitos humanos não foi realizada sem divergências. As discussões em torno da natureza do documento inicial da Organização das Nações Unidas voltado à abordagem dos direitos humanos refletiu esse conflito de posicionamentos em 1966. Enquanto os países capitalistas defendiam a edição de um documento que enfatizasse as liberdades individuais, os países do bloco comunista almejaram destacar os direitos voltados ao atendimento das necessidades materiais do indivíduo.

A controvérsia inviabilizou a edição de um documento vinculante¹⁹ em 1948, tendo o tema ficado em aberto até 1966, quando os dois pactos internacionais de direitos humanos foram finalmente formalizados.

Mas, como a celeuma ainda persistia, a solução encontrada foi a edição de dois textos em separado, com a atuação de um Comitê fiscalizador destinado, apenas, à implementação dos direitos civis e políticos, uma vez que os direitos de cunho social seriam implementados de acordo com as disponibilidades financeiras de cada país.

Essa abertura prevista na primeira alínea, do artigo segundo, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, deixou sob a responsabilidade integral de cada signatário do Pacto a implementação dos direitos nele assegurados dentro dos limites de suas disponibilidades financeiras, praticamente transformando o documento, que deveria ter força vinculante, numa mera carta de compromissos não muito diferente, em termos jurídicos, do que ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, não obstante o seu simbolismo, não possui força coercitiva para se impor aos Estados-partes da Organização das Nações Unidas que não observem as suas diretrizes.

Apesar da crítica lançada, poder-se-ia, a esta altura, expor o seguinte questionamento: teria como ser diferente? Haveria possibilidade de se editar um documento internacional que concedesse eficácia plena aos direitos sociais, sem levar em consideração as limitações financeiras de cada Estado signatário? Nesse ponto, faz-se necessário discorrer a respeito da forma jurídica como os direitos sociais se instalam dentro dos mais diversos ordenamentos jurídicos.

¹⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, não obstante a importância simbólica que possui no contexto de proteção aos direitos humanos - que abarcam, principalmente as duas gerações iniciais de direitos, ou seja, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais - não possui força vinculante, pois tendo sido aprovada pela Resolução nº 217-A, durante a 3ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, não é dotada de força convencional, não vinculando juridicamente os seus signatários, tal como lembra Sorto (2008, p. 20-21). Assim, segundo ele, o fundamento de autoridade da Declaração Universal dos Direitos Humanos é apenas moral e “advém da própria dignidade da pessoa humana, a qual é comum a todos os seres em qualquer parte do mundo”. Com isso, pode-se dizer que os verdadeiros pactos internacionais de direitos humanos, juridicamente vinculantes na órbita do Direito Internacional e produzidos no âmbito da Organização das Nações Unidas, foram os Pactos de 1966 que, em decorrência das divergências ideológicas de um mundo então dividido no contexto da guerra fria, foram cindidos em dois documentos, a saber: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2.2 A INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS AOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS LOCAIS

Os direitos sociais podem ser agregados aos ordenamentos jurídicos internos, de forma discriminada, assegurados detalhadamente no plano constitucional ou como uma garantia assistencial de cunho genérico, sem maiores detalhamentos no texto da constituição. Assim, é possível - tal como ocorre no Brasil - que cada um dos direitos sociais assegurados pelo constituinte seja introduzido no próprio texto constitucional. Por outro lado, seria possível a existência de uma formulação normativa genérica no plano constitucional, como por exemplo: *o Estado, na forma da lei, prestará assistência aos necessitados, visando, dentro dos limites de suas possibilidades financeiras, assegurar o suprimento de suas necessidades básicas, envolvendo saúde, educação, moradia e proteção ao emprego.*

Na primeira situação, cada um dos direitos sociais positivados na constituição é considerado direito fundamental dos súditos do Estado, pois como lembra Sarlet (2012, p. 29), “[...], o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]”²⁰.

Bonavides (1999, p. 514) defende que não existe uma diferenciação clara na doutrina entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em suas palavras:

A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Já em relação ao sistema constitucional que eventualmente tenha adotado uma forma genérica para fins de outorga de direitos sociais, não se pode dizer que eles tenham natureza de direitos fundamentais, uma vez que fundamental seria, apenas, o compromisso assistencial do Estado, que poderia ser amplo ou restrito, de acordo com a disciplina que venha a lhe conceder o legislador ordinário.

²⁰ No mesmo sentido se posiciona Canotilho (2003, p. 377).

Nessa linha de entendimento, mais uma vez se invoca os ensinamentos de Sarlet (2012, p. 77):

[...], o direito à saúde (assim como os direitos sociais do art. 6º) é um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, mas não o é(a despeito de ninguém questionar a fundamentalidade da saúde para a vida e dignidade da pessoa) na Constituição Espanhola de 1988, pois naquela ordem constitucional não lhe é assegurado o regime jurídico equivalente aos direitos fundamentais (o que não impede que na esfera dos direitos fundamentais haja peculiaridades a considerar), ainda que haja importantes desenvolvimentos no que diz respeito com o reconhecimento de eficácia e aplicabilidade aos assim designados princípios diretivos da ordem social.

A conversão de um direito social, portanto, em direito fundamental, depende do ordenamento jurídico interno de cada país. Isso porque, a constitucionalização do direito é o que lhe oferece substrato de fundamentalidade dentro do sistema jurídico.

A outra possibilidade de caracterização de um direito social como fundamental ocorre quando é editada uma norma de integração autorizada por mandamento genérico previsto na constituição. Isso ocorre, por exemplo, no caso em que a constituição assegura que o Estado, na forma da lei, prestará assistência aos necessitados. A norma editada pelo legislador ordinário voltada a conceder eficácia ao mandamento constitucional adquire natureza de direito fundamental, passando a ser um direito invocável pelos cidadãos que possam vir a ser beneficiários dele.

O mesmo não ocorreria se não houvesse qualquer previsão de cunho genérico na constituição a respeito dos direitos sociais. Nesse caso, uma norma eventualmente editada pelo legislador infraconstitucional assegurando um determinando direito de cunho social poderia ser suprimida a qualquer momento, sem maiores espaços para questionamentos, pois ela não teria amparo constitucional.

Por outro lado, se a norma protetiva de um direito social fosse editada como elemento de integração de um mandamento genérico do constituinte, entende-se que ela - ainda que em termos legislativos tenha aspecto infraconstitucional - não mais pode ser objeto de supressão pura e simples pelo legislador ordinário.

É que, a partir do momento em que a proteção a um determinado direito social é introduzida no sistema jurídico em atendimento a um comando constitucional genérico, ele adquire a mesma natureza constitucional do comando genérico, somente podendo ser suprimido juntamente com o próprio texto constitucional ao qual se integrou.

Isso porque, na existência de um comando genérico, cabe ao legislador escolher os direitos sociais que serão objeto da assistência do Estado. Dessa forma, uma vez assumida a responsabilidade pela assistência de determinando direito social, com base nos parâmetros delineados na norma infraconstitucional, não é mais possível ao legislador retroceder do compromisso que assumiu perante a coletividade, pois agiu de acordo com uma diretriz geral presente no texto da constituição, que lhe concedeu a responsabilidade por definir os direitos sociais a serem tutelados, bem como a forma de efetivação da tutela²¹.

Em relação ao retrocesso na implementação de direitos sociais, ensina Barroso (2010, p. 333):

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa legada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso pressupõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

A respeito do princípio da proibição de retrocesso social, Canotilho (2003, p. 339-340), faz as seguintes considerações:

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial (destaque no original).

Logo, se fundamentado no comando constitucional genérico, o legislador editou uma norma impondo ao Estado a obrigação de fornecer serviços educacionais gratuitos a todos os cidadãos a partir dos seis anos de idade, por exemplo, esse direito passa a integrar o arcabouço de direitos fundamentais daquele Estado, não sendo possível a supressão pura e simples de tal norma no futuro, a não ser que o próprio comando genérico presente no texto constitucional que lhe fornece fundamento venha a ser extirpado do sistema jurídico.

²¹ A respeito da vedação do retrocesso social, merece transcrição, pela clareza com que abordou o tema, as considerações de Santos (2014, p. 80): "A execução das prestações sociais deve respeitar o princípio do não retrocesso social. Conquistado determinando nível de satisfatoriedade na promoção dos direitos sociais, a atuação do Estado não poderá implicar uma redução qualitativa do patamar alcançado com a implementação de políticas públicas." Merece, ainda, ser consultado, a respeito do tema, Branco, Coelho e Mendes (2002, p. 127-128).

Há, portanto, uma agregação do direito social ao comando genérico presente no texto constitucional, que passa, a partir de então, a compor uma norma única, sendo vedado qualquer retrocesso em termos de implementação do direito em favor da coletividade.

Quando o próprio direito social já se encontra incorporado diretamente ao texto constitucional, tal como ocorre no sistema jurídico brasileiro, não há muito espaço para controvérsia. O direito social incorporado assume a posição de fundamental desde a origem da própria constituição, não podendo ser considerado como inexistente pelo legislador ordinário. Cabe-lhe, apenas, definir as balizas necessárias para que tal direito goze do maior patamar possível de efetividade.

Se, por outro lado, não existe previsão protetiva de direitos sociais no sistema jurídico - o que é cada vez mais raro nos textos constitucionais da atualidade - a norma ordinária editada pelo legislador pode ser objeto de livre alteração ou mesmo de retirada da proteção ao direito, sem a necessidade de maiores formalidades, além daquelas reclamadas, de acordo com o sistema jurídico, para alteração ou revogação de leis ordinárias.

Com isso, entende-se que os direitos sociais podem assumir a natureza de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos locais apenas em duas situações: quando se encontram expressamente elencados no texto da constituição ou quando são enunciados em normas ordinárias respaldadas em proteção genérica presente no texto constitucional. Fora dessas situações, mesmo que o legislador ordinário venha a ofertar tutela a algum deles, isso não lhes conferirá a natureza jurídica de direito fundamental no ordenamento jurídico em questão, o que viabilizará a alteração dos contornos de sua tutela ou mesmo a sua supressão, sem a necessidade de grandes formalidades.

2.3 A INFLUÊNCIA DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS RELATIVOS A DIREITOS SOCIAIS SOBRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS LOCAIS

A essa altura, impõe-se abordar a temática envolvendo os direitos sociais previstos em documentos internacionais, quando um determinado país signatário da avença assumiu o compromisso de lhes ofertar proteção. Poder-se-ia sustentar que no momento em que o Estado assume o compromisso internacional de proteger determinado direito, isso, por si só, já confere a ele, em especial quando se trata de um direito social, a natureza de fundamental dentro do

ordenamento jurídico local. Com relação a esse ponto, faz-se necessário distinguir duas situações:

Se a constituição, como documento fundador do ordenamento jurídico vigente²² confere aos tratados internacionais que versam sobre direitos sociais, após a observância do rito de internalização da norma, a mesma proteção deferida aos direitos fundamentais presentes em seu texto, não há muito o que discutir. O direito social do qual trata o documento internacional será considerado direito fundamental e gozará da mesma tutela conferida aos demais direitos fundamentais presentes no texto da Constituição²³. Do contrário, se não houver expressa previsão constitucional nesse sentido, o direito social objeto do documento internacional será tutelado de forma similar a qualquer direito veiculado por uma norma ordinária e poderá ser suprimido do ordenamento jurídico mediante a denúncia do pacto internacional no qual se encontra previsto.

É possível que se argumente que essa postura prima pelo positivismo e pela literalidade do texto constitucional. No entanto, é necessário que se leve em consideração que não cabe ao intérprete²⁴ indicar a existência ilimitada de direitos com base em interpretação de princípios²⁵, que podem ser moldadas de acordo com interesse de quem se posiciona. Assim, por exemplo,

²² Refere-se aqui a constituição como documento fundador do ordenamento jurídico vigente, uma vez que se encampa a posição de Kelsen (2003, p. 217-221) no sentido de que todo o ordenamento jurídico, o que abarca a própria constituição, encontra-se fundado numa construção normativa hipotética, por ele denominada como norma fundamental e que se limita a delegar a uma autoridade legisladora o atributo de criar as regras dentro do sistema jurídico. Logo, pode-se dizer que, na visão de Kelsen, a “norma hipotética fundamental” se encontra circunscrita mais ao espectro político do que jurídico, pois ela integra a soberania do próprio território no que se refere a capacidade de editar as suas próprias normas, sem tributar obediência a qualquer uma outra autoridade externa. Hart (2012, p. 140-142), na mesma linha de pensamento, em sua teoria, substitui a “norma hipotética fundamental” de Kelsen pelo que ele denomina como “norma de reconhecimento”, que provê os critérios de validação das demais normas integrantes do sistema jurídico. Com isso, pode-se dizer que a “norma de reconhecimento” em Hart desempenha função semelhante à “norma hipotética fundamental” da teoria de Kelsen.

²³ No caso da Constituição Federal brasileira, como o artigo 5º, §3º, prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, resta evidente que um documento internacional que trate de determinado direito social, uma vez observado o rito especial de incorporação previsto no dispositivo constitucional em apreço, será considerado, a partir de então, como direito fundamental. Com relação ao §1º, do mesmo artigo 5º, do texto da Constituição de 1988, concorda-se com a posição de Sarlet (2012, p.270), para quem a melhor exegese de tal dispositivo é aquela que “parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais...”.

²⁴ A interpretação constitucional deve ser pluralista, segundo a concepção de Häberle (1997, p. 25-38), não se circunscrevendo, portanto, ao âmbito de uma hermenêutica constitucional realizada com exclusividade pelo Poder Judiciário.

²⁵ Ainda que se considere, tal como fez Alexy (2015, p.87), os princípios como normas dotadas de grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras teriam um grau de generalidade relativamente baixo, mesmo assim se entende que é necessária a identificação, com uma certa segurança, do conteúdo dos princípios, o que não acontece com o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o que se vem defendendo amplamente na doutrina e jurisprudência a respeito dele.

tem-se visto na atualidade a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana²⁶ como um bloco de interpretação que acomoda os mais diversos interesses do intérprete.

As dificuldades em torno da definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana são bem evidentes. É comum se encontrar na doutrina ou jurisprudência o argumento de que a defesa de determinado direito ou a concessão de certa prestação material em favor do indivíduo tem como finalidade resguardar a dignidade da pessoa humana. No entanto, quando se indaga a respeito do que seria tal dignidade e qual o seu conteúdo, as dificuldades do articulista começam a surgir e se tornam praticamente insolúveis.

Alguns se utilizam de exemplos de supostas condutas que violariam a dignidade da pessoa humana. Outros procuram apoio em formulações genéricas, tal como o fez Günter Düring que, segundo Sarlet (2012, p. 103), considera a dignidade humana violada sempre que o indivíduo em concreto for tratado como objeto e não como sujeito de direitos. Tal formulação não consegue romper com o modelo do casuísmo exemplificativo, uma vez que a identificação do contexto em que o indivíduo não se encontra sendo tratado como sujeito de direitos e sim como objeto, fica, mais uma vez, ao alvedrio do intérprete.

Já Alexy (2015, p. 355), sustenta que o princípio da dignidade humana é tão indeterminado quanto o seu conceito. Para Alexy “o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida”, o que demonstra que a sua posição também descamba para o casuísmo e a exemplificação.

Assim, enxerga-se na dignidade da pessoa humana, não obstante se tenha consciência das críticas a que se expõe, uma baliza fluída e não muito consistente para uma interpretação que oferte um mínimo de segurança jurídica para a avaliação do conteúdo dos direitos fundamentais, servindo, na verdade, como argumento de autoridade para o intérprete quando a

²⁶ Sarlet (2010, p. 70), conceitua dignidade da pessoa humana como a “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

sua posição protetiva de determinado direito não encontra respaldo claro no ordenamento jurídico²⁷.

O princípio da dignidade da pessoa humana, nesse modelo hermenêutico que ora se combate, funciona como uma espécie de “cortina de fumaça” utilizada pelos intérpretes quando pretendem defender a existência de determinado direito ou conceder uma extensão de garantia sem respaldo na legislação ordinária. Mas, quando se questiona a essência dessa dignidade, não é apresentada uma conclusão segura. Com isso, valendo-se de uma formulação maleável, moldada de acordo com os interesses do intérprete, confere-se uma autonomia praticamente absoluta à sua atividade hermenêutica, mediante a utilização de parâmetro principiológico cujo próprio conceito se encontra em permanente “processo de construção e desenvolvimento” (ROCHA, 1999, p. 24).

Isso não implica desconsiderar a posição do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, tal como é explicitado logo no artigo primeiro, inciso terceiro, da Carta em vigor. A sua fundamentalidade impõe o respeito ao ser humano como baliza norteadora da ordem constitucional vigente, devendo a condição humana ser colocada a salvo de quaisquer ingerências voltadas a reduzi-la ou aniquilá-la. No entanto, isso não autoriza a utilização desse fundamento constitucional tão caro como argumento genérico de autoridade para respaldar as mais diversas posturas hermenêuticas, muitas vezes contrariando a vontade expressa do constituinte.

Dessa forma, entende-se que observar as balizas do texto constitucional, em especial quando houver diretrizes claras, sem maiores espaços para controvérsias, parece ser a forma mais segura para a interpretação do direito. Por outro lado, legitimar posturas interpretativas baseadas em princípios de conteúdo fluido, moldado ao gosto do intérprete, transparece ser uma conduta temerária e que pode abrir espaço ao arbítrio, uma vez que confere à atividade hermenêutica, em especial quando exercida pelo judiciário, um poder praticamente absoluto, pois a preclusão máxima do conteúdo da decisão conferida pelo instituto da coisa julgada transforma a interpretação judicial em posição definitiva a respeito do tema.

²⁷ Não se desconhece a posição de Alexy (2015, p. 87), ao defender que “os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. No entanto se entende que o fato de um princípio, como o da dignidade da pessoa humana, por natureza, ser dotado de um acentuado grau de generalidade não pode servir para legitimar a sua utilização como fundamento para qualquer interpretação ampliativa de direitos, sem que haja na Constituição ou legislação infraconstitucional um suporte legislativo mínimo para a outorga da prestação pelo Estado.

Ainda que se defenda que a legitimidade das decisões judiciais tem como fundamento a argumentação²⁸, com o que se concorda, é importante que ela não seja respaldada em conteúdos fluidos, tal como acontece com a suposta defesa da dignidade da pessoa humana, uma vez que, ao surgirem os questionamentos a respeito das balizas do suposto princípio fundante, a própria legitimação da decisão judicial será posta em xeque²⁹.

Por isso, quando o texto constitucional estabelece o rito para que determinado direito social contido em documento internacional seja incorporado como direito fundamental ao ordenamento jurídico interno, a inobservância do procedimento faz com que tal direito seja incorporado como uma norma ordinária, que será suprimida da ordem jurídica local, por exemplo, com a denúncia do pacto internacional ao qual o Estado havia se vinculado.

2.4 ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS ESTRUTURADAS A PARTIR DO PAPEL DESEMPENHADO PELO ESTADO PARA LHESS ASSEGURAR EFETIVIDADE

Os direitos, no que se refere ao papel desempenhado pelo Estado para lhes conceder efetividade³⁰, são objeto de múltiplas classificações. Inicialmente, a mais difundida entre elas divide os direitos com fundamento na necessidade ou não de intervenção estatal para assegurar a concretização deles.

Segundo essa metodologia classificatória, os direitos são divididos entre aqueles que demandam, para a sua concretização, somente a não interferência estatal na esfera privada dos cidadãos, contrapondo-se aos direitos que reclamam uma postura ativa do Estado focada na concessão direta de prestações jurídicas individuais. Na primeira matriz postam-se os direitos

²⁸ “El modelo del discurso de la interpretación jurídica surge como reacción a las debilidades o déficits de modelos y concepciones alternativas. Los más importantes modelos alternativos son el modelo deductivo, el modelo decisorio, el modelo hermenéutico y el modelo de coherencia (ALEXY, 1995, Pos. 220). Em tradução livre: “O modelo do discurso da interpretação jurídica surge como reação às debilidades e deficiências dos modelos e concepções alternativas. Os mais importantes modelos alternativos são o modelo dedutivo, o modelo decisorio, o modelo hermenéutico e o modelo de coerência.” É importante destacar, no entanto, que a argumentação jurídica, para ser legítima, deve ser persuasiva e não demonstrativa, consoante defende McCormick (2008, p. 361), de forma que, se a base do argumento é questionada, o discurso jurídico erguido sobre ela perde sustentação.

²⁹ Concorde-se com Appio (2007, p. 21), no sentido de que o debate democrático do conteúdo e dos valores constitucionais é quem concede legitimidade às decisões judiciais. No entanto, defende-se que esse debate não pode utilizar a inconstância de conteúdo de alguns princípios para afastar aplicação de texto expresso da Constituição Federal.

³⁰ Adota-se aqui o conceito de efetividade, que tem como parâmetro a materialização do direito assegurado na esfera individual ou coletiva dos seus destinatários, diferindo-se, portanto, do que se entende por eficácia, compreendida como a validade meramente formal da norma jurídica, dissociada da produção de efeitos práticos, que integra o campo da efetividade.

de cunho civil e político, vinculados ao pensamento liberal, enquanto na outra ponta se localizam os direitos de cunho econômico, social e cultural, cujo usufruto dependeria do fomento financeiro do Estado.

Com isso, segundo essa divisão bastante difundida, os direitos classificados como civis e políticos, para serem usufruídos, demandam, apenas, a não interferência do Estado na esfera individual. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais reclamam sempre a alocação de recursos do Estado para lhes conceder eficácia, uma vez que sem aporte financeiro tais direitos permanecem como singelas promessas.

Essa cisão dos direitos, de acordo com a necessidade de interferência ou não do Estado para a concretização deles, vem sendo bastante questionada. Isso se deve, principalmente, ao trabalho pioneiro de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein³¹, que praticamente iniciam as suas considerações teóricas defendendo a tese de que a proteção a todos os direitos demanda uma intervenção ativa do poder público. Segundo eles, é falsa a ideia de que os direitos civis e políticos são isentos de custos, uma vez que todos os direitos são positivos e reclamam dispêndios financeiros para a manutenção dos mecanismos de proteção “remedies” voltados à efetivação deles (HOLMES e SUNSTEIN, 1999, p. 43-48).

Apegados à tese de que não existem direitos isentos de custos financeiros, Holmes e Sunstein (1999, p. 55-58), criticam o posicionamento dos defensores da tese de que direitos vinculados às liberdades individuais demandam somente a não ingerência do Estado na esfera individual, dado o seu aspecto negativo. Segundo eles, tal categoria de direitos somente pode ser assegurada mediante a efetiva intervenção do poder público por meio de órgãos pré-constituídos, voltados à proteção desses direitos.

No Brasil, na mesma linha do pensamento de Holmes e Sunstein, Galdino (2002, p. 182), criticou a divisão dos direitos em positivos ou negativos, bem como em direitos de defesa e direitos a prestações. Segundo ele, todos os direitos presentes no ordenamento jurídico são positivos e necessitam de recursos financeiros para a sua implementação, de forma que todos os direitos, quanto ao aspecto econômico, possuem custos para o Estado.

De fato, a associação de todos os direitos a custos financeiros parece acertada. Não há como existir direitos civis e políticos sem que haja um dispendioso aparelho estatal montado para a proteção deles. Como se poderia sustentar seriamente a existência do direito à liberdade dos indivíduos sem os instrumentos jurídicos destinados a tutelá-la e sem a existência de um sistema judicial incumbido de receber os reclames dos indivíduos que considerem o seu direito

³¹ Trata-se de trabalho documentado no livro “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, cuja edição utilizada nesta pesquisa foi publicada no ano de 1999 pela editora W.W. Norton & Company.

violado? Seria muito difícil a existência do direito à propriedade privada sem os mecanismos destinados a coagir e desestimular todos os potenciais violadores do bem jurídico.

A própria manifestação do direito à livre escolha dos governantes mediante o exercício do voto não teria como existir sem o dispêndio de vultosas quantias financeiras destinadas à manutenção das estruturas estatais incumbidas de organizar as eleições³².

Logo, fica evidente que a divisão bastante difundida na doutrina entre direitos positivos e negativos ou direitos de defesa e direitos a prestações não é satisfatória, pois todos eles demandam a participação financeira do Estado e possuem custos embutidos, de forma que, sem dispêndios financeiros, todos os direitos se tornam vulneráveis ou mesmo inexistentes.

Sem abdicar da clássica divisão entre direitos de defesa e direitos a prestações, Alexy (2015, p. 196-203), defende que eles são cindidos em direitos a ações estatais negativas e direitos a ações estatais positivas. No primeiro segmento, segundo o autor se acomodam os direitos dos cidadãos a “que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito”, ou que “o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito” ou ainda, a que “o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”. Por outro lado, os direitos a ações estatais positivas seriam divididos entre aqueles cujo foco seja uma ação fática por parte do Estado ou cujo objeto seja uma ação normativa.

A classificação proposta por Alexy não infirma as conclusões de que todos os direitos possuem custos financeiros embutidos, que devem ser arcados pelo Estado, pois a defesa de qualquer direito, esteja ela em qualquer um dos segmentos propostos pelo autor, tem custos financeiros tanto ou mais elevados que os direitos a prestações, quer sejam elas voltadas a um objeto ou mesmo a uma ação normativa.

Assim, embora para fins didáticos e melhor compreensão do pensamento opte-se por utilizar a divisão já bastante difundida entre direitos de defesa e direitos a prestações do Estado, tem-se sempre, ao longo dessas considerações, um olhar voltado para os custos financeiros dos direitos, uma vez que se concorda com aqueles que defendem não existir direitos neutros em termos financeiros, de sorte que todos eles têm custos, os quais devem ser arcados pelo Estado e por consequência, pela sociedade, responsável por manter o aparelho estatal por meio dos tributos que dela são arrecadados.

³² No Brasil, por exemplo, para o ano de 2015, apenas com custeio da Justiça Eleitoral, que tem a incumbência de organizar as eleições para a escolha dos dirigentes do país, bem como dos integrantes dos poderes legislativos nas três esferas de governo, a Lei nº 13.115, de 20 de abril de 2015 (Lei Orçamentária Anual), prevê um gasto de R\$ 6.564.757.818,00 (seis bilhões, quinhentos e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e sete mil, oitocentos e dezoito reais).

2.5 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS MEDIANTE A APLICAÇÃO DAS BALIZAS DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” E DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

O indivíduo, em razão de sua própria humanidade, demanda o atendimento de condições básicas para que seja respeitada, de fato, a sua condição humana. Embora se critique a utilização do conceito de dignidade humana como fundamento genérico para a sustentação de teses jurídicas, conforme se defendeu anteriormente, não há como objetar que “todos os homens são indistintamente dignos”, conforme bem destacou Rabenhorst (2001, p. 46) e, em razão disso, devem receber um mínimo necessário para que essa sua humanidade não seja conspurcada.

Ao mesmo tempo em que se aprofundaram as discussões em torno dos direitos sociais, bem como na filosofia moral contemporânea foram sustentados os mais diversos pontos de vista a respeito do que seria a dignidade da pessoa humana, tendo esse debate sido trazido também para o direito, começou a se pensar que, dentre os direitos sociais haveria um núcleo mínimo de prestações a ser garantido pelo Estado como forma de assegurar a dignidade do indivíduo. Esse núcleo seria “protegido negativamente contra a intervenção do Estado”, que somente poderia atuar sobre ele de forma positiva, garantindo a concretização dos direitos que o integram (TORRES, 1990, p. 70).

O conjunto mínimo de direitos sociais intangível à atuação negativa do Estado e que deve ser garantido independentemente de circunstâncias econômicas, uma vez que, sem ele, o ser humano é destituído de sua dignidade, passou a ser denominado na doutrina como “mínimo existencial”. Em relação a ele, o Estado não pode veicular o argumento de ausência de recursos para a implementação das prestações que lhe são vinculadas (GOTTI, 2012, p. 61-62).

Esse mínimo existencial ou núcleo básico de direitos sociais, segundo os seus defensores, compõe-se dos direitos indispensáveis à dignidade da pessoa humana.

Em estudo pioneiro sobre o tema no Brasil, Torres (1990, p. 69-75), sustentou que o mínimo existencial teria agregado a si dois *status* aparentemente antagônicos, ou seja, um negativo e um positivo.

No âmbito do *status negativus* do mínimo existencial, ao Estado é imposto limites de atuação, de forma que ele não pode atuar comprometendo esse núcleo de direitos. Dessa forma, não seria legítima, por exemplo, a tributação incidente sobre o mínimo necessário à subsistência, uma vez que ao desrespeitar tal limitação, o Estado comprometeria a própria existência física do declarante do tributo e dos seus dependentes.

Por outro lado, o mínimo existencial, segundo o autor, é dotado também de um *status positivus libertatis*, materializado na prestação pelo Estado de serviços básicos a fim de garantir o respeito a esse núcleo intangível de direitos sociais.

A ideia de que deve ser formatado um núcleo mínimo de direitos reconhecido e prestado aos indivíduos como forma de garantir a sua condição humana parece não despertar muitas controvérsias. O grande problema surge no momento de delimitar quais seriam os direitos integrantes desse mínimo existencial.

Sarlet (2012, p. 320) defende que:

[...], o mínimo existencial abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já se sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais.

Já Barcellos (2002, p. 258) sustenta que o mínimo existencial é composto pela educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

De início já se verifica um problema no que se refere ao mínimo existencial. Não existe consenso em torno do seu conteúdo. Cada intérprete propõe um feixe de direitos que supostamente o integra, sem que isso tenha, necessariamente, respaldo no compromisso de prestação de direitos sociais assumido pelo constituinte. Quando se propõe a integração do mínimo existencial por um leque de direitos acentuadamente amplo, de forma que praticamente há a incorporação de todos os direitos sociais previstos no texto constitucional, cria-se empecilhos para a implementação integral dos direitos que supostamente o compõe.

O que parece ser objeto da crítica de Alexy (2015, p. 427), quando destaca que historicamente o mínimo existencial absoluto tem sido fixado em patamares extremamente baixo, pode ser, na verdade, uma postura prudente dos intérpretes e legisladores, pois uma extensão demasiada do conteúdo do mínimo existencial pode comprometer a implementação do leque de direitos que o integra.

Embora se concorde com a posição de que o mínimo existencial não pode ser reduzido aos elementos necessários à manutenção da subsistência física, o que acabaria o reduzindo ao aspecto alimentar, acredita-se que ele não abarca todos os direitos sociais, pois isso o colocaria sob a clara reserva da disponibilidade orçamentária, inviabilizando a absoluta imposição ao Estado de prestar os direitos a ele agregado.

Cabe, por consequência, a cada sistema jurídico, dentro das possibilidades financeiras do Estado, delimitar o feixe de prestações positivas que integrará o seu mínimo existencial, bem como elencar as ações negativas, relacionadas às condutas que o Estado assume o compromisso de não as praticar, como forma de resguardar o mínimo existencial dos seus cidadãos.

O conteúdo do mínimo existencial não pode ser definido por meio de formulações genéricas. As condições de desenvolvimento econômico de cada país são bastante particulares e não faz sentido delimitar um leque uniformizado de prestações que deverão ser arcadas pelo Estado, independente das suas possibilidades econômicas e sem levar em conta o contexto de desenvolvimento social de cada país.

A fixação do conteúdo do mínimo existencial precisa ser delimitada por cada ordenamento jurídico. Ela faz parte do compromisso político originador do sistema constitucional de cada país e por mais que se tente formular feixes genéricos de direitos, eles ficarão no campo da mera sugestão doutrinária, caso não sejam objeto de incorporação legislativa.

E não se argumente que a posição ora defendida não privilegia a condição humana como elemento de valorização universal, a ser respeitada independentemente das individualidades dos ordenamentos jurídicos. Não é isso. As necessidades humanas, em sua maioria, são culturais. O estilo de vida ocidental, por exemplo, impõe determinadas exigências de conforto que são tidas como essenciais por quem foi educado na cultura do Ocidente. Isso não implica dizer que para o ser humano ter a sua dignidade respeitada esses anseios precisam ser atendidos, pois outro indivíduo, nascido e educado em contexto cultural diverso, pode não possuir os mesmos anseios.

Seria arrogância cultural afirmar, por exemplo, que a satisfação vivenciada por um indivíduo integrante de uma comunidade tribal do interior da África, que não valoriza a educação formal e não sente falta de tal prestação estatal, é um ser desumanizado.

A valorização do convívio em família, a transmissão de conhecimentos pela tradição oral e a satisfação alimentar por meio da agricultura familiar integra o feixe de necessidades de muitos agrupamentos humanos, que são tão humanizados quanto qualquer sociedade ocidental que se considera moderna.

Mas quando se debate o mínimo existencial e se tenta universalizar a discussão, estas comunidades, os agrupamentos humanos que não se enquadram no padrão de vida ocidental, são tidos como inexistentes, seguindo o que foi denominado por Santos (2010, p. 103-104), como

uma “lógica da escala dominante”, de acordo com a qual o universalismo que se busca construir desconsidera os contextos específicos³³.

A experiência de vida das comunidades invisíveis para o padrão de cultura ocidental não costuma entrar nas discussões em torno do mínimo existencial. Tenta-se vinculá-lo à abstração do conceito de dignidade humana e na busca de uma universalização, formula-se um leque de direitos tidos como essenciais para que o homem tenha a sua condição humana respeitada sem levar em consideração as diversas experiências culturais que não se encaixam no padrão ocidental.

Quando se busca universalizar conceitos (se é que isso é possível), a humanidade precisa ser vista globalmente, sem exclusões, sem que comunidades sejam tornadas invisíveis e tratadas como se não existissem, pois a suposta tentativa de se resguardar a dignidade humana pode, na verdade, produzir o efeito contrário, uma vez que os agrupamentos humanos que destoam do padrão cultural do Ocidente não podem ser enxergados como indivíduos que precisam ser “civilizados” ou o pior, sequer tomados em consideração pelos formuladores dos supostos conceitos universais. O ser humano, suas necessidades e até mesmo os seus anseios, são muito mais complexos do que o raciocínio jurídico ocidentalizado pode apreender.

É por isso que se sustenta não existir uma composição de direitos integrante de um mínimo existencial com características universais. Cada ordenamento jurídico, dentro das suas possibilidades econômicas e levando em conta os anseios dos seus nacionais deve, quando da formação do pacto político que origine a constituição do Estado ou, mesmo em momento subsequente, por meio de legislação ordinária, definir quais são as prestações básicas que o poder público assume perante a população em termos de direitos sociais e que serão prestados independentemente das condições financeiras do Estado.

Esse leque de direitos precisa ser compacto, uma vez que não poderá ficar condicionado à “reserva dos cofres cheios”, na expressão de Canotilho (2003, p. 481), mas, ao contrário, constituirá uma garantia assistencial básica devida a todos os cidadãos, cujo planejamento

³³ Ao descrever a sua “lógica da escala dominante”, como modo de produção de não-existência, Santos (2010, p. 103-104), faz as seguintes considerações: “Nos termos desta lógica, a escala adoptada determina a irrelevância de todas as outras possíveis escalas. Na modernidade ocidental, a escala dominante aparece sob duas formas principais: o universal e o global. O universalismo é a escala das entidades ou realidades que vigoram independentemente de contextos específicos. Têm, por isso, precedência sobre todas as outras realidades que dependem de contextos e que por essa razão são consideradas particulares ou vernáculos. A globalização é a escala que nos últimos vinte anos adquiriu uma importância sem precedentes nos mais diversos campos sociais. Trata-se da escala que privilegia as entidades ou realidades que alargam o seu âmbito a todo o globo e que, ao fazê-lo, adquirem a prerrogativa de designar entidades ou realidades rivais como locais. No âmbito desta lógica, a não-existência é produzida sob a forma do particular e do local. As entidades ou realidades definidas como particulares ou locais estão aprisionadas em escalas que as incapacitam de serem alternativas ao que existe de modo universal ou global.”

orçamentário deve sempre levar em conta a necessidade de prestação integral desses direitos a todos os indivíduos que os reclamarem.

Quando se define o acervo básico de direitos que comporá o mínimo existencial assegurado pelo ordenamento jurídico local, em torno dele se formará uma garantia absoluta de prestação, da qual o Estado não poderá se furtar sob o argumento de insuficiência ou escassez de recursos. É por isso que se faz necessária cautela na sua definição, pois o mínimo existencial jamais poderá ser visto como uma promessa prestacional deferida para o momento em que a capacidade econômica estatal viabilizar a sua implementação.

Logo, entende-se que o mínimo existencial não pode ser padronizado de forma universal, mas, ao contrário, deve ser formatado em cada ordenamento jurídico, levando em consideração as disponibilidades econômicas do Estado, bem como os anseios da população em torno de elementos por ela considerados como vitais para uma existência digna. Isso variará segundo a cultura nacional, cabendo aos agentes políticos a tarefa de interpretar o desejo da população. Por outro lado, uma vez definido o conjunto de prestações básicas que será arcado pelo Estado, o compromisso assumido terá efeito vinculante para todos os gestores públicos, que deverão prestar os direitos assegurados sempre que forem reclamados.

2.5.1 O mínimo existencial na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 6º, assegurou proteção aos seguintes direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. No entanto, esses direitos não compõem, em sua integralidade, o mínimo existencial reconhecido pelo Constituinte.

A implementação dos direitos sociais previstos no artigo 6º depende de recursos financeiros e eles serão assegurados pelo Estado Brasileiro na medida das disponibilidades orçamentárias, mediante a adoção de políticas voltadas para a sua concretização gradual. No entanto, no texto da Constituição, é possível detectar a existência de um leque de direitos sociais de implementação obrigatória pelo Estado, que deverão ser disponibilizados aos beneficiários sempre que forem reclamados, não estando, por consequência, atrelados à prévia existência de recursos financeiros para o seu custeio.

Pode-se dizer que esse núcleo de direitos, segundo a intenção do Constituinte, deve ser assegurado em sua forma plena, não estando sujeito aos percalços de natureza orçamentária.

Como não poderia deixar de ser, esse feixe de direitos é bem restrito, não obstante a prodigalidade da Constituição de 1988 em assegurar direitos, dentre eles, inúmeros de natureza social.

Percorrendo o texto da Constituição, são encontrados os seguintes direitos a serem prestados pelo Estado a todos os que venham a deles necessitar: educação básica obrigatória e gratuita (art. 208, I); garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, condicionando-se a prestação, apenas, à comprovação de que o pretendo beneficiário não tem condições de prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V); assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV) e, por fim, garantia de fornecimento gratuito dos documentos necessários à comprovação da existência civil do cidadão (art. 5º, LXXVI). Esses são os direitos componentes do mínimo existencial, de natureza prestacional ou positiva, assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Todos os demais direitos sociais, inclusive a atenção à saúde básica, deverão ser implementados mediante políticas públicas, que ficam condicionadas à existência de recursos financeiros para custeá-las.

Pode-se criticar o fato de que os direitos nucleares do mínimo existencial contido na Constituição Federal de 1988 seja bem limitado. No entanto, é preciso levar em consideração que a escolha dos direitos componentes do mínimo existencial se rege por critérios discricionários do constituinte ou do legislador ordinário (caso ele tenha sido autorizado pelo texto constitucional a promover tal escolha). Pode-se lamentar o fato de que direitos como alimentação, moradia e mesmo atenção à saúde básica tenham sido deixados de fora do núcleo do mínimo existencial presente na Carta de 1988. No entanto, não se pode esquecer que isso foi uma opção política do constituinte, não podendo a doutrina alargar aquilo que não foi objeto de recepção no texto constitucional.

O mínimo vital, ou seja, o conjunto de direitos vinculado à manutenção da própria existência física do indivíduo, foi assegurado expressamente apenas em favor dos portadores de deficiência e dos idosos mediante o compromisso de pagamento mensal de um salário-mínimo em favor deles, pois o constituinte considerou que em decorrência de limitações provenientes da deficiência física ou mental ou dos percalços da idade avançada, essas pessoas, ao não usufruir de condições para custear o mínimo necessário à sua subsistência, teriam a sua própria sobrevivência física comprometida.

Com relação aos demais cidadãos, mesmo nas situações em que a obtenção do necessário à subsistência restar comprometida por ausência de emprego ou outros dissabores financeiros da vida, o mínimo vital somente será garantido para eles mediante a adoção de

políticas públicas que, como sempre, levarão em conta as disponibilidades de recursos financeiros no orçamento.

2.5.2 A reserva do possível e o controle judicial das alocações orçamentárias destinadas a implementação de políticas públicas

Inicialmente, é importante deixar claro a tese com relação a reserva financeira para efeitos de concretização dos direitos sociais: aqueles que integram o núcleo do mínimo existencial estabelecido pelo constituinte ou legislador ordinário (caso lhe tenha sido conferido competência para isso pela Constituição), devem obrigatoriamente ser ofertados a todos os pleiteantes, independente de disponibilidade de recursos para tal finalidade.

Por outro lado, com relação aos direitos sociais que não foram acoplados ao núcleo do mínimo existencial, a sua concretização depende de políticas de governo conduzidas pelos gestores públicos, de acordo com a capacidade financeira estatal.

Logo, a implementação dos direitos sociais presentes no texto constitucional e não integrantes do mínimo existencial precisa ser analisada no contexto de uma verdade inexorável: toda a concessão concreta de direitos envolve custos.

Se há custos envolvidos, é indispensável discutir as receitas necessárias para fazer frente a eles. No contexto atual em que o Estado depende, quase exclusivamente dos tributos arrecadados da sociedade para cobrir as suas despesas, uma vez que o modelo financeiro de Estado hodierno é essencialmente fiscal, tal como ressalta Nabais (1998, p. 193), de forma que o patrimônio próprio ou as entradas não tributárias arrecadas pela maioria dos Estados é insignificante quando comparado com o montante final das suas receitas, não se pode pensar na incrementação de direitos sem uma discussão séria a respeito da capacidade contributiva global da sociedade para fazer frente às demandas financeiras oriundas de novas prestações estatais. Por isso, soa bastante contraditória qualquer defesa de aumento de gastos associada a redução de tributos (MAURÍCIO JR., 2009, p. 86).

No entanto, no momento político de produção do texto constitucional, o interesse de agregação dos diversos segmentos sociais muitas vezes se materializa numa extensa estipulação de direitos transferidos para o texto da constituição, deixando para o estágio subsequente a avaliação a respeito da viabilidade de concretização de tais direitos. O importante, naquele momento, parece ser a obtenção do acordo político que viabilize um projeto de constituição que acomode todas as forças representativas da sociedade.

Produzida a constituição, deparam-se os gestores públicos com a pressão dos diversos grupos sociais com interesses contemplados em busca da implementação dos direitos que foram assegurados no pacto político. É nessa oportunidade que surge a preocupação com os recursos financeiros indispensáveis à viabilização dos direitos assegurados, em especial daqueles classificados como sociais.

A discussão anteriormente circunscrita à previsão em abstrato do direito se transfere para as possibilidades financeiras do Estado em implementá-lo, sendo forte a tentação momentânea de considerar os direitos assegurados como meras promessas do constituinte, a serem concretizadas quando o Estado tiver suporte financeiro para as custear³⁴.

É verdade que não se pode exigir do Estado a disponibilização da prestação vinculada a um direito social assegurado constitucionalmente sem que se demonstre a existência de recursos financeiros para isso. As necessidades dos indivíduos tendem a se alargar no decorrer do tempo. As exigências, que a princípio eram primárias, uma vez alcançadas as pretensões iniciais, inclinam-se a ser incrementadas, o que aumenta de forma exponencial a pressão sobre os gestores públicos.

É o que se poderia denominar como “anseio do estágio subsequente”. Explica-se: o ser humano, por natureza, propende a não se satisfazer, de forma permanente, com o atendimento básico de uma necessidade. Aquele que se encontra faminto tem como objetivo primário a obtenção dos alimentos necessários para saciar a sua fome. Mas, uma vez satisfeita aquela demanda, é natural que ele passe a almejar uma moradia mais decente, atendimento médico com um mínimo de dignidade, educação para os seus filhos, etc. Dessa forma, a alimentação, que a princípio aparentava ser um fim em si mesma, uma vez suprida, desencadeia novas pretensões, que acabam se convertendo em novos anseios em torno de mais concretização de direitos sociais.

³⁴ Silva (2002, p. 180), ao analisar a eficácia dos direitos fundamentais, assinala: “Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.”

Ainda que seja empolgante o discurso que proclama a obrigatoriedade do atendimento de todas as pretensões do indivíduo, a verdade é que elas nunca serão, de fato, supridas, uma vez que o suprimento de uma demanda gera a expectativa de que novos anseios sejam contemplados, o que torna impossível ao indivíduo alcançar um estágio de plena satisfação de seus desejos materiais.

Dessa forma, em face de um quadro de demandas crescentes e recursos limitados, foi esboçada a tese do condicionamento da implementação dos direitos sociais a uma cláusula de “reserva do possível”, que se apoiou originariamente em decisões do Tribunal Constitucional Alemão, em julgados que ficaram conhecidos como “*numerus clausus*” (FONTE, 2012, p.132).

A lógica conceitual da reserva do possível é de fácil compreensão. Segundo ela, os direitos sociais somente podem ser concretizados de acordo com a disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado. Não se pode impor ao administrador o ônus de ofertar direitos de natureza prestacional sem que a existência de fontes de custeio para isso fique demonstrada. Trata-se de uma verdadeira condicionante atrelada aos direitos sociais (PANSIERI, 2012, p. 85).

No entanto, como bem alerta Lopes (2010, p. 171), a escusa da reserva do possível “não pode ser acatada quando o executivo e o legislativo manipulam de tal forma o orçamento a criá-la de forma artificial, ou, melhor, de a criá-la quando observadas as outras condições ela não existiria (sic).”

A utilização da “reserva do possível” como agente limitador da implementação plena de direitos sociais parece legítima. No entanto, ela não pode ser utilizada como um mecanismo vazio, voltado a transformar os direitos sociais em meras promessas sem qualquer perspectiva de efetividade. Logo, como bem defende Lopes (2010, p. 171), o debate em torno da reserva do possível deve ser travado na esfera orçamentária.

Isso porque na confecção da peça orçamentária precisam ser indicadas todas as receitas do Estado, bem como nela deve ser especificado com clareza todo o rol de despesas que serão arcadas ao longo de um determinado período, normalmente anual. É no momento político de elaboração da lei orçamentária que os direitos sociais precisam receber o suporte financeiro necessário para a sua implementação ao longo do exercício.

Embora o Legislativo tenha uma relativa liberdade para proceder a alocação dos recursos do ente público no momento de elaboração da peça orçamentária, essa conduta, que se poderia reputar de discricionária, reclama ser exercida de acordo com os ditames da constituição. O orçamento, conforme os recursos disponíveis, deve contemplar todos os direitos previstos na carta constitucional, com a definição clara do volume financeiro que será alocado

para o custeio de cada política pública necessária a implementação dos direitos sociais presentes no sistema constitucional em vigor. Caso isso não ocorra, a peça orçamentária padecerá de evidente inconstitucionalidade omissiva, sujeita ao controle de constitucionalidade pelo órgão estatal competente.

A lei orçamentária, como qualquer outra norma de cunho abstrato, submete-se ao controle de constitucionalidade, seja ele exercido pelo poder judiciário ou por outro órgão a quem a constituição tenha atribuído competência para isso. A omissão do legislador em contemplar políticas públicas voltadas à concretização de um determinado direito social, por exemplo, inquina a lei orçamentária de vício de inconstitucionalidade, passível de correção, pelo aspecto negativo, pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, encargo esse que, no Brasil, compete ao Poder Judiciário, por meio do controle difuso, exercido por cada juízo ou tribunal e que tem espaço quando da apreciação de um caso concreto ou, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o controle concentrado de constitucionalidade³⁵.

Levando em consideração o sistema constitucional brasileiro, o que não parece acertado é o argumento dos defensores do exercício de uma postura ativa do Judiciário mediante a redefinição de alocações de receitas previstas nas peças orçamentárias, quando políticas públicas voltadas à implementação de um determinado direito social não forem contempladas com recursos previstos no orçamento do ente público.

É que a Constituição Federal não concedeu ao Judiciário a prerrogativa de atuar invadindo a esfera de competência privativa dos poderes Legislativo e Executivo na definição de políticas públicas. Foram aos poderes políticos que, por meio de eleições diretas, receberam o mandato popular para implementação de um determinado modelo de gestão - o que envolve, por consequência, a definição de prioridades - a quem a população delegou o encargo de alocar

³⁵ No Brasil, o controle de constitucionalidade pode ser exercido, de forma difusa, por qualquer juiz ou tribunal, quando da apreciação de um caso concreto, sendo que, em se tratando de tribunais, essa declaração requer o voto favorável da maioria absoluta dos membros da corte, impondo-se o que se convencionou denominar de cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97), bem como tal controle também pode ser exercido, de forma repressiva e abstrata pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação de ação direta de inconstitucionalidade, quer seja por ação ou omissão do poder público.

os recursos públicos³⁶. Não se pode, jamais, admitir a usurpação do gerenciamento da verba pública por um membro ou órgão do Judiciário.

Quando o Poder Judiciário promove a redefinição de alocações de recursos previstos na lei orçamentária, ele viola claramente o pacto de separação dos poderes, uma vez que assume tarefa que não lhe foi conferida pela Constituição Federal, no caso brasileiro. Há uma evidente invasão da esfera de atuação de um outro poder, o que coloca em xeque a harmonia que deve existir entre os poderes, que na verdade constituem funções do Estado.

Quando há um claro desvio de finalidade na peça orçamentária no que se refere à alocação dos recursos públicos, destinando, por exemplo, valores elevados para a propaganda governamental, enquanto se omite na previsão do custeio de políticas públicas direcionadas à implementação de um determinado direito social, o controle judicial nesses casos deve se circunscrever a decretar a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, da peça orçamentária, determinando que o Legislativo promova a confecção de uma nova lei em que sejam sanados os vícios apontados pela decisão judicial.

O que não é possível é o Judiciário assumir o papel ativo e determinar, de plano, que recursos anteriormente previstos na lei orçamentária voltados ao atendimento de uma determinada atuação estatal sejam realocados para o custeio de atividade que não constava do texto legal. Ao agir assim, o juiz ou o tribunal estará atuando como legislador positivo, sem que tenha recebido mandato constitucional para isso.

O controle judicial, portanto, deve ser exercido sobre a lei orçamentária. No entanto, isso deve ser feito sob o aspecto negativo, mediante a expurgação do ordenamento jurídico de normas incompatíveis com a constituição. No entanto, o Judiciário jamais deverá assumir o papel de legislador ativo, determinando o custeio de encargos sem previsão na lei orçamentária, haja vista que isso, além de ferir o princípio da separação dos poderes, caracteriza uma evidente violação ao princípio da legalidade.

Não estando a lei orçamentária contaminada por vício de inconstitucionalidade, a invocação da “reserva do possível” como condicionante da implementação do direito social se mostra legítima. Assim, ao ser reclamado pelo custeio de determinada prestação social, o administrador público deve demonstrar que na lei orçamentária houve a contemplação de

³⁶ Como bem lembra Maurício Jr. (2009, p. 223), “não podemos cair na tentação autoritária de um governo de juízes – como guardiões platônicos da justiça – e esquecer que sua função nessa tarefa é subsidiária. Por mais imperfeitos que sejam os nossos representantes eleitos, a eles cabe o governo do país (...).”. Acrescenta-se ainda que não existe qualquer garantia de que os integrantes do Judiciário sejam mais perfeitos ou capacitados no gerenciamento de políticas públicas do que os membros dos Poderes Legislativo e Executivo. Além disso, bem ou mal, foram os componentes dos poderes políticos os agentes escolhidos pelo povo, mediante o voto direto, para conduzir os destinos do país.

políticas públicas voltadas à concretização do direito em referência, sendo que, no momento, a concessão do pleito não se mostra possível, total ou parcialmente, em virtude da ausência de recursos capazes de acobertar a prestação almejada.

Se não houve omissão na peça orçamentária de previsão de recursos públicos para o custeio de políticas públicas voltadas a efetivar determinado direito social, nos casos em que as demandas em torno da concretização do direito forem superiores aos recursos disponíveis, o administrador precisará, dentro desse quadro de escassez, fazer escolhas que, muitas vezes, significarão deixar sem assistência um ou alguns indivíduos, devendo, em contrapartida, agir assegurando a assistência a um número maior de beneficiários.

Dentro de um quadro de escassez de recursos, as escolhas que o gestor público precisa fazer são, não raras vezes bastante difíceis ou mesmo “trágicas”, em especial quando se lida com direitos envolvendo questões de saúde, assistência social ou educação.

Se diante de um quadro de recursos limitados o administrador opta por atender a uma demanda de um grupo maior de cidadãos em detrimento de parcela menor de indivíduos ou até mesmo de uma única pessoa, sem dúvida para o gestor público essa é uma escolha difícil, mas que precisa ser realizada e é legítima, pois ele não pode se deixar conduzir pelo aspecto emocional em tais situações. Cabe-lhe atuar para atender, de forma igualitária, a um maior número possível de indivíduos com os recursos de que dispõe, pois, o seu compromisso maior é com o bem-estar coletivo e não com o problema individual de cada administrado.

Logo, se não há recursos disponíveis para o atendimento de todas as demandas, o controle do judiciário sobre a escolha adotada pelo administrador deve se circunscrever ao aspecto fático, cabendo-lhe aferir se o gestor não agiu com o fim escuso de favorecer determinados indivíduos em detrimento de outros. No entanto, se o agente público conseguir demonstrar que a sua escolha de mérito teve como finalidade gerar um bem coletivo para uma parcela maior de indivíduos que se encontravam tão necessitados de assistência quanto o grupo que não foi contemplado, não cabe ao Judiciário desconstituir o ato do administrador, pois como bem lembra Lopes (2010, p. 171), os “nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais de caridade”.

Assim, entende-se que, num quadro de recursos limitados e demandas crescentes, a invocação da “reserva do possível” como condicionante da outorga de determinado direito social é legítima, somente sendo possível o seu afastamento quando a justificativa da omissão do administrador público não resistir ao confronto com a peça orçamentária.

Se os recursos destinados ao custeio da política pública requerida ainda não se esgotaram dentro orçamento ou se encontram contingenciados pelo Poder Executivo, a invocação da

“reserva do possível” não merecerá acolhida, haja vista que, pelo menos sob o aspecto formal, existem recursos disponíveis.

Por outro lado, se o administrador conseguir demonstrar que os recursos alocados no orçamento para o custeio da política pública reclamada já se esgotaram, a disponibilização do direito social pleiteado, pelo menos em tal momento, não será possível, sendo plenamente cabível a negativa do atendimento do pleito sob o fundamento de incapacidade financeira do Estado.

2.5.3 O mínimo existencial e a reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil e responsável por firmar em definitivo a interpretação a ser dada ao texto da Constituição Federal, ao se deparar com as questões envolvendo a concretização dos direitos sociais, a definição do mínimo existencial e a possibilidade de invocação da “reserva do possível”, vem adotando, majoritariamente, uma visão maximalista a respeito do conjunto dos direitos sociais integrantes do mínimo existencial.

O entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sinaliza no sentido de que todos os direitos sociais previstos na Constituição Federal integram o núcleo de garantias prestacionais em face do qual a “reserva do possível” não pode ser invocada de forma legítima, o que os coloca, por via transversa, no conjunto de direitos integrantes do mínimo existencial.

No entanto, quando se analisa a fundamentação dos votos condutores dos julgados referentes aos temas relacionados à concretização dos direitos sociais, constata-se que a problemática envolvendo os custos dos direitos não é desconhecida pela Suprema Corte. Inclusive, o trabalho pioneiro de Holmes e Sunstein, já referido diversas vezes, normalmente é citado e se busca levar em consideração que os recursos do Estado, de fato, são limitados. No entanto, quando da conclusão dos julgados, estranhamente, adota-se uma linha diversa, respaldada no argumento de que, em se tratando de políticas públicas voltadas à implementação de direitos sociais previstos na Constituição Federal, as limitações financeiras do Estado não são passíveis de invocação, sob pena de comprometimento da própria eficácia do direito constitucionalmente protegido. Seguem alguns exemplos.

No julgamento, pela Segunda Turma, do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 745.745, relatado pelo Ministro Celso de Mello, foi discutida a questão envolvendo o acesso à saúde. Na ocasião, esse direito de natureza prestacional foi considerado como integrante do mínimo existencial, de forma que a invocação da reserva do possível não seria cabível³⁷.

Já no julgamento, pela Primeira Turma, do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 658.171, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, o órgão julgador concluiu que a implementação de políticas públicas voltadas à defesa do meio ambiente não pode ser frustrada pela Administração, sob o argumento de insuficiência orçamentária³⁸. Nesse caso, o meio ambiente também foi considerado como integrante do mínimo existencial e, por consequência, as políticas públicas voltadas à sua defesa, no entendimento da Suprema Corte, não se submetem aos limites dos recursos disponíveis no orçamento do ente público.

Nos Embargos Declaratórios manejados no Agravo de Instrumento nº 598.212, julgados pela Segunda Turma e relatados pelo Ministro Celso de Mello, apreciou-se a necessidade de implantação de um núcleo da Defensoria Pública na Comarca de Apucarana, no estado do Paraná. Em tal ocasião foi referendada a tese de que o princípio da supremacia da Constituição se coloca acima das questões orçamentárias, que foram consideradas naquela oportunidade como secundárias pela Corte quando confrontadas com as políticas públicas voltadas à concretização de direitos assegurados na Constituição Federal³⁹.

Em julgamento recente pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida nº 592.581, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, mais uma vez a possibilidade de invocação da “reserva do possível” foi afastada, desta vez impondo a obrigação à Administração Pública de realizar obras emergenciais em presídios, independentemente da existência de recursos orçamentários para isso, com a finalidade de resguardar a dignidade humana dos presos. Na ocasião foi assentada a seguinte tese pela corte⁴⁰:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

³⁷ Julgado em 02/12/2014.

³⁸ Julgado em 01/04/2014.

³⁹ Julgado em 25/03/2014.

⁴⁰ Julgado em 13/08/2015.

Já no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.337, relatado pelo Ministro Celso de Mello, quando se apreciou a questão envolvendo a disponibilização de creche e pré-escola para crianças com até cinco anos de idade, buscou-se sintetizar o entendimento da Corte a respeito de como ela compreende o mínimo existencial. Constatou da ementa daquele julgado⁴¹:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

O que se verifica, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal vem considerando como integrante do mínimo existencial todos os direitos sociais previstos na Constituição, sustentando, ainda, o posicionamento de que as políticas públicas voltadas à concretização destes direitos não legitimam a invocação da “reserva do possível”.

Essa mesma linha de entendimento vem também sendo adotada pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, cuja jurisprudência sofre forte influência do Supremo Tribunal Federal⁴².

A posição que o Supremo Tribunal Federal vem adotando majoritariamente cria um cenário irreal. É que o leque de direitos de natureza prestacional que a Constituição Federal assegurou é bastante extenso. Basta uma rápida leitura de seu artigo 6º. Para qualquer país é praticamente impossível disponibilizar a todos os seus cidadãos, de forma imediata e integral, a totalidade das prestações sociais previstas na Constituição.

No entanto, como muito bem lembra Lopes (2010, p. 159-160), em parágrafo que se transcreve abaixo na íntegra, parece que os recursos do Estado são infinitos e não se considera

⁴¹ Julgado em 23/08/2011.

⁴² A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a questão relativa ao fornecimento de medicamentos nos autos do Recurso Especial nº 1.488.639/SE, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, fixou o entendimento de que o Judiciário pode interferir na esfera administrativa a fim de viabilizar a concretização de políticas públicas, não sendo legítima a invocação da reserva do possível em face de direitos integrantes do mínimo existencial. Entendimento similar foi adotado por aquela Corte nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.075.511/RS, relatado pelo mesmo ministro.

que eles são retirados da própria sociedade⁴³ que, em último caso, é a real penalizada por uma interpretação desconectada da realidade financeira do país e que vem sendo encampada pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, fala-se sempre do Estado ou do governo como um outro, de tal modo que tudo deve dele provir. As ruas estão sujas pela maneira como os particulares as tratam? A solução é pedir que o Estado crie um programa qualquer para resolver o problema. Os motoristas não respeitam a sinalização e as regras de trânsito, provocando acidentes ou engarrafamentos? A solução é sempre um programa estatal qualquer, mas não a responsabilização de quem quer que seja. Em resumo, como diz Nino (1992), fomenta-se uma anomia tola, de modo que o discurso é sempre de transferência para o Estado de uma obrigação que seria de qualquer um ou de todos. Processo semelhante dá-se com outras necessidades. Quando as necessidades são financeiras, parece também fácil debitar ao Estado uma conta que jamais fechará e não se fala mais nisso. Como o Estado presume-se imortal e não sujeito à falência, penduram-se contas sem fim. E, sobretudo, contas que nem sempre correspondem aos propósitos constitucionalmente definidos de justiça social. Isso tudo alimenta a ideia de que é impossível cumprir as generosas promessas da Constituição de 1988 (destaca-se).

No mundo ideal, no qual não haveria necessidade de recursos financeiros para o custeio das prestações sociais, a posição encampada pelo Supremo Tribunal Federal seria perfeita. A simples inserção de determinado direito na Constituição já se mostraria suficiente para assegurar a todos os potenciais beneficiários o acesso a ele no momento em que necessitarem. No entanto, num cenário de recursos escassos, como ocorre no mundo real, essa posição é insustentável.

Como já foi mencionado, a Constituição Federal de 1988 foi muito generosa em assegurar direitos de natureza social. Mas, quando determinados segmentos da doutrina sustentaram que a concretização desses direitos precisaria ser gradativa e levar em consideração as disponibilidades financeiras para isso, não se estava simplesmente encampando uma tese liberal voltada a transformar esses direitos em promessas irrealizáveis, deixando a Carta recém promulgada sem efetividade.

O que se ponderou foi que a implementação de todos os direitos assegurados, num cenário social em que a maioria da população carece de assistência básica (pois, muitas vezes lhe falta o próprio alimento cotidiano), a concretização de todos os direitos sociais demandaria um custo elevado que, no final das contas, seria arcado pela sociedade. Assim, o que se alertou

⁴³Como bem recorda Maurício Jr. (2009, p. 82-84), as obrigações do Estado, como são custeadas, em sua maior parte por tributos, uma vez que a receita de patrimônio próprio na fase atual do Estado, que é essencialmente fiscal, geralmente é insignificante, qualquer obrigação que lhe é imposta acaba refletindo, ainda que de forma indireta, sobre a sociedade civil. Portanto, é preciso levar em consideração que ele não é um sistema etéreo, distante da realidade. Ao contrário, trata-se de uma ficção de cunho jurídico-político que, no final das contas, nada mais é do que a representação da própria sociedade organizada, segundo estruturas de poder.

foi quanto a necessidade de se ponderar a capacidade contributiva global da sociedade brasileira com a demanda financeira vinculada a implementação integral de todas as garantias sociais, pois não há como ser desconsiderado os aportes financeiros necessários à concretização dessa classe de direitos⁴⁴.

É muito fácil fazer uma defesa utópica de que se deve assegurar, por exemplo, a todos os brasileiros o acesso a qualquer terapia médica necessária ao restabelecimento de sua saúde. Concorde-se integralmente. Mas quem arcará com os custos? De onde virão os recursos? É preciso que os defensores do chamado “princípio da máxima eficácia da Constituição” respondam a essa pergunta com dados concretos, pois argumentar no campo da teoria, onde tudo vira princípio, não é a postura mais correta para lidar com o tema. Agora é importante que os teóricos que militam nas fileiras do “Estado que tudo pode”, “é dever do Estado”, do “cabe ao Estado” etc., também respondam a singela pergunta a respeito de quem arcará com os custos da benevolência na outorga de prestações sem nenhum cuidado com os limites do orçamento.

Além disso, no Brasil, a implementação dos direitos sociais, assim como de qualquer prestação voltada a sanar o grave quadro de exclusão social existente no país, é vista sempre como uma tarefa do Estado, que deve ser reclamado por ações voltadas a esse desiderato. Há quem sustente essa postura como adequada, tal como o faz Barros (2010, p. 180), que defende o protagonismo do Estado Brasileiro, pelo menos de forma momentânea, no fomento do desenvolvimento social. No entanto, acredita-se que tal postura somente produz inércia na sociedade civil, que se omite em adotar qualquer protagonismo na implementação de direitos sociais, especialmente em relação àqueles voltados à assistência aos mais necessitados, ficando na cômoda posição de sempre aguardar que o poder público assuma todos os encargos associados ao auxílio dos que mais necessitam de assistência, ao mesmo tempo em que reclama da elevada tributação a que é submetida.

⁴⁴ É por isso que Galdino, (2005, p. 230-231) defende que, “Embora os custos não sejam o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados na discussão acerca dos direitos fundamentais, nem servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável”.

É verdade que no Brasil já se tem uma das maiores cargas tributárias do mundo⁴⁵. A capacidade contributiva global da sociedade tem um limite. Mas ela também precisa participar de forma ativa do processo de implementação dos direitos sociais por meio de organizações não governamentais financiadas exclusivamente com recursos privados, não se limitando somente a reclamar que o Estado assuma esse papel.

Mas, sem prejuízo da participação social no processo de implementação dos direitos de natureza prestacional, é necessário que a variável vinculada aos “custos dos direitos” seja sempre levada em consideração, pois argumentar com princípios, sem a pressão de uma planilha orçamentária escassa para gerenciar, é uma atitude bastante cômoda, mas que nunca resolverá os graves problemas sociais brasileiros e apenas servirá como fator de agravamento das iniquidades sociais, consoante se procura demonstrar ao longo desse trabalho, voltando o olhar para a questão do direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, mas tão mal compreendido no que se refere à sua implementação igualitária e universal.

⁴⁵ De acordo com estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, a carga tributária brasileira alcançou, em 2014, a incrível marca correspondente 35,42% (trinta e cinco vírgula quarenta e dois por cento) do Produto Interno Bruto – PIB, assumindo o posto de mais elevada da América Latina e uma das maiores do mundo. Além disso, no mesmo levantamento, ficou demonstrado que a carga tributária vem crescendo anualmente, mesmo em períodos de retração da economia. Informação disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2142/05EvolucaoDaCargaTributariaBrasileira.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

3 O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A configuração que o direito à saúde recebeu na Constituição de 1988 difere, bastante, da forma como ele vinha sendo abordado no ordenamento jurídico brasileiro durante os períodos de vigência das Constituições antecedentes.

Portanto, para compreender melhor o modelo de assistência à saúde pública atualmente adotado no Brasil, é importante conhecer, ainda que sucintamente, o processo de evolução da maneira como esse direito foi objeto de atenção pelo Estado ao longo do tempo, culminando com o modelo assistencial encampado pela Carta atualmente em vigor.

No presente capítulo será retratado o panorama normativo que antecedeu a Constituição atual, para, em seguida, proceder-se a análise do Sistema Único de Saúde – SUS nela introduzido, com avaliação das diretrizes constitucionais que norteiam esse modelo de assistência sanitária e a forma como ele é financiado.

3.1 O DIREITO À SAÚDE NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desde o início do processo de colonização do Brasil pelo Governo Português até meados do século XIX - o que abarca, inclusive, o período pós-independência e os governos dos Imperadores D. Pedro I e D. Pedro II - o modelo de assistência à saúde pública no Brasil foi bastante limitado e teve como finalidade principal realizar o controle sanitário dos navios que adentravam nos portos brasileiros. A assistência à saúde da população era ofertada pelos poucos médicos vindos da Europa, que atuavam de forma privada, prestando os seus serviços à pequena parcela da sociedade melhor aquinhoadada, que tinha condições financeiras de pagar pela assistência médica. Para o maior conjunto da população, restava recorrer à sabedoria popular, lastreada em crendices e conhecimentos da cultura local indígena ou introduzida pelos africanos, que adentravam no território nacional na condição de cativos, para trabalharem como escravos.

A participação estatal na assistência à saúde não tinha qualquer preocupação com o bem-estar individual. Mesmo após o processo de independência política e durante a fase imperial, as medidas sanitárias adotadas pelo poder público foram voltadas, principalmente, para minimizar os problemas de saúde da população, capazes de afetar a produção econômica e o comércio internacional do Brasil. A assistência à saúde continuou, após a independência, sendo prestada por médicos privados, que somente disponibilizavam os seus serviços a quem poderia arcar com os seus custos (AGUIAR, 2011, p. 18).

Com essa organização sanitária rudimentar e baseada na capacidade econômica do assistido, as pessoas sucumbiam ao serem acometidas pelos problemas de saúde mais elementares, sendo que, não raras vezes, uma simples gripe, por ausência de tratamento adequado, evoluía para um processo infeccioso mais grave, levando o indivíduo à morte. Pode-se dizer que nessa fase, em termos de assistência à saúde, cada um se encontrava relegado à própria sorte, não podendo esperar nenhuma assistência do poder público ao ser acometido por alguma moléstia.

Com a proclamação da República, muito pouco mudou em termos de assistência à saúde. A Constituição liberal de 1891 não trouxe em seu texto qualquer promessa de assistência sanitária à população, uma vez que o modelo de Estado que dela constava tinha forte influência dos princípios gerais do liberalismo, de forma que a assistência estatal com base na outorga de direitos de conteúdo prestacional era inexistente.

Durante o período que ficou conhecido como Primeira República e que perdurou de 1889 a 1930, a atuação do poder público na assistência à saúde se circunscreveu ao desenvolvimento de campanhas sanitárias, cujo objetivo era erradicar as muitas epidemias que surgiam nas cidades mais importantes do país, em especial no Rio de Janeiro, objetivando resguardar a economia baseada na monocultura voltada à exportação.

Durante o governo de Rodrigues Alves (1902-1906), sob a condução do médico sanitaria Oswaldo Cruz, procurou-se erradicar as diversas epidemias que assolavam o Rio de Janeiro, em especial a de varíola, sendo implementado no período a vacinação obrigatória, com a adoção de medidas autoritárias, que possibilitavam, inclusive, a invasão de residências por forças policiais a fim de obrigar todos a serem vacinados.

Tratava-se de um modelo de assistência à saúde denominado sanitarismo campanhista com viés autoritário, sendo os próprios órgãos responsáveis pela tutela da saúde pública no período vinculados ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Isso acabou levando ao movimento de insurreição popular que ficou conhecido como Revolta da Vacina, ocorrido em 1904, que utilizou a vacinação obrigatória como o estopim para que as mais diversas

insatisfações populares com medidas governamentais aflorassem (MENDES, 2013, p. 126-127).

Em 1920, com a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública – DNSP, responsável pela “profilaxia, propaganda sanitária, saneamento, higiene industrial, vigilância sanitária e controle de endemias”, a saúde pública começou a ser tomada como uma questão social, pois os saneamentos urbano e rural foram inseridos entre as suas atribuições (MENDES, 2013, p. 127).

No entanto, o modelo de sanitarismo campanhista continuou sendo a forma de assistência à saúde da população, o que implicava uma atenção voltada ao coletivo, sem esboçar preocupação com as moléstias individuais.

O Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs. Embora o Estado não participasse do custeio dessas Caixas - que eram mantidas por contribuições conjuntas dos empregados das respectivas empresas, seus patrões e dos consumidores dos serviços por elas prestados - de acordo com Mendes (2013, p. 127), as CAPs deram início a uma fase em que o Estado começou a se responsabilizar pela normatização de benefícios e serviços voltados aos trabalhadores, o que incluía a assistência médica.

Com o movimento que ficou conhecido como Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas ao cargo de Presidente da República, o modelo de assistência aos trabalhadores mediante a constituição de fundos contributivos foi aprofundado, sendo criados no mesmo ano os Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, que substituíram as CAPs. Na mesma oportunidade, foi criado o Ministério de Educação e Saúde.

De acordo com Aguiar (2011, p. 25), os anos 30 marcaram o auge do sanitarismo campanhista na área de saúde pública, com a criação, no período, do Serviço Nacional de Febre Amarela, do Serviço de Malária no Nordeste e da Fundação Especial de Saúde Pública – SESP. Segundo Aguiar (2011, p. 25),

A política de saúde adotada reforça a antiga dicotomia: as ações de caráter coletivo sob a gestão do Ministério da Educação e Saúde (modelo sanitarismo campanhista), separadas das ações curativas e individuais, vinculadas aos IAPs, reforçando a dualidade do modelo assistencial. Destaca-se que a população de maior poder aquisitivo utilizava os serviços privados de saúde integrantes da medicina liberal crescente, enquanto a maioria da população não vinculada à previdência contava apenas com os escassos serviços públicos e das instituições de caridade, além das práticas populares de tratamento.

O processo de redemocratização do Brasil, após o fim do Governo Vargas e do Estado Novo em 1945 não trouxe mudanças importantes no âmbito de assistência à saúde pública, não obstante o impulso aos direitos sociais e a construção do Estado de Bem-Estar Social que se encontrava sendo implementado a passos largos na Europa do pós-guerra. No Brasil, devido ao processo de modernização tardia de suas bases econômicas, depois da Segunda Guerra Mundial ainda havia um amplo contingente populacional residindo no campo, sem acesso mesmo às incipientes políticas públicas que eram disponibilizadas à população urbana.

Com isso, no período anterior ao golpe militar de 1964, pode-se dizer que os acontecimentos mais relevantes no âmbito da assistência à saúde se deu com um aprofundamento do modelo assistencial intermediado pelos IAPs, que dependendo do suporte econômico da categoria profissional abrangida, passaram a estruturar grandes redes privadas de atendimento médico, voltadas ao acolhimento dos trabalhadores abrangidos pelo respectivo instituto. Houve, portanto, uma expansão do modelo assistencial privado e corporativo, que permaneceu hegemônico até o início dos anos 80 (AGUIAR, 2011, p. 27).

Em 1953 foi criado o Ministério da Saúde divorciado do Ministério da Educação. No entanto, como lembra Aguiar (2011, p. 27), isso não representou mudanças significativas na atenção à saúde da população pelo poder público, uma vez que ao novo ministério foi destinado, apenas, um terço dos recursos alocados na antiga pasta conjugada, sendo que, em virtude de barganhas políticas, durante os dez primeiros anos de existência do novo ministério, nada menos do que quatorze titulares ocuparam a pasta, o que inviabilizou a implantação de um projeto de governo relacionado a atenção à saúde com um mínimo de consistência.

Dessa forma, enquanto o Estado de Bem-Estar Social se consolidava na Europa, sendo a saúde pública uma de suas balizas fundamentais, no Brasil tal direito, introduzido inicialmente na Constituição de 1934 como prestação estritamente vinculada à saúde do trabalhador, permaneceu, em termos constitucionais, sem maiores alterações durante a vigência das Cartas de 1946 e 1967, inclusive com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

O modelo de assistência à saúde desenvolvido pelo poder público era voltado, quase exclusivamente, para atividades coletivas de cunho preventivo, sendo insignificantes aquelas focadas no indivíduo. Isso ocorria, inclusive, no campo normativo, não gerando na população, sequer, a expectativa de um direito.

É nesse contexto, segundo Mendes (2013, p. 128), que o Código Nacional de Saúde, instituído pela Lei nº 2.312/1954 e regulamentado pelo Decreto nº 49.974-A/1961, atribuiu ao

Estado, apenas, “a incumbência de adotar medidas preventivas de caráter geral, para a defesa e proteção da saúde da coletividade. ” A assistência à saúde individual era ofertada, de forma precária, somente, “aos que não dispusessem de recursos para provê-la”, ressaltando, ainda, ser atribuição da família a adoção de medidas de caráter individual indicadas pelas autoridades sanitárias como necessárias, “para a adequada assistência médica aos seus integrantes, quando doentes”.

A ruptura democrática ocorrida em 1964 fortaleceu ainda mais a medicina de grupo focada no lucro, sendo o Ministério da Saúde, durante os governos militares, relegado à segundo plano.

O modelo previdenciário de assistência à saúde entrou em crise no período dos governos militares, principalmente em razão das diferenças econômicas entre o conjunto dos trabalhadores contribuintes dos IAPs. As categorias melhor aquinhoadas economicamente conseguiam custear um sistema de saúde mais satisfatório, enquanto outros institutos, voltados ao atendimento de trabalhadores de baixa remuneração, enfrentavam dificuldades para ofertar até mesmo atendimentos básicos.

Objetivando superar as dificuldades enfrentadas pelos diversos IAPs, em 1966 todos eles foram fundidos e originaram o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, cuja principal finalidade seria garantir um atendimento equânime a todos os trabalhadores, independente da capacidade financeira da categoria profissional.

Em 1974 foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS, voltado ao atendimento médico dos segurados do INPS, almejando-se com a criação do novo ente administrativo sanar as falhas na assistência à saúde do trabalhador, que não haviam sido solucionadas com a fusão dos IAPs.

No entanto, a falta de gestão adequada dos recursos disponíveis e a corrupção endêmica somente aprofundaram a crise do modelo previdenciário de assistência à saúde, que se refletia nas enormes filas que ficaram célebres de trabalhadores em busca de atendimento médico junto ao INAMPS.

Mais grave ainda era a situação do enorme contingente populacional não incluído no sistema previdenciário. Para ele restava somente buscar atendimento médico nas poucas instituições custeadas pelo Estado e nas entidades filantrópicas, como as Santas Casas, mantidas por entidades religiosas e assistenciais.

A crise no modelo de assistência previdenciária à saúde, bem como a situação da parcela da sociedade não abarcada pelos serviços do INAMPS, fomentou a criação do Sistema Nacional

de Saúde, por meio da Lei nº 6.229/1975, que “procurou coordenar as ações de medicina previdenciária, que já havia adquirido autonomia em relação à política nacional formulada pelo Ministério da Saúde” (MENDES, 2013, p. 129).

De acordo com Aguiar (2011, p. 32):

Em 1977, efetivou-se uma nova reordenação burocrático-administrativa do sistema de saúde com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SIMPAS). Esse sistema era composto pelos órgãos: Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) – direcionado para o pagamento de benefícios aos segurados; o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) – encarregado da prestação de assistência médica individual e curativa por meio dos serviços privados contratados e conveniados aos trabalhadores urbanos e rurais; a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA) – com a finalidade de prestar assistência à população carente; o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS); a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV); a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM); e a Central de Medicamentos (CEME).

A descentralização das ações envolvendo assistência à saúde e previdenciária, com a criação de novos órgãos e reestruturação do plexo de competências de outros já existentes, muito pouco contribuiu para aplacar as iniquidades presentes no atendimento à saúde da população. Isso porque, para os indivíduos não incluídos no sistema previdenciário, a assistência sanitária continuou sendo vista como uma benesse - um favor do Estado - e não como um direito passível de reclamação pelos seus destinatários.

Com isso, ficou evidente que o modelo excludente de assistência à saúde então vigente no Brasil se encontrava em completo descompasso com aquele praticado nos países que haviam aderido, no pós-guerra, ao modelo de Estado de Bem-Estar Social.

No cenário externo, o ano de 1978 foi marcado pela realização da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, na cidade de Alma-Ata, na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Esse evento consolidou uma maior preocupação da sociedade global com a oferta de atendimentos básicos em favor de todos os povos, com o reconhecimento da grande disparidade entre o atendimento à saúde nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Na oportunidade, todos os governos foram instados a conceder aos seus povos os cuidados mínimos necessários no que se refere à atenção básica à saúde, tendo sido fixado o ano 2000 como o marco temporal no qual todos os povos deveriam ter acesso a esses

serviços. Nesse contexto, merece transcrição os itens I e V da Declaração final oriunda da referida Conferência⁴⁶:

I) A Conferência reafirma enfaticamente que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde. V) Os governos têm pela saúde de seus povos uma responsabilidade que só pode ser realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais. Uma das principais metas sociais dos governos, das organizações internacionais e toda a comunidade mundial na próxima década deve ser a de que todos os povos do mundo, **até o ano 2000**, atinjam um nível de saúde que lhes permita levar uma vida social e economicamente produtiva. Os cuidados primários de saúde constituem a chave para que essa meta seja atingida, como parte do desenvolvimento, no espírito da justiça social— destaca-se.

A partir da Conferência Internacional de Alma-Ata, começou a ser desenvolvido no Brasil o conceito de atenção primária à saúde, com o lançamento dos alicerces da medicina comunitária, que, segundo Aguiar (2011, p. 32-22), preconizava: “a desmedicalização, o autocuidado de saúde, a atenção primária realizada por não profissionais de saúde, a participação da comunidade, entre outros”.

Esse movimento trouxe a comunidade para o âmbito das discussões envolvendo a assistência à saúde pública, fortalecendo a Reforma Sanitária que, segundo Aguiar (2011, p. 36):

[...], refere-se ao projeto articulado ao longo dos anos 70 e 80 no Brasil, na perspectiva de reformulação do sistema de saúde que aprofundou no período do regime militar a sua característica de assistência médica curativa fortemente vinculada ao setor privado e lucrativo, eminentemente excludente, pouco resolutivo e dispendioso. O projeto de reforma sanitária preconizava a criação de um sistema único de saúde, acabando com o duplo comando do Ministério da Saúde e do INAMPS que executavam ações de saúde em perspectivas antagônicas.

Com o fim do Regime Militar e o início das discussões em torno da elaboração de uma nova constituição para o Brasil, destacou-se a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde⁴⁷, realizada entre os dias 17 e 21 de março de 1986, balizada pela ideia de democratização do

⁴⁶ Texto disponível para consulta, na rede mundial de computadores, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/internacionais/declaracao_alma.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

⁴⁷ As conferências nacionais de saúde foram instituídas pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, juntamente com as conferências nacionais de educação e tinham como finalidade, em seu formato original, segundo o artigo 90 do referido diploma legal, propiciar ao Governo Federal conhecimentos das atividades relacionadas à saúde e educação, orientando-o na execução dos serviços locais de educação e de saúde e na concessão de auxílio e subvenção federais.

acesso à saúde, que deveria ser encarada como um dever do Estado e direito do cidadão e não como uma benesse assistencial prestada pelo Estado sem qualquer compromisso mais sólido do poder público. Com isso, foi inaugurado um processo, mesmo sem base legal, de participação ampla dos mais diversos segmentos da sociedade nas deliberações a respeito de políticas públicas envolvendo o direito à saúde (ESCOREL e BLOCH, 2005, p. 97).

As discussões travadas no âmbito da 8ª Conferência Nacional de Saúde, bem como as ideias defendidas pelos participantes da Reforma Sanitária foram fundamentais na formulação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS⁴⁸, oriundo de um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais, que norteou o processo de discussão durante a Assembleia Nacional Constituinte, que acabou incorporando, em sua quase integralidade, no texto final da Constituição Federal de 1988, o modelo de saúde pública pensado pelos integrantes da Reforma Sanitária e discutido no âmbito da Conferência em consideração.

3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SEU MODELO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de atenção sanitária voltado ao acolhimento universal de toda população, encampando a visão do sistema assistencial beveridgeano, implantado na Inglaterra a partir das ideias constantes do *Report on Social Insurance and Allied Services*, de autoria do economista britânico Willian Henry Beveridge, que ficou conhecido como Plano Beveridge e estabeleceu os fundamentos do Estado de Bem-Estar Social inglês.

De acordo com Fierlbeck (2011, p. 40-63), o sistema beveridgeano de assistência social, no ponto que aborda a atenção à saúde, tem como fundamento a tutela sanitária de todos os indivíduos, de forma universal, sendo os custos vinculados às prestações arcado pela coletividade, mediante tributação. Esse modelo se diferencia do sistema bismarckiano, instituído inicialmente na Alemanha em 1883, durante o governo do chanceler Otto Von Bismarck, considerado o primeiro sistema formal de seguro social. Ele se baseia na contribuição conjunta de trabalhadores e patrões em favor de fundos de assistência (*sickness funds*), que,

⁴⁸ De acordo com Mendes (2013, p. 131), o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS adotou como diretrizes a “universalização e a equidade no acesso aos serviços, a integralidade dos cuidados, a regionalização dos serviços de saúde e implementação de distritos sanitários, a descentralização das ações de saúde, o desenvolvimento de instituições colegiadas gestoras e o desenvolvimento de uma política de recursos humanos.” Dessa forma, ele acabou formando as bases da seção voltada ao direito à saúde na Constituição Federal de 1988.

embora sendo privados, sofrem forte regulamentação e interferência do Estado. Existe, ainda, o modelo de assistência à saúde influenciado diretamente pelo pensamento liberal e que se baseia na contratação individual de seguros privados de saúde, cujo preço e serviços ofertados seguem os parâmetros de mercado, sendo este o modelo com maior presença nos Estados Unidos da América⁴⁹.

Segundo Fitzpatrick (2012, p. 219), a principal preocupação do modelo de assistência *beveridgeano* é assegurar um mínimo de proteção necessário aos indivíduos que perderem a capacidade de obtenção, por meios próprios, do seu sustento, em decorrência de sinistros sociais como desemprego, enfermidade, acidente ou idade avançada. Trata-se, portanto, de um modelo amplo de assistência social norteado pelo ideário de Estado de bem-estar social ou *Welfare State*.

A Constituição de 1988, de forma bastante tardia - quando comparada com as suas bases de inspiração europeias, que remontam ao período imediatamente posterior ao pós-guerra - buscou implementar no Brasil um modelo de Estado assistencial.

Com isso, é possível sustentar que durante a maior parte de sua história, vigorou no Brasil um modelo de assistência à saúde - se é que assim pode ser chamado - norteado pelos princípios do liberalismo, cabendo a cada indivíduo ou ao seu grupo familiar, custear as despesas envolvendo o tratamento privado em caso de acometimento por moléstias, ofertando o Estado, conforme já se procurou demonstrar, uma incipiente tutela sanitária voltada a erradicação coletiva de epidemias nos maiores centros urbanos do país.

Com a instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões - CAPs em 1923, a assistência sanitária no Brasil iniciou um lento processo de migração para um modelo com características bismarckianas, pois a partir delas foram constituídos fundos assistenciais formados por contribuições de patrões e empregados, destinados a assegurar prestações sanitárias em favor dos trabalhadores vinculados à respectiva CAP.

Esse modelo persistiu durante todo o período subsequente, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, haja vista que as modificações operadas no sistema, quer mediante a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs ou, com a extinção deles, mediante a incorporação de seus objetivos no também extinto Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, a assistência à saúde continuou, de forma primordial, dependendo da filiação

⁴⁹ Matei e Savulescu (2010, p. 325-327) apresentam uma tabela comparativa entre o *Bismarck type insurance* e o *Beveridge type insurance*, pontuando as principais diferenças entre os dois modelos, a quem se remete o leitor para um maior aprofundamento a respeito do tema. Recomenda-se, ainda, a obra de Mânica (2010, p. 56-67), na qual ele discorre a respeito do tema de forma mais aprofundada.

previdenciária, restando para os não incluídos neste conjunto a deficiente assistência prestada pelas poucas instituições públicas de saúde ou entidades filantrópicas.

É com a Carta de 1988 que se iniciou, efetivamente, um modelo de assistência à saúde voltado para toda a população brasileira, norteado pelo ideário universalista, que já vigorava em parte dos países europeus desde o final da Segunda Grande Guerra.

Mas, como bem lembra Changanaki (2002, p.18), tanto o modelo de inspiração bismarckiano, como um sistema norteado pelo ideário beveridgeano sempre tiveram dificuldades para frutificar em solo latino-americano. O primeiro em decorrência da falta de uma força de trabalho formal ampla o suficiente para assegurar, ainda que por meio de caixas de seguro, uma proteção universal à saúde. Por outro, em relação ao segundo, o principal empecilho sempre foi a falta de recursos financeiros, uma vez que esses países não contam com uma arrecadação fiscal robusta, capaz de assegurar uma proteção social inspirada no modelo inglês ou de bem-estar social.

No entanto, não obstante os empecilhos existentes, a Constituição de 1988 encampou o desafio - após forte pressão do movimento de Reforma Sanitária, bem como das ideias que ganharam espaço a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde - de balizar um sistema de assistência sanitária norteado pelo princípio do universalismo, voltado a toda população, independentemente de qualquer condicionante, consagrando, ainda que de forma tardia, o modelo de proteção à saúde do *Welfare State*, que, por uma lamentável coincidência, quando da promulgação da Carta, já começava a entrar em declínio na Europa.

3.2.1 O Sistema Único de Saúde: sua organização e diretrizes constitucionais

O sistema de atenção à saúde, moldado pela Constituição Federal de 1988, é focado no universalismo, assegurando a saúde como um direito de todos os brasileiros e um dever do Estado, a ser garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. O acesso universal deve ser garantido, de forma igualitária, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, mediante a disponibilização de ações e serviços destinados a “promoção, proteção e recuperação” da saúde (CF, art. 196).

A Constituição Federal, portanto, ao encampar um modelo universal de acesso à saúde, deixa claro que a assistência sanitária tem toda a população brasileira como destinatária, com bem acentua Figueiredo (2007, p. 97). A universalidade implica que, quando da outorga de assistência sanitária, não será requerido do cidadão ou estrangeiro residente no Brasil o

atendimento de qualquer requisito prévio que não esteja vinculado aos critérios gerais de eleição para o enquadramento na política pública voltada à concretização do direito à saúde.

Como elemento indissociável do universalismo, transparece a igualdade de acesso. Não pode existir espaço, dentro do modelo de assistência à saúde previsto na Constituição, para privilégios de qualquer natureza. Os critérios de acesso às políticas públicas voltadas ao atendimento sanitário devem ser uniformes, de forma que cada cidadão tenha exata noção do momento em que receberá assistência do Estado, bem como das providências que precisará adotar para obter a prestação.

Numa sociedade tão marcada pela desigualdade como a brasileira, na qual existe uma camada da população que, em seu íntimo, considera-se superior aos demais indivíduos, talvez um dos princípios balizadores da assistência à saúde que mais cause desconforto seja a imposição da igualdade no acesso aos serviços sanitários. Sempre existem aqueles que buscam encontrar atalhos, valer-se de influências pessoais ou outros procedimentos não republicanos para a obtenção de privilégios no acesso a prestações estatais⁵⁰.

Mas, ainda que o princípio da igualdade tenha natureza geral e se espraie por todo o texto constitucional, ao abordar o direito à saúde o Constituinte teve a preocupação de evidenciar que o acesso universal à saúde precisa se encontrar intimamente vinculado à igualdade, de forma que qualquer tentativa de burlar essa postura igualitária, é inconstitucional.

A igualdade como balizador do acesso a prestações de saúde é um dos pontos que mais invoca reflexões quando se analisa os reflexos da interferência judicial na suposta concretização do direito à saúde mediante demandas individuais. É que ao determinar a outorga de uma prestação sanitária em favor de um determinado demandante, o Judiciário, por via transversa, possibilita a formação de bolsões de privilégios dentro do sistema público de saúde, violando frontalmente o artigo 196 da Constituição Federal. No entanto, em ponto específico desse trabalho, deter-se-á com mais profundidade em torno dessa problemática.

Para garantir o acesso universal e igualitário às prestações de saúde, a Constituição Federal de 1988 formatou, em seu artigo 198, um sistema unitário constituído de uma rede regionalizada e hierarquizada, firmado nas seguintes diretrizes: “I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II- atendimento integral, com prioridades para as

⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 581488, com repercussão geral reconhecida, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, considerou inconstitucional a possibilidade de pagamento, pelo usuário do Sistema único de Saúde - SUS, de valor adicional, a ser arcado pelo usuário, para acesso a acomodações diferenciadas durante o período de internação. Prevaleceu a tese de que o SUS não comporta diferenciação de classes entre pacientes, de sorte de todos eles devem ser atendidos em condições de plena igualdade.

atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III– participação da comunidade”.

Esse sistema unitário de saúde foi regulamentado, no âmbito infraconstitucional, pelas Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e 8.142, de 28 de dezembro de 1990. A partir desses marcos legais, o direito de acesso universal à saúde passou a ser efetivamente implementado, com os desmonte da estrutura de serviços sanitários voltados à população condicionados à vinculação previdenciária, que vigorou no período anterior à Constituição Federal de 1988.

Passa-se a analisar as diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS, elencadas, no plano constitucional, no artigo 198 da Carta de 1988.

Esclarece Pivetta (2014, p. 125-126):

O termo “regionalizada” aponta para a necessidade de se repartir a organização do sistema a partir de circunscrições regionais, que não levem em consideração apenas critérios geográficos, estando na contingência da complexidade dos problemas sanitários brasileiros. Assim, a organização das circunscrições regionais levará em conta as especificidades de cada região e de suas demandas na área da saúde. A rede “hierarquizada”, a seu turno, indica o escalonamento da prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e emprego otimizado dos recursos.

Embora o sistema de atenção à saúde previsto na Constituição de 1988 seja unitário, isso não significa a centralização das atividades em um ente administrativo nacional. Num país de dimensões continentais como o Brasil, qualquer tentativa de centralização administrativa de serviços públicos tenderá ao fracasso, uma vez que não observará as inúmeras diferenças regionais e por consequência, as peculiaridades em termos de atendimento demandadas pela população local⁵¹.

Com a regionalização como alvo a ser buscado pelo Sistema Único de Saúde – SUS, o Constituinte objetivou assegurar que as prestações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde da população sejam planejadas segundo as características de cada localidade, uma vez que as necessidades, o quadro epidemiológico e outros fatores relacionados ao atendimento sanitário são variáveis que não seguem um modelo nacional. Enquanto a malária, por exemplo, é uma moléstia bastante presente na Região Norte do Brasil, em especial em áreas ribeirinhas, em outras localidades, tal enfermidade é praticamente inexistente. Assim, não é possível

⁵¹ A enorme dimensão territorial do Brasil e, por consequência, as diversas peculiaridades existentes em cada região, que não correspondem, necessariamente, ao território de um dos entes da federação, já motivou a defesa da formação de um federalismo regional, tal como fez Saraiva (1982, p. 38-59). Isso, inclusive, motivou o Constituinte de 1988 a deferir uma atenção especial ao desenvolvimento focado em regiões geoeconômicas, como é possível se constatar da leitura do artigo 43, da Constituição Federal.

direcionar um planejamento unificado para o país, tal como se tentou realizar no período anterior à Carta de 1988, sem a observância destas particularidades.

O atendimento regionalizado no âmbito do SUS observa uma conjuntura hierarquizada, seguindo um modelo sedimentado em níveis de complexidade crescente (Lei nº 8.080/1990, art. 8º). Serrano (2012, p. 140), esclarece que:

[...] a hierarquização indica a divisão do atendimento em distintos níveis de complexidade, assim categorizados: atendimento primário: baixa complexidade; atendimento secundário: complexidade intermediária e atendimento terciário: alta complexidade.

O trânsito dos pacientes entre os diversos níveis de complexidade segue a sistemática de “referência” e “contrarreferência”. Isso significa que a unidade de saúde na qual o indivíduo procurou atendimento inicial avaliará a sua situação clínica. Em sendo constatado que ele demanda uma atenção mais complexa do que a unidade se encontra capacitada a prestar, ele será referenciado, ou seja, encaminhado para um outro polo de atendimento dotado de meios assistenciais compatíveis com a atenção reclamada pelo seu quadro clínico. Por outro lado, se a situação do paciente não demandar, em termos de complexidade, os serviços da unidade por ele buscada, ele será contrarreferenciado para uma unidade de menor complexidade, compatível com os cuidados sanitários de que necessita.

Serrano (2012, p. 141), traz um exemplo que bem esclarece a sistemática de atendimento idealizada no âmbito do Sistema Único de Saúde:

[...] se uma pessoa tem dor de cabeça e febre deve se dirigir a um posto de saúde. Verificando-se que se trata de potencial meningite, terá o atendimento referenciado a uma unidade de atendimento de maior complexidade para a realização de exames para fechamento do diagnóstico ou mesmo para internação. Superada a necessidade de intervenções de maior complexidade, tal como descarte da moléstia após realização de exame especializado, haverá a contra-referência ao posto de saúde original para que prossiga com o acompanhamento ambulatorial, se necessário.

Essa rede regionalizada e hierarquizada do SUS se encontra submetida a determinadas diretrizes constitucionais voltadas a assegurar a sua funcionalidade. A primeira baliza imposta pelo artigo 198 da Constituição se refere à descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

A fim de garantir os benefícios da existência de uma rede regionalizada, a Constituição impõe ao SUS uma gestão descentralizada, retirando a primazia do sistema da esfera federal, tal como sempre ocorreu na prestação de serviços sanitários no passado. Com a descentralização

se busca incorporar os demais entes federados nas atividades de assistência sanitária como agentes formalizadores e executores de políticas públicas, com a definição de papéis e tratamento igualitário entre eles.

Dessa forma, os estados e municípios foram trazidos para o âmbito operacional do SUS, com encargos e responsabilidades próprias e não como meros executores de convênios firmados com a União, como ocorria no passado. Na verdade, o grande objetivo da descentralização do SUS é transformar os municípios em executores diretos e imediatos de ações de saúde, valendo-se de sua proximidade com os beneficiários do sistema público (que é a grande parcela da população brasileira), estando em melhores condições de avaliar as necessidades locais e definir políticas públicas eficientes para atender aos reclamos de sua população⁵².

Esse objetivo de delegar aos municípios um feixe maior de responsabilidades na execução de políticas públicas de saúde ficou bem evidenciado quando da edição da Norma Operacional Básica – NOB 01/1996, do Sistema Único de Saúde, aprovada por meio da Portaria nº 2.203, de 05 de novembro de 1996, do Ministério da Saúde. Ao ser abordada a sua finalidade, constou do seu texto:

A presente Norma Operacional Básica tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a consequente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

No modelo de descentralização que foi traçado pela NOB 01/1996-SUS, a execução imediata das políticas públicas de saúde, em especial daquelas dotadas de um grau menor de complexidade, deve ser de responsabilidade municipal. Os estados atuarão, de forma supletiva, na execução das ações não abarcadas pelos municípios, buscando, no entanto, que tal incumbência seja transitória. Assim, o mais importante papel dos estados será o de promover a harmonização, a integração e a modernização dos sistemas municipais de saúde. Já à União caberá, principalmente, exercer as funções de normalização e coordenação da gestão nacional

⁵² De acordo com levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2013, por ocasião da Pesquisa Nacional de Saúde, verificou-se que a grande maioria da população brasileira depende dos serviços públicos de saúde. Isso porque somente 27,9% (vinte e sete vírgula nove por cento) da população contava, naquele ano, com a assistência de algum plano privado de saúde, de natureza médica ou odontológica. Quando avaliado o quadro regional, verificou-se a seguinte distribuição regional de beneficiários de seguros privados de saúde: Norte: 13,3%; Nordeste: 15,5%; Sudeste: 36,9%, Sul: 32,8% e Centro-Oeste: 30,4%. Além disso, é importante considerar que a assistência prestada por boa parte desses planos privados é bastante restrita, o que coloca mesmo os seus titulares e dependentes como potenciais assistidos do sistema público de saúde. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

do SUS, buscando ainda fomentar e estabelecer mecanismos para que os demais entes federados assumam as suas responsabilidades na execução das políticas sanitárias do sistema.

Esse quadro de descentralização traçado pela NOB 01/1996-SUS é plenamente compatível com a Constituição e materializa os anseios de fortalecimento da atuação dos municípios na execução das políticas de saúde externados durante a 9ª Conferência Nacional de Saúde, realizada entre os dias 02 e 06 de setembro de 1996 e que teve como tema central “Saúde: Municipalização é o Caminho”.

A organização dos serviços descentralizados do SUS, no entanto, reclama uma direção única em cada segmento de governo. De acordo com o artigo 9º, da Lei nº 8.080/1990, essa direção será exercida, em cada esfera de governo, pelos seguintes órgãos: “I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. ”

Cabe, portanto, ao gestor de cada esfera de governo assumir a responsabilidade pela execução das políticas sanitárias que se encontram sob a incumbência do respectivo órgão federado, administrando os recursos financeiros alocados para assistência à saúde no respectivo ente.

A segunda diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde, elencada no artigo 198 do texto constitucional, refere-se à garantia de atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem descuidar, no entanto, dos serviços assistenciais.

A referência constitucional à integralidade de atendimento, no âmbito do SUS, tem conduzido a interpretações variadas. Analisando esta baliza, Serrano (2012, p. 145), defende que ela assegura ao usuário do serviço público de saúde o direito de “usufruir de um sistema integral, independentemente do custo ou nível de complexidade que o tratamento que necessitar exija. ” Na concepção da autora e de outros doutrinadores que seguem a sua linha de entendimento, o direito à saúde assegurado pela Constituição Federal é dotado de um viés absoluto, impondo ao Estado o custeio do tratamento médico demandado pelo cidadão, independente dos valores envolvidos.

Por outro lado, Pivetta (2014, p. 130) defende que:

A integralidade, portanto, não significa que toda e qualquer prestação assistencial, em tese, integra o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado. De modo que deve ser compreendida como a obrigação do Poder Público de, amparado nos critérios estatuídos em lei e na Constituição (notadamente a partir de critérios epidemiológicos e científicos), formular políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos.

A defesa da existência de direitos prestacionais absolutos, tal como lembra Holmes e Sunstein (1999, p. 97), é um argumento meramente retórico, pois “nada que custa dinheiro pode ser absoluto”.

Ao colocar a integralidade como uma das diretrizes do SUS, a Constituição buscou assegurar que todos os níveis de complexidades terapêuticas sejam abarcados pelo sistema público de saúde, que não ficará restrito, portanto, à atenção primária. No entanto, isso não significa que qualquer tratamento demandado pelo usuário deverá ser custeado pelo SUS, pois existem balizas orçamentárias e limitações de recursos financeiros a serem considerados.

As alterações incluídas no texto da Lei nº 8.080/1990 pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, com a inserção dos artigos 19-M a 19-U na redação do primeiro diploma legal referido, delimita parâmetros a serem considerados para fins de garantia da integralidade de atendimento no âmbito do Sistema Público de Saúde. Muitas críticas surgiram após essas modificações normativas que foram taxados pelos defensores do direito absoluto à assistência à saúde como inconstitucionais. No entanto, essa não parece ser a melhor interpretação.

O próprio inciso II, do artigo 198, da Constituição Federal coloca em xeque a defesa de um suposto direito absoluto à assistência à saúde. Isso porque, ao impor o atendimento integral como uma das diretrizes do SUS, o Constituinte estabeleceu que a prioridade será voltada para as atividades preventivas, por uma razão bem simples: elas atendem, de forma mais ampla, à coletividade, pois buscam obstar o surgimento de moléstias.

Ora, se foi estabelecido que haveria prioridades dentro do sistema, como é possível se defender que toda e qualquer prestação sanitária será assegurada ao cidadão? O Constituinte, quando lançou os fundamentos de um sistema público de saúde voltado ao atendimento universal, tinha consciência de que, em se tratando de um direito prestacional, há custos envolvidos e, por consequência, nem toda demanda sanitária poderá ser de pronto ofertada, fazendo-se necessário observar as limitações financeiras do Estado.

Com isso, o sistema público de saúde universal atenderá a todos os níveis de complexidade terapêutica envolvendo questões sanitárias, sendo priorizadas as políticas

voltadas à prevenção de doenças, o que não poderá prejudicar, no entanto, a oferta de serviços assistenciais.

Logo, se há dentro da estrutura do SUS serviços de saúde normatizados que transitam desde o nível básico de complexidade até o mais elevado, pode-se dizer que a diretriz do atendimento integral está sendo observada, não obstante uma prestação individual, reclamada por um usuário específico, venha deixar de ser atendida por falta de recursos financeiros capazes de viabilizar a agregação dela ao sistema público de saúde, possibilitando a sua disponibilização de forma universal e igualitária a todos os que vierem a necessitar de igual prestação.

Portanto, como já mencionado anteriormente, a saúde não foi acoplada ao núcleo de direitos integrantes do mínimo existencial delimitado pela Constituição Federal de 1988. A sua concretização depende da implementação de políticas públicas que, por natureza, estão submetidas à disponibilidade de recursos financeiros.

Dessa forma, quando se fala em integralidade do atendimento no âmbito do SUS, é preciso sempre considerar a legitimidade de invocação da reserva do possível, de forma que o controle da execução de políticas públicas voltadas a prestações sanitárias necessita ser efetivado dentro do orçamento, somente viabilizando o pleito de deferimento imediato da prestação quando houver previsão para o seu custeio na peça orçamentária aprovada pelo legislativo do ente federado a quem o pedido é direcionado.

É indispensável, ainda, que o ente reclamado pelo serviço seja o responsável, normativamente, pela outorga da prestação, pois como o SUS obedece a um sistema regionalizado e os recursos financeiros são transferidos para o ente responsável pela prestação do serviço, o que demonstra que a tese da solidariedade entre eles, que vem sendo amplamente acolhida pelo Poder Judiciário, é mais um fator de desestabilização e desorganização do sistema público de saúde, conforme se discorrerá com mais vagar em parte específica deste trabalho.

Assim, o serviço de saúde deve ser buscado, primordialmente, junto ao município de residência do usuário, pois são as unidades de saúde deste ente federado que possuem a incumbência de referenciar o indivíduo para outra unidade do SUS com aparelhamento compatível com a complexidade do serviço demandado, caso a remetente não esteja capacitada para isso.

A terceira baliza a ser observada no âmbito do SUS se refere à participação da comunidade. Trata-se de um claro reflexo do princípio democrático consagrado na Constituição Federal de 1988, que impõe aos gestores observar os anseios da população em suas decisões,

uma vez que a fonte primária do poder se encontra no povo, conforme deixa claro o Parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal⁵³.

Objetivando regulamentar a forma de participação da comunidade na gestão do SUS, foi editada a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Ela estabeleceu a obrigatoriedade da existência, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, de duas instâncias colegiadas, a saber: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

A Conferência de Saúde é composta por representantes dos mais diversos segmentos da sociedade. Ela possui natureza consultiva, cabendo-lhe avaliar a situação das políticas públicas de saúde no ente federado, bem como apresentar propostas destinadas ao aperfeiçoamento dos serviços sanitários. Tal colegiado deverá se reunir, ordinariamente, a cada quatro anos, podendo, ainda, ser convocado extraordinariamente por iniciativa própria, por meio dos seus dirigentes ou pelo Conselho de Saúde (Lei nº 8.142/1990, art. 1º, §1º).

O outro órgão colegiado previsto na Lei nº 8.142/1990 é o Conselho de Saúde, de caráter permanente e deliberativo. De acordo com o §2º, do artigo 1º, da Lei nº 8.142/1990, ele será composto por “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários”, cabendo-lhe atuar na “formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros”. As suas decisões “serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo”.

Dentro da estrutura descentralizada do SUS, a União tem como uma de suas principais tarefas normatizar o sistema público de saúde. Em razão disso, na composição do Conselho Nacional de Saúde deverá se fazer presente a representação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS (Lei nº 8.142/1990, art. 1º, §3º). Da mesma forma, nos Conselhos Estaduais, deverá existir representação dos secretários municipais do respectivo ente federado, uma vez que as políticas formuladas no âmbito do ente de maior abrangência territorial terão reflexos direto e imediato nos entes federados que a ele se agregam.

A participação da comunidade por meio da representação de usuários do sistema público de saúde, tanto no âmbito da Conferência de Saúde como do Conselho de Saúde, deve ser paritária em relação aos demais integrantes desses órgãos colegiados, como forma de assegurar

⁵³ De acordo com Pimenta (2007, p. 134), o princípio democrático baliza os Estados cujos regimes políticos adotados confere a titularidade do poder estatal ao povo, sendo o exercício do poder realizado em nome deste, ainda que mediante a interposição de representantes eleitos.

à representação popular papel importante e não meramente figurativo na definição das políticas públicas de saúde⁵⁴.

Com base na diretriz de participação da comunidade na gestão das políticas sanitárias, assim como tendo em vista a existência de direção única do sistema em cada esfera de governo, a NOB 01/1996-SUS estabeleceu que a direção do SUS será composta pelo órgão setorial do poder executivo, definido no artigo 9º, da Lei nº 8.080/1990 e pelo respectivo Conselho de Saúde.

A descentralização dos serviços, no entanto, demanda articulação entre os gestores, a fim de que as necessidades dos usuários sejam atendidas da forma mais plena possível. Para isso, é importante que haja sintonia entre os diversos segmentos regionalizados do SUS. Por tal razão, a NOB 01/1996-SUS previu a existência de dois colegiados de negociação gerencial, quais sejam: a Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e a Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

A CIT é integrada, de forma paritária, pelas representações do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. Já a CIB é composta, também de forma paritária, pela representação da Secretaria Estadual de Saúde e do Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde ou órgão equivalente.

Cabe a essas comissões intergestores definir, dentro das disponibilidades de recursos existentes para o custeio de assistência à saúde, quais as ações e serviços poderão ser disponibilizados aos usuários do SUS, cabendo-lhes escolher a melhor forma de viabilização da assistência sanitária integral, norteadas por balizadores como a economicidade e eficiência das ações e procedimentos terapêuticos a serem oferecidos pelo sistema público de saúde.

Como se verifica, o Sistema Único de Saúde, previsto na Constituição Federal de 1988 como uma das grandes conquistas da cidadania, possui uma estrutura administrativa complexa, mas que viabiliza plenamente a participação da comunidade, sendo a escolha de ações e serviços públicos para oferta à população realizada em ambientes abertos à participação popular, com pleno respeito ao princípio democrático, e não no isolamento de gabinetes de burocratas, tal como outrora acontecia.

Por isso, as interferências externas, em especial do Poder Judiciário na gestão do serviço público de saúde, precisam ser pontuais e cuidadosas, sob pena de fazer ruir o intrincado planejamento do sistema previsto na Constituição Federal.

⁵⁴ Lei nº 8.142/1990, art. 1º, §4º.

3.2.2 A forma de escolha das prestações ofertadas pelo Sistema Único de Saúde aos seus usuários

O avanço da tecnologia médica é muito acentuado. Cotidianamente, pesquisas são realizadas e novos procedimentos terapêuticos ou de diagnóstico de moléstias são introduzidos no mercado. Muitos, de fato, constituem avanços em relação ao conhecimento existente. Outros representam somente o aperfeiçoamento de técnicas ou drogas já conhecidas, não trazendo benefícios reais quando comparados com produtos similares já em circulação.

O segmento de saúde envolve interesses bilionários. Laboratórios estão sempre dispostos a investir elevadas quantias em pesquisas, com a finalidade de obter novas técnicas ou produtos capazes de assegurar lucros volumosos. Em razão disso, muitas vezes, apresentam como novidade algo que nada mais é do que um produto já conhecido com pequenas alterações introduzidas em sua formulação originária, sem que isso resulte numa maior eficácia terapêutica quando ele é comparado com outros já existentes e de menor valor comercial.

Diante de um cenário de recursos públicos limitados, um sistema de saúde com pretensão de atendimento universal e integral precisa ser bastante cauteloso na seleção de terapias e técnicas de diagnóstico a serem oferecidas aos seus usuários, pois, do contrário, as verbas existentes serão consumidas sem que as necessidades sanitárias mais básicas da população sejam atendidas.

É preciso, portanto, a adoção de critérios claros e objetivos na seleção de terapias. Os laboratórios e fornecedores de produtos médicos sempre objetivarão comercializar os seus produtos, apresentando-os como superiores aos demais. Se o poder público não for cauteloso na seleção de produtos e serviços de saúde destinados aos seus usuários, será incapaz de lograr êxito em fornecer os melhores serviços a eles com os valores alocados no orçamento para assistência sanitária.

Diante das incertezas geradas pela divulgação constante de novas terapias, levando pacientes desesperados - muitas vezes seguindo orientação de maus profissionais da medicina - a reclamarem a aquisição dessas novidades com os recursos do SUS mediante demandas judiciais, em boa hora foi agregada ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Esse diploma legal objetivou disciplinar o processo de assistência terapêutica e incorporação de novas tecnologias para dispensação no âmbito do Sistema Único de Saúde.

O objetivo primordial perseguido pela Lei nº 12.401/2011 foi assegurar uma padronização mínima aos procedimentos terapêuticos a serem incorporados ao sistema público

de saúde. Para isso, foram instituídos os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, definidos como:

[...], documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem perseguidos pelos gestores do SUS (Lei nº 8.080/1990, art. 19-N, II, incluído pela Lei nº 12.401/2011).

Cabe aos protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas - PCDT, de forma padronizada, fixar os medicamentos ou produtos necessários nos diferentes estágios da moléstia tratada, cabendo-lhes, ainda, indicar os possíveis substitutos em caso de perda de eficácia dos produtos de primeira linha utilizados no tratamento da respectiva moléstia.⁵⁵

A incorporação, exclusão ou substituição de medicamentos ou produtos na padronização dos PDCTs é realizada mediante um processo de avaliação quanto à eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade, focado nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde abordada no respectivo protocolo. Para isso, é instaurado um processo administrativo após a apresentação de relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, no qual é assegurada a ampla participação de todos os interessados na matéria.

Trata-se, portanto, de um procedimento voltado a garantir que os interesses dos usuários sejam contemplados sem a influência de laboratórios ou outros agentes do mercado farmacêutico, interessados somente na comercialização dos seus produtos.

Outro instrumento voltado à padronização dos serviços dispensados aos usuários do SUS foi previsto no Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, editado com a finalidade de regular a Lei nº 8.080/1990. Trata-se da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES que, de acordo com artigo 21 daquele diploma normativo, tem como finalidade descrever todas as ações e serviços que SUS oferta aos seus usuários.

Na mesma linha, foi prevista também a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, voltada à padronização das drogas indicadas para cada moléstia tratada no âmbito do SUS, sendo a elaboração dessa lista de responsabilidade do Ministério da Saúde, conforme as diretrizes que forem pactuadas no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite – CIT.

O artigo 28 do Decreto nº 7.508/2011, destaca que o atendimento universal e igualitário à assistência farmacêutica demanda a observância conjunta dos seguintes requisitos:

⁵⁵ Lei nº 8.080/1990, art. 19-O, incluído pela Lei nº 12.401/2011.

I - Estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

A padronização terapêutica buscada por meio da Lei nº 12.401/2011 e pela regulamentação operada mediante o Decreto nº 7.508/2011 tem sido objeto de críticas, sob o argumento de que se estaria restringindo o direito ao acesso integral à saúde⁵⁶. Discorda-se desse posicionamento.

Conforme já se discorreu anteriormente, a assistência integral à saúde não significa a outorga de um direito subjetivo aos usuários do SUS de acesso imediato a qualquer tecnologia médica disponível no mercado. Defender isso desconsidera os custos envolvidos no atendimento à saúde. Por maior que seja o esforço das autoridades em alocar verbas orçamentárias destinadas à assistência sanitária, nunca se alcançará o objetivo de disponibilizar, de forma universal à população de um país como mais de duzentos milhões de habitantes como o Brasil, o acesso a toda e qualquer tecnologia médica que venha a surgir, envolvendo, inclusive, tratamentos médicos no exterior, tal como tem ocorrido na utopia de certas decisões judiciais.

Chega a ser imprudente defender um posicionamento desses num país que não conseguiu ainda, sequer, suprir as necessidades básicas de alimentação de seu povo. O que se deve perseguir com bastante afinco é a garantia de que o SUS não assuma uma posição de inércia em face dos avanços da medicina e que busque sempre, com base nos recursos financeiros disponíveis, ofertar aos seus usuários um atendimento médico adequado. E a padronização terapêutica, tal como prevista na Lei nº 12.401/2011, assegura esse objetivo.

Partindo do pressuposto de que não é possível dispensar ao usuário o acesso imediato a todos os avanços da medicina, a padronização terapêutica é o melhor instrumento para assegurar um tratamento universal e, principalmente, igualitário, aos usuários do SUS. Não é possível deixar ao alvedrio do profissional de saúde a escolha do tratamento que considere mais adequado, impondo ao sistema público o seu custeio, sem qualquer planejamento prévio.

Ora, é de conhecimento público que as grandes indústrias farmacêuticas procuram convencer os médicos a receitar determinados medicamentos, preocupadas, exclusivamente, em assegurar a sua lucratividade. Qualquer pessoa que já passou um certo tempo na recepção

⁵⁶ Esse é o posicionamento, por exemplo, de Serrano (2011, p. 144-147).

de um consultório médico, pode verificar o trânsito de representantes comerciais de produtos farmacêuticos, que buscam levar a esses profissionais as “novidades” no campo terapêutico e, por consequência, convencê-los a indicar determinados produtos no tratamento de seus pacientes⁵⁷.

Há, portanto, um claro objetivo do mercado farmacêutico em condicionar os médicos a receitarem determinadas drogas, ainda que mais dispendiosas para os pacientes e de eficácia duvidosa, quando comparadas a produtos similares. Submeter o sistema público a esses interesses sem qualquer padronização, significaria delegar aos interesses dos grandes laboratórios farmacêuticos a escolha de terapias a serem ministradas aos pacientes, sabendo-se previamente que essas corporações empresariais almejam, antes de tudo, o lucro, sendo o bem-estar do enfermo para elas uma variável secundária.

Para garantir a higidez do sistema público de saúde, bem como o tratamento igualitário aos seus usuários, não existe nenhum mecanismo mais adequado do que a padronização de terapias. Por meio delas, pode-se assegurar que, diante de uma moléstia X, o usuário receberá o mesmo tratamento, independente de residir em um grande centro urbano ou numa localidade mais isolada do território nacional.

Por outro lado, sem a padronização, é estabelecido um verdadeiro jogo de vale-tudo, no qual os interesses do paciente é o que menos importa.

Além disso, merece ser ressaltado que o processo de incorporação, exclusão ou substituição de terapias no âmbito do SUS não é realizado de forma aleatória, segundo o interesse particular do gestor de saúde. Ao contrário, ele é precedido da instauração de um procedimento administrativo, aberto à consulta pública, antecedido de um relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, composta por profissionais que previamente demonstraram não existir conflito de interesses entre a sua atuação na Comissão e os anseios de qualquer grupo interessado em que certa terapia seja incluída, excluída ou substituída no rol de procedimentos obrigatórios do SUS.

Por outro lado, a inconstitucionalidade reside na ausência de padronização terapêutica. Isso porque é impossível assegurar um tratamento igualitário aos usuários do SUS sem que haja uma prévia orientação relativa à forma pela qual cada moléstia será tratada. Assim, o tratamento padronizado assegura a igualdade entre os usuários, bem como propicia um melhor

⁵⁷ De acordo com Chieffi e Barata (2010, p. 426), “Especialista têm honorários pagos pela indústria farmacêutica para fazerem apresentações de seus produtos, a qual monitora a quantidade de prescrições do produto em questão, antes e após a apresentação para mensurar o retorno do seu investimento.”

planejamento das ações de saúde, tendo os gestores condições de avaliar previamente o montante de recursos que precisarão direcionar para cada ação ou serviço sanitário.

Costumeiramente se levanta também a objeção de que padronizar procedimentos terapêuticos desconsidera a individualidade do sujeito, de forma que não se leva em conta as peculiaridades reclamadas pelo tratamento de cada paciente. Esse argumento também não é convincente.

A padronização terapêutica considera a diferenciação entre os usuários segundo a moléstia a ser tratada. É evidente que não é possível tratar uma gripe e uma pneumonia da mesma forma, não obstante ambas as moléstias atinjam o sistema respiratório. Mas, é sabido que, salvo algumas exceções, existe um certo padrão em termos de combate às moléstias que atingem o ser humano. Logo, é possível indicar o procedimento para o diagnóstico de uma determinada doença, o tratamento a ser aplicado como primeira escolha ou, em caso de ausência de resposta às ações curativas, as alternativas passíveis de utilização pelo profissional. A própria formação acadêmica do médico se baseia nesse raciocínio.

A padronização terapêutica trazida pela Lei nº 12.401/2011 considera essa variável. Basta consultar o artigo 19-O, introduzido por tal diploma legal no texto da Lei nº 8.080/1990, para verificar que o PDCT aplicável à respectiva moléstia deverá indicar também as ações a serem tomadas quando aquelas integrantes da primeira linha ou escolha terapêutica se mostrarem ineficazes em relação ao quadro clínico do paciente.

Essas escolhas terapêuticas de segunda linha, normalmente, são integradas por medicamentos ou tratamentos de alto custo, que, exatamente por isso, precisam ser considerados como de dispensação excepcional, a fim de preservar os recursos públicos e, até mesmo, a própria higidez do paciente. Portanto, caso não houvesse uma padronização, esses recursos terapêuticos, de custo mais elevado, poderiam ser adotados já como primeira escolha do profissional, o que ensejaria, no mínimo, prejuízos financeiros consideráveis para o sistema público de saúde.

Dessa forma, reputa-se acertada a padronização terapêutica como opção do legislador no âmbito do SUS, haja vista ser ela o melhor mecanismo para, considerando as limitações financeiras do erário, assegurar o atendimento igualitário a todos os cidadãos.

3.3 O MODELO DE FINANCIAMENTO DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE E AS SUAS DIFICULDADES

Embora o foco específico da pesquisa não esteja voltado para a forma de captação de recursos financeiros para o sistema público de saúde, considera-se importante, no entanto, tecer algumas considerações a respeito deste ponto.

Um sistema público de saúde voltado ao atendimento universal da população demanda estabilidade de financiamento. No entanto, embora tenha sido incorporado ao texto original da Constituição Federal de 1988 um modelo de atenção sanitária de inspiração *beveridgeana*, muito semelhante ao britânico, não houve o mesmo cuidado em relação ao seu financiamento. Os recursos destinados à saúde foram colocados, de forma genérica, entre aqueles previstos para o custeio da seguridade social, de sorte que nem os percentuais assegurados provisoriamente no artigo 55⁵⁸ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, foram observados, por exemplo, nos exercícios de 1990 e 1991 (GIOVANELLA *et al.*, 2012, p. 404).

Essa instabilidade no modelo de financiamento sempre motivou os gestores do sistema público de saúde a buscar um mecanismo constitucional que assegure percentuais mínimos de fontes de arrecadação específicas para o custeio de ações de saúde, garantindo estabilidade financeira ao SUS. Com este objetivo, passada mais de uma década da promulgação da Constituição em vigor, foi editada a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, cujo principal escopo foi o estabelecimento de percentuais mínimos da arrecadação de cada um dos três entes federados para fazer frente às despesas do sistema público de saúde. Para isso, o artigo 7º, da aludida Emenda, moldou a seguinte redação para o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 7º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 77: Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I – no caso da União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos

⁵⁸ “Art. 55 Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.”

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; e III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do 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. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. § 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei. § 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. § 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

Embora tenha sido delimitado um percentual mínimo de fontes de arrecadação dos estados e municípios vinculado ao custeio da saúde pública, o mesmo procedimento deixou de ser adotado pela União, tendo sido delegada à lei complementar a ser posteriormente editada para fins de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000, o encargo de fixar o referido percentual para a esfera federal.

Passados doze anos após a edição da Emenda Constitucional nº 29/2000, depois de muitos embates no Congresso Nacional, veio a lume a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Não obstante tenha sido reclamado pelos movimentos sociais voltados à defesa da saúde pública a fixação de um percentual de dez por cento da receita corrente bruta da União para financiamento do SUS, tal como lembra Giovanella *et. al* (2012, p. 407), durante a tramitação do projeto que originou a lei em comento, prevaleceu a posição do Executivo que conseguiu, consoante se verifica do artigo 5º do referido diploma legal, deixar a participação da União no custeio das ações e serviços de saúde pública atrelada, apenas, à variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB, do ano anterior à lei orçamentária do respectivo exercício⁵⁹.

Dessa forma, em termos de inovação no tocante às fontes e percentuais destinados ao financiamento da saúde pública, a Lei Complementar nº 141/2012 não trouxe novidades, limitando-se a reproduzir os parâmetros do artigo 77 dos Atos das Disposição Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional nº 29/2000, cuja transcrição se fez acima.

⁵⁹ “Art. 5º. União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.”

Ao comentar os impactos financeiros da Emenda Constitucional nº 29/2000, Giovanella *et al* (2012, p. 409), informa que eles não foram significativos, uma vez que o Produto Interno Bruto – PIB do Brasil não vem tendo crescimento significativo, o que ensejou a redução da participação financeira da União no custeio do SUS, embora tenha havido um incremento da participação dos estados e municípios nessa seara.

Já Piola *et al.* (2013, p. 13-15) asseguram que os impactos da Emenda Constitucional nº 29/2000 foram importantes para o financiamento do sistema de saúde pública no Brasil. Em suas palavras:

A EC nº 29 trouxe mais recursos e promoveu o aumento da participação de estados, Distrito Federal e municípios no financiamento do SUS. Ela começou a vigorar em 2000, quando a União ainda respondia por quase 60% do recurso público total aplicado em saúde. Desde então, sua participação foi decrescendo, ficando em torno de 44% em 2011, apesar de terem sido observados incrementos reais no montante destinado à saúde. Nesse mesmo período, a participação dos estados passou de 18,5% para 25,7%, enquanto a dos municípios foi de 21,7% para 29,6% [...].

Entre 2000 e 2011, os estados e municípios mais que triplicaram o volume de recursos destinados para a saúde, passando de R\$ 28 bilhões para R\$ 89 bilhões, o que correspondeu a um incremento de R\$ 61 bilhões (sendo R\$ 28 bilhões referentes ao incremento estadual e R\$ 32 bilhões, ao municipal). Nesse mesmo período, a União aumentou o gasto em ações e serviços públicos de saúde em R\$ 31 bilhões, que correspondeu a um aumento de 75% em relação a 2000. Esse valor incremental é muito próximo ao observado em cada uma das outras duas esferas de governo, totalizando um aumento da ordem de R\$ 92,7 bilhões. Assim, dois terços do aumento dos recursos para ASPS após a promulgação da EC nº 29 foram provenientes das receitas próprias de estados e municípios, enquanto um terço foi proveniente dos recursos injetados pela União.

No entanto, Piola *et al.* (2013, p. 19), também admitem que o volume de recursos destinados no Brasil ao custeio das ações e serviços de saúde pública em relação ao seu PIB ainda é bem inferior ao aplicado por outros países que também possuem sistemas universais de saúde. De acordo com ele,

[...] o percentual de recursos públicos aplicados em saúde não ultrapassou 4% do PIB. Ao longo do tempo, os sistemas de saúde têm comprometido parcelas cada vez maiores de recursos públicos visando garantir o acesso dos seus cidadãos. Nos países com sistemas de saúde universal, esse percentual já ultrapassa os 6% do PIB há algum tempo e, em muitos, supera 10%.

Segundo dados constantes do sítio eletrônico do próprio Ministério da Saúde, cujas planilhas foram elaboradas com base em dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE até o ano de 2012, os dispêndios com o custeio do sistema público de saúde, quando comparados com o PIB, alcançaram os seguintes percentuais: 2012: 4,33% (quatro vírgula trinta e três por cento); 2011: 4,13% (quatro vírgula treze por cento);

2010: 3,89% (três vírgula oitenta e nove por cento)⁶⁰. Já quando comparados com as despesas totais da União, os gastos federais com saúde alcançaram os seguintes percentuais: 2012: 4,5% (quatro vírgula cinco por cento); 2011: 4,4% (quatro vírgula quatro por cento); 2010: 4,1% (quatro vírgula um por cento)⁶¹.

Analisando o quadro relativo ao custeio do sistema público de saúde no Brasil, verifica-se que ele se encontra submetido a um quadro crônico de subfinanciamento. Embora se tenha procurado sanar a situação por meio da Emenda Constitucional nº 29/2000, vinculando ao custeio de ações e serviços públicos de saúde percentuais da receita tributária dos entes públicos, tal como já ocorria em relação à educação⁶², a regulamentação proporcionada pela Lei Complementar nº 141/2012 se mostrou frustrante, pelo menos no que se refere à União.

É que a Lei Complementar nº 141/2012 deixou de fixar os percentuais das receitas federais a serem vinculadas à saúde pública, tal como exigia a redação do artigo 198, §2º, I, da Constituição Federal à época em que este diploma normativo foi editado.

A controvérsia em relação ao percentual de recursos federais a serem destinados à saúde pública persistiu até a edição da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. De acordo com a redação que foi dada por ela ao artigo 198, §2º, I, da Constituição Federal, a União deverá destinar, anualmente, um percentual não inferior a quinze por cento da sua receita corrente líquida⁶³ para o financiamento da saúde pública. Mas, esse percentual-base somente será alcançado no quinto ano após a promulgação da Emenda Constitucional em apreço, conforme se depreende do seu artigo segundo⁶⁴.

⁶⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idx2012/e07b.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

⁶¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idx2012/e08.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

⁶² De acordo com o artigo 212 da Constituição Federal, a “União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

⁶³ A definição de **receita corrente líquida** encontra-se no artigo 2º, IV, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, cuja redação é a seguinte: “receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. § 1º Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. § 2º Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19. § 3º A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.”

⁶⁴ “Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo: I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro

A adoção de percentual sobre a receita corrente líquida não satisfaz integralmente os anseios dos movimentos de defesa da saúde pública, uma vez que sua apuração ocorre após a dedução das transferências constitucionais obrigatórias, bem como das contribuições sociais previstas no artigo 195, incisos I e II da Constituição Federal, além dos valores referentes às contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP (CF, art. 239).

De acordo com Sarlet e Pinto (2015)⁶⁵, a Emenda Constitucional nº 86/2015 sequer conseguiu recompor a parcela do financiamento já aplicado pela União em saúde no ano 2000, o que constituiu um retrocesso, ao invés de avanço, haja vista que o percentual que deveria constituir o piso do custeio, na verdade sempre é adotado como teto.

Além disso, um outro grave problema atinge o financiamento não somente da saúde pública, mas também o de outras políticas sociais atendidas com recursos vinculados pela Constituição Federal. Trata-se da Desvinculação de Receitas da União – DRU⁶⁶, que desatrela de qualquer órgão, fundo ou despesa, vinte por cento da arrecadação da União com impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, possibilitando ao governo federal livremente utilizar os recursos desvinculados, o que normalmente é feito para assegurar o *superavit* primário, destinado ao pagamento dos juros da elevada dívida pública brasileira.

exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional; V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional”.

⁶⁵ “Assim, fica, desde já, a inquietação diante de um evidente retrocesso em matéria fiscal, no sentido de virmos a ter, em 2016, um “piso” de 13,2% da receita corrente líquida da União, que é histórica e proporcionalmente inferior aos 14% da RCL federal que eram gastos em 2000, quando promulgada a Emenda nº 29. ”

⁶⁶ A versão atual da DRU foi normatizada pela Emenda Constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011, cujo artigo 1º, tem a seguinte redação: “Art. 1º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação: ” Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. § 1º O disposto no caput não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma do § 5º do art. 153, do inciso I do art. 157, dos incisos I e II do art. 158 e das alíneas a, b e d do inciso I e do inciso II do art. 159 da Constituição Federal, nem a base de cálculo das destinações a que se refere a alínea c do inciso I do art. 159 da Constituição Federal. § 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o caput a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal. § 3º Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, o percentual referido no caput será nulo.

Essa desvinculação, que deveria ser temporária, vem sendo reeditada há mais de vinte anos, sendo que a versão atual deveria se expirar em 31 de dezembro de 2015, já havendo, no entanto, movimentações do Poder Executivo para uma nova prorrogação⁶⁷.

Portanto, os problemas de financiamento do SUS são evidentes. No entanto, a correção desse rumo deve ser realizada pelos poderes políticos, legitimados pelo voto popular para implementar ações de governo. Cabe à sociedade pressionar os seus representantes para fazer prevalecer os seus anseios, bem como substituí-los, caso entenda necessário, durante as eleições periódicas que são realizadas no Brasil.

No entanto, os problemas de financiamento da saúde pública jamais poderão ser resolvidos pelo Poder Judiciário, pois ele não possui legitimação constitucional para decidir como os recursos públicos deverão ser alocados na peça orçamentária, sendo esta atribuição de natureza política, de competência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo que, bem ou mal, receberam da população o encargo, respectivo, de representá-la e de gerir o patrimônio e os serviços públicos.

⁶⁷Atualmente se encontram em tramitação na Câmara dos Deputados três Propostas de Emenda à Constituição, cuja finalidade é a prorrogação do período de validade da Desvinculação de Receitas da União - DRU. A PEC nº 04/2014, de autoria do Deputado André Figueiredo, propõe a prorrogação de tal mecanismo de gestão do orçamento público federal até 31 de dezembro de 2019. O Poder Executivo, por sua vez, apresentou a PEC nº 87/2015 que propõe a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2023. Há, ainda, a PEC nº 112/2015, de autoria do Deputado Benito Gama, que objetiva prorrogar a DRU apenas até 31 de dezembro de 2016. No entanto, até o final do ano de 2015, nenhuma das três Propostas de Emenda à Constituição referidas tinha sido aprovada pela Câmara dos Deputados.

4 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A busca pela concretização do direito à saúde mediante a intervenção judicial vem ocupando um espaço bastante considerável nas lides forenses, levando os gestores públicos, bem como os próprios integrantes do Poder Judiciário a discutirem mecanismos que possibilitem lidar adequadamente com esse quadro.

A concessão de assistência terapêutica por meio de pleitos apresentados judicialmente em demandas individuais, no entanto, produz reflexos sistêmicos, que vão muito além de uma suposta microjustiça produzida em favor do demandante, reclamando uma análise mais acurada de suas consequências para o gerenciamento das políticas públicas de saúde.

No presente capítulo, pretende-se avaliar a forma como a intervenção judicial em busca de uma suposta concretização do direito à saúde vem ocorrendo no Brasil, focalizando as suas consequências, buscando-se, ao cabo, apontar caminhos que possam viabilizar uma superação do problema ou, pelo menos, mitigar os seus efeitos para o conjunto dos usuários do Sistema Único de Saúde.

4.1 O CENÁRIO ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A busca pela implementação do direito à saúde mediante a intervenção judicial vem crescendo significativamente no Brasil. De acordo com informações prestadas pelo Ministério da Saúde⁶⁸, com base em dados coletados junto ao Sistema Integrado de Controle das Ações da União – SICAU, em 2002, foi ajuizada, em desfavor da União Federal, apenas 1(uma) demanda reclamando a concessão de prestação individualizada de assistência terapêutica no âmbito do SUS. No entanto, no ano seguinte, esse número passou para 8 (oito) casos, tendo atingido o seu ápice em 2008, quando foram ajuizadas 2.273 (duas mil, duzentas e setenta e três) novas demandas em desfavor da União reclamando prestações de saúde. Esse número vem se

⁶⁸ As informações a que se faz referência foram disponibilizadas pelo Ministério da Saúde, após demanda apresentada com base na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, objeto do Protocolo nº 25820000862201502, cujo texto, em sua integralidade, consta de anexo a este trabalho.

mantendo elevado ao longo dos anos, sendo que, até agosto de 2014 1.101 (mil, cento e uma) demandas já haviam sido ajuizadas em desfavor da União reclamando algum tratamento ou medicamento.

No entanto, é preciso considerar que a maior parte das demandas voltadas à concretização do direito à saúde são ajuizadas em desfavor dos estados federados e dos municípios e são processadas na Justiça Estadual. Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ⁶⁹, até junho de 2014 se encontravam tramitando na Justiça Estadual 330.630 (trezentos e trinta mil, seiscentos e trinta) demandas envolvendo o direito à saúde, não estando incluídos, no entanto, os números referentes aos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Pernambuco e Paraíba, que ainda não haviam disponibilizado os seus dados. No mesmo período, encontrava-se em tramitação na Justiça Federal⁷⁰ 62.291 (sessenta e duas mil, duzentas e noventa e uma) demandas focadas no mesmo objeto, o que demonstra que a quantidade de ações judiciais reclamando tratamento ou medicamento no período compreendido pelos dados disponibilizados pelo CNJ ultrapassavam as quatrocentos mil.

Segundo Rosa (2014), em levantamento realizado pela União Federal, chegou-se à conclusão de que, caso esse ente federado viesse a sucumbir em todas as demandas que se encontravam em tramitação em desfavor dela no ano de 2014, seria necessário redirecionar, do Orçamento do Ministério da Saúde, a quantia aproximada de R\$ 3.930.000.000,00 (três bilhões, novecentos e trinta milhões) de reais para o atendimento das possíveis ordens judiciais, o que equivaleria a cerca de 4% (quatro por cento) do orçamento destinado à saúde para aquele ano, que foi de R\$ 106.000.000.000,00 (cento e seis bilhões) de reais.

Segundo dados do Ministério da Saúde⁷¹, em 2013, foram consumidos R\$ 547.259.980,62 (quinhentos e quarenta e sete milhões, duzentos e cinquenta e nove mil, novecentos e oitenta reais e sessenta e dois centavos) com o cumprimento de ordens judiciais. Esses valores, subtraídos do orçamento do Ministério da Saúde, foram utilizados para o custeio direto de assistência terapêutica reclamada judicialmente ou, quando o prazo concedido na ordem judicial se mostrava exíguo, foi realizado o depósito do valor em conta judicial à

⁶⁹ Dados disponibilizados na rede mundial de computadores no seguinte endereço: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em 25 set. 2015.

⁷⁰ As ações ajuizadas na Justiça Federal são aquelas nas quais a União, entidade autárquica ou empresa pública federal integram o feito na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, consoante se depreende do artigo 109, I, da Constituição Federal. Assim, levando em consideração o número dos feitos em tramitação informado pelo Conselho Nacional de Justiça, chega-se à conclusão de que o volume de demandas ajuizadas em desfavor da União, reclamando a concessão de prestações envolvendo o direito à saúde, é bem maior do que o informado pelo Ministério da Saúde por meio da consulta realizada durante a elaboração deste trabalho e a qual já se fez referência.

⁷¹ Dados disponibilizados por meio da consulta objeto do Protocolo nº 25820000862201502, já referido.

disposição do respectivo juízo em que a demanda tramitava, para aquisição direta do fármaco ou pagamento do tratamento pelo próprio demandante.

Entre os gestores do sistema público de saúde espera-se um crescimento do número de demandas envolvendo pleitos de assistência terapêutica. No Estado de São Paulo, por exemplo, em 2012, foram ajuizadas 23.200 (vinte e três mil e duzentas) demandas reclamando assistência à saúde. Em 2013, o volume de novas ações judiciais no mesmo ente federado alcançou o número de 25.500 (vinte e cinco mil e quinhentas), ou seja, houve um acréscimo de 2.300 (duas mil e trezentas) ações em relação ao ano anterior (ROSA, 2014, s.p).

Segundo Rosa (2014, s.p), no Estado do Rio de Janeiro são ajuizadas, diariamente, cerca de 40 (quarenta) novas ações pleiteando a concessão ações e serviços de saúde, o que corresponde a cerca de 15.000 (quinze mil) novas demandas anualmente.

Ao se proceder a análise dos dados fornecidos pelos tribunais estaduais e federais ao Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que o número de demandas reclamando assistência à saúde não se distribui de maneira uniforme pelo território nacional. Elas se encontram concentradas, principalmente, nas regiões de maior desenvolvimento econômico, onde os indicadores sociais são mais favoráveis quando comparados com o restante do país. Veja-se: Enquanto os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul concentravam, respectivamente, em 2014, 44.690 (quarenta e quatro mil, seiscentas e noventa); 46.883 (quarenta e seis mil, oitocentas e oitenta e três) e 113.953 (cento e treze mil, novecentas e cinquenta e três) demandas nas quais os litigantes reclamam assistência à saúde, os Tribunais de Justiça da Bahia, do Pará e do Acre apresentavam números bem mais modestos, concentrando, no mesmo ano de 2014, respectivamente, 841 (oitocentas e quarenta e um); 19 (dezenove) e 7 (sete) demandas nas quais medicamentos ou tratamentos de saúde eram pleiteados⁷².

Quando se leva em consideração os números da Justiça Federal, que corresponde aos feitos nos quais a União figura como parte, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que engloba os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná contava, em 2014, com 35.287 (trinta e cinco mil, duzentos e oitenta e sete) feitos em tramitação envolvendo o direito à saúde, sendo 24.229 (vinte e quatro mil, duzentos e vinte e nove) na primeira instância e 11.058 (onze mil e cinquenta e oito) na segunda. Já o Tribunal Regional Federal da Quinta Região, que engloba em sua competência os Estados do Ceará, Rio Grande

⁷² Dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, constantes do seguinte endereço eletrônico: < <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.

do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas e Sergipe, no mesmo lapso temporal, contava com apenas 11 (onze) demandas em tramitação envolvendo assistência à saúde, sendo que 07 (sete) delas tramitava na primeira instância e 04 (quatro) já se encontrava em fase recursal⁷³.

Vê-se, portanto, que o cenário de convocação do Poder Judiciário para interferir na concretização do direito à saúde no Brasil vem expondo um incremento acentuado de demandas ao longo do tempo, com distribuição geográfica bastante irregular no território nacional, estando a maioria dos feitos concentrada, contraditoriamente, nas regiões do país como melhores indicadores sociais, o que pode sinalizar para o fato de que a judicialização da saúde vem sendo encabeçada, principalmente, pelos segmentos socialmente incluídos da população, que buscam atendimento público apenas quando necessitam de terapias de custo mais elevado e que não são arcadas por planos privados de saúde.

Analisando dados do período compreendido entre os anos de 2005 e 2009, Ferraz (2011, p. 88-89), chegou à conclusão de que as demandas envolvendo o direito à saúde se concentram, majoritariamente, nas regiões mais desenvolvidas do Brasil. De acordo com ele, os estados integrantes das regiões Sul e Sudeste do país abarcaram, no período pesquisado, 85% (oitenta e cinco) por cento das demandas levadas ao Judiciário envolvendo à concretização do direito à saúde, embora o contingente populacional destas regiões corresponda a 56,8% (cinquenta e seis vírgula oito) por cento da população brasileira. Os estados do Nordeste e do Norte, que abrigam, juntos, 36% (trinta e seis) por cento da população do Brasil, foram responsáveis, apenas, por um percentual equivalente a 7,5% (sete vírgula cinco) por cento das demandas envolvendo questões de assistência sanitária no período.

No mesmo trabalho, Ferraz (2011, p. 91), baseado em pesquisa realizada em 2005 por Fabíola Vieira e Paola Zucci englobando todas as demandas ajuizadas no Município de São Paulo naquele ano reclamando assistência terapêutica, informa que as pesquisadoras constataram que 63% (sessenta e três) por cento dos litigantes eram oriundos de áreas com os menores níveis de exclusão social na cidade.

⁷³ Idem.

Avaliando as demandas ajuizadas no Estado de São Paulo por indivíduos residentes apenas no Município de São Paulo durante o período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2006 e adotado como parâmetro de comparação seis subdivisões elaboradas com fundamento na vulnerabilidade social dos moradores⁷⁴, Chieffi e Barata (2009, p. 1839-1849), concluíram que aproximadamente 74% (setenta e quatro) por cento dos autores de demandas judiciais ajuizadas no período pesquisado reclamando assistência terapêutica residiam em áreas inseridas nos três estratos com menores índices de vulnerabilidade social. Constaram, ainda, que,

Considerando apenas os estratos 1 e 2, os mais bem aquinhoados da população, a diferença entre a parcela atendida pelas ações judiciais é o dobro de sua distribuição na população geral. Esses dados demonstram que a população com maior poder aquisitivo é que está se beneficiando do resultado das ações judiciais.

Quando se verifica o cenário atual da judicialização da saúde no Brasil, percebe-se que existe um elevado potencial de expansão do número de demandas. No entanto, essa via de acesso ao direito à saúde, se é que assim pode ser chamada, acaba sendo mais acessada pelos segmentos socialmente incluídos, com maior nível de esclarecimento em torno dos seus direitos e melhor acesso ao Judiciário por meio de advogados contratados, o que deixa de fora ou reduz significativamente a participação dos estratos sociais com os maiores níveis de exclusão, uma vez que a maior parte dos seus integrantes sequer tem conhecimento a respeito da existência de órgãos como as defensorias públicas capazes de levar ao judiciário, gratuitamente, os seus pleitos.

Portanto, o quadro de judicialização crescente não representa, necessariamente, uma maior difusão dos conceitos de cidadania e de conscientização de direitos na sociedade brasileira. Ao contrário, parece ser mais um movimento de classe média, em especial daquela residente nos centros economicamente mais desenvolvidos do país, que busca acessar prestações do Sistema Único de Saúde apenas nas situações em que o tratamento necessitado demanda custos mais elevados, sendo o atendimento do sistema público, por outro lado, rejeitado por esses indivíduos quando se trata de acesso aos serviços mais simples, junto a

⁷⁴ Chieffi e Barata (2009, p. 1841) explicam que em sua pesquisa os 96 (noventa e seis) distritos de residência do Município de São Paulo foram classificados em seis estratos sociais, com fundamento no Índice Paulista de Vulnerabilidade Social – IPVS, indicador desenvolvido pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE), “que classifica os setores censitários em seis grupos de vulnerabilidade social: nenhuma vulnerabilidade, vulnerabilidade muito baixa, vulnerabilidade média, vulnerabilidade alta e vulnerabilidade muito alta –estratos de 1 a 6, respectivamente”.

unidades básicas de saúde, nas quais os segmentos sociais menos favorecidos buscam socorro quando alguma enfermidade lhes acomete.

4.1.1 A posição do Supremo Tribunal Federal nas demandas envolvendo o direito à saúde

O Supremo Tribunal Federal se encontra na cúpula do Poder Judiciário no Brasil. A Constituição Federal de 1988 lhe conferiu a incumbência de promover a interpretação última, em sede judicial, em matéria constitucional. Em razão disso, opta-se no presente trabalho por direcionar o enfoque de avaliação jurisprudencial ao comportamento daquela Corte a respeito do tema em discussão, uma vez que a posição hermenêutica por ela encampada direciona o posicionamento adotado pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, em especial em razão da existência atual de instrumentos de uniformização jurisprudencial como a repercussão geral⁷⁵ e a súmula vinculante⁷⁶, que obrigam as demais instâncias judiciais a seguirem a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal a uma determinada matéria.

Os primeiros casos envolvendo pleitos de concretização do direito à saúde chegaram ao Supremo Tribunal Federal no final da década de 90 e início do ano 2000⁷⁷. Naquele momento,

⁷⁵ A repercussão geral, como pré-requisito de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, encontra assento constitucional no artigo 102, §3º, da Carta de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. De acordo com a regulamentação do instituto efetivada pela Lei nº 11.418/2006, que inseriu o artigo 543-A no texto do Código de Processo Civil ainda em vigor, a decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, aplica-se aos demais recursos que versem sobre matéria idêntica e que se encontram sobrestados nas instâncias inferiores do Poder Judiciário aguardando o posicionamento da Suprema Corte a respeito do tema.

⁷⁶ A previsão constitucional do instituto da súmula vinculante encontra-se no artigo 103-A, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no texto da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁷⁷ Em pesquisa realizada no acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal disponibilizada no sítio mantido pela Corte na rede mundial de computadores (www.stf.jus.br), encontrou-se o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238.328/RS, julgado pela Segunda Turma em 16 de novembro de 1999 como o recurso mais antigo apreciado pelo STF, cujo objeto se vincula à concretização do direito à saúde, mediante a concessão de prestação individualizada de terapia necessária ao restabelecimento da saúde do requerente. Nesse caso, inclusive, abordou-se a entrega de medicamento pelo sistema público de saúde a pessoa contaminada pelo vírus HIV – Human Immunodeficiency Virus (Vírus da Imunodeficiência Humana). Se casos mais antigos existiram, não foram encontrados durante a pesquisa levada para a construção deste trabalho.

a grande discussão que se levava ao Judiciário envolvendo assistência terapêutica pelo SUS se referia a distribuição gratuita dos medicamentos necessários ao controle do Vírus da Imunodeficiência humana, conhecido pela sigla inglesa HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), responsável por provocar a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, moléstia mundialmente conhecida como AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*).

Tratava-se de um drama que acometia um número acentuado de pessoas e que sensibilizava bastante a opinião pública naquela oportunidade. Apresentadas as primeiras demandas reclamando a concessão gratuita, pelo sistema público de saúde, dos medicamentos disponíveis no mercado para o controle do vírus HIV, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema em sede recursal, firmou entendimento, capitaneado na Corte pelo Ministro Celso de Mello, de que “o direito à saúde representa consequência indissociável do direito à vida”, tal como restou assentado durante o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS⁷⁸.

Começava a ser construído os alicerces de uma interpretação jurisprudencial que passou a conferir ao direito à saúde um viés absoluto, que não pode ser confrontado com as limitações financeiras do Estado, consideradas pela Corte como interesses secundários da Administração Pública, não passíveis de invocação frente à necessidade de preservação da vida humana.

Essa visão da assistência terapêutica como prestação a ser prontamente conferida ao indivíduo, independentemente de qualquer limitação financeira do Estado, consolidou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, influenciando as instâncias inferiores do Poder Judiciário, com a superação de posicionamentos judiciais que se negavam a interferir, de forma individualizada, na prestação de serviços de saúde, sob o argumento principal de que isso representava uma violação ao princípio da separação dos poderes.

A interferência judicial na gestão da saúde pública, posteriormente denominada como judicialização, que se iniciou no Supremo Tribunal Federal com o foco direcionado principalmente para o drama vivenciado pelos portadores do vírus HIV assumiu, nos anos subsequentes, contornos acentuados, passando a envolver os mais diversos tipos de pleitos, que abarcavam desde realização de procedimentos cirúrgicos até a concessão de insumos básicos de tratamento e cuidado com enfermos, como a concessão de fraldas descartáveis.

O quadro de judicialização da saúde no Brasil se difundiu de maneira tão acentuada que as petições iniciais apresentadas pelos advogados em juízo passaram a ser padronizadas, limitando-se os causídicos a trocarem nas peças o nome da prestação de saúde requerida e a

⁷⁸ Julgado em 12/09/2000.

qualificação das partes. Da mesma forma, os magistrados começaram a deferir os pedidos sem maiores cautelas em face do caso concreto, invocando, apenas, conceitos genéricos e a jurisprudência já firmada a respeito do tema.

Esse quadro de intervenção crescente do Poder Judiciário na gestão das políticas de saúde pública passou a trazer sérios problemas de planejamento para os gestores. A cada ano a parcela orçamentária destinada ao custeio do sistema público de saúde que precisava ser remanejada para o atendimento de demandas judiciais crescia, inviabilizando a execução de programas de assistência à saúde previamente planejados e incorporados ao orçamento.

Por meio de demandas individuais se passou a acessar terapias “de ponta” ou até mesmo em fase experimental, não raras vezes a serem ministradas no exterior e não disponibilizadas pelo sistema público de saúde de nenhum país, mediante decisões judiciais praticamente padronizadas, de sorte que, pela via judiciária se tornou possível ter acesso a tratamentos de saúde muito distantes da realidade, inclusive, de qualquer cidadão residente num país economicamente mais desenvolvido do que o Brasil.

No entanto, o problema gerencial provocado pela judicialização da saúde começou a produzir eco, levando o Supremo Tribunal Federal a confrontar o tema em suas várias facetas durante Audiência Pública que convocou com a finalidade de discutir o quadro provocado pela intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, mediante a oitiva dos diversos segmentos envolvidos, a fim de buscar elementos capazes de equacionar o problema.

Assim, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009 foi realizada a Audiência Pública – Saúde convocada e presidida pelo então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes. Durante esses seis dias, foram ouvidos magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados, médicos, gestores do SUS, representantes da indústria farmacêutica, integrantes de associações voltadas à defesa dos interesses de pacientes e outros atores sociais com interesse direto na temática.

Nessa Audiência Pública, o Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de confrontar as diversas posições envolvendo a saúde pública, percebendo que o quadro ia muito além da discussão meramente teórica e acadêmica de que, uma vez existindo um direito de natureza prestacional, em especial envolvendo o restabelecimento da saúde ou a manutenção da vida do indivíduo previsto na Constituição, a ele se deve ofertar a máxima eficácia, não se podendo obstar a sua concretização com argumentos de impossibilidade de cunho material pelo Estado.

A Audiência Pública sobre saúde tornou evidente para o Poder Judiciário um problema vivenciado no cotidiano dos gestores públicos que, ao se depararem com uma ordem judicial

impondo o atendimento de um determinado indivíduo, muitas vezes se viam obrigados a deixar sem assistência outros cidadãos menos afortunados e que não haviam tido acesso ao Poder Judiciário.

Após a realização da Audiência Pública – Saúde, em 17 de março de 2010, foi levado a julgamento pelo Ministro Gilmar Mendes o Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE e o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE.

O julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE e do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE representaram a sinalização de uma mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na apreciação das demandas envolvendo a concretização do direito à saúde. Em trecho do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes deixou assentado que:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, **não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário** para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde – destacou-se.

Em outro trecho do voto, ficou consignado que:

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação existente geraria grave lesão a ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Durante o julgamento, no mesmo voto pronunciado nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE e do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, buscou estabelecer balizas destinadas a orientar as instâncias inferiores do Poder Judiciário, a partir das discussões travadas no âmbito da Audiência Pública – Saúde. Em tal oportunidade, ficou consignado que o Estado não pode ser compelido pelo Poder Judiciário a custear tratamentos experimentais reclamados por pacientes.

Assentou-se também que inclusão em políticas públicas de saúde já existentes constitui direito público subjetivo do cidadão, sendo que, nessas situações, não haveria qualquer óbice ao Judiciário em determinar a inserção de eventual demandante no campo de atendimento referente a tal política pública. No entanto, se a política de saúde reclamada não existir, segundo o STF, faz- necessário avaliar se isso decorre de: 1) omissão legislativa ou administrativa; 2) decisão administrativa de não a fornecer; ou 3) vedação legal a sua dispensação.

Definiu-se que o julgador deve analisar com cautela a motivação do sistema público de saúde para o não fornecimento de determinada prestação terapêutica, cabendo a ele perquirir se o SUS fornece atendimento alternativo, embora não adequado ao paciente ou se o SUS não tem nenhum tratamento específico para a patologia. Nesses casos, a assistência terapêutica requerida deve ser atendida, desde que reste comprovado que ela se mostra eficaz para a moléstia padecida pelo indivíduo, após a devida instrução probatória.

A cautela fundamental a ser adotada pelo julgador, de acordo com os votos proferidos na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE e no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47/PE, será conceder primazia aos tratamentos fornecidos pelo SUS, de acordo com as recomendações dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Em casos excepcionais, quando a patologia não estiver abarcada pelos referidos protocolos ou os procedimentos terapêuticos neles previstos forem apontados como ineficazes para o caso levado a julgamento, deverá ser realizada a devida instrução probatória, constituindo essa exigência um óbice, segundo o Ministro Gilmar Mendes, para a concessão de medida cautelar, principalmente sem a oitava do ente público requerido.

O Supremo Tribunal Federal deixou assentado, durante os julgamentos considerados, que a prestação de assistência terapêutica não pode comprometer o funcionamento do SUS. No entanto, cabe aos entes promovidos, em cada caso levado a julgamento, comprovar os prejuízos para a higidez do sistema público de saúde, em sendo atendido o pleito individual constante da demanda.

Os parâmetros que o Supremo Tribunal Federal buscou estabelecer com base nas discussões realizados durante a Audiência Pública convocada para discutir a problemática envolvendo a judicialização da saúde constitui um marco importante na jurisprudência brasileira, uma vez que a visão de direito absoluto que se encontrava consolidada na Corte começou a ser questionada.

No entanto, as balizas construídas não romperam com a visão de microjustiça que a concretização do direito à saúde mediante a interferência judicial produz. Isso porque, embora tenha sido deixado assente como providência excepcional a concessão de assistência terapêutica não padronizada pelo SUS, verifica-se, por outro lado, que essa via não foi completamente obstada, viabilizando a continuidade de pleitos que busquem obter do sistema público ações de saúde para as quais não houve o devido planejamento gerencial para a sua outorga.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal, mesmo depois dos julgamentos paradigmáticos de 17 de março de 2010, continuou legitimando o deferimento de assistência terapêutica por meio de demanda judicial sem considerar o planejamento dos gestores do SUS e a necessidade

de inclusão prévia na peça orçamentária da política pública a ser prestada. É o que se constata de julgamentos de órgãos fracionários da Corte, aos quais, de forma exemplificativa, faz-se referência a seguir:

Durante a apreciação do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831.885/RS, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário pode determinar o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas padronizadas no âmbito do Sistema Único de Saúde, ressalvando, apenas, que se faz necessário que o requerente comprove que não existe outra opção de tratamento eficaz para combater a enfermidade.

Nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 824.946/RS, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal também assentou que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. No acórdão, não foi devidamente esclarecido se o termo “necessitado” se refere àqueles desprovidos dos meios financeiros para o custeio do tratamento ou se faz referência, apenas, ao fato de o indivíduo pleiteante necessitar do tratamento reclamado.

A propósito, ainda não existe também um posicionamento consolidado na Corte a respeito da insuficiência de recursos financeiros pelo demandante ser considerado ou não um requisito para compelir o poder público, mediante a intervenção do Poder Judiciário, a fornecer a assistência terapêutica reclamada.

Esse ponto será dirimido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN⁷⁹, atualmente sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e que se encontra com repercussão geral já reconhecida. Nele se abordará a questão concernente à distribuição de medicamento de alto custo a pessoa sem condições financeiras para adquiri-lo. Na oportunidade, a Corte poderá assentar, de forma clara, se o seu entendimento relacionado ao custeio de política pública de saúde - em especial daquelas que não se encontram abarcadas pelo SUS – deverá ou não levar em consideração a capacidade financeira do demandante de suportar os seus custos, o que constituirá um avanço, uma vez que o requisito econômico nem sempre é considerado pelo Judiciário quando da concessão de tutela voltada a outorga de assistência terapêutica.

⁷⁹ Trata-se de Recurso Extraordinário proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, protocolado no Supremo Tribunal Federal em 08/10/2007 pelo Estado do Rio Grande do Norte. Atualmente, o feito se encontra liberado para julgamento, aguardando a inclusão na pauta do plenário do STF.

É bem verdade que o artigo 196 da Constituição Federal assegura a assistência à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, o que, a princípio, afastaria a possibilidade de se levantar qualquer questionamento a respeito das condições econômicas do indivíduo como requisito para o acesso às políticas públicas de saúde.

No entanto, isso se mostra válido apenas para os casos de acesso às políticas públicas de saúde disponibilizadas pelo SUS de forma universal e igualitária a todos os cidadãos, não podendo abarcar as situações em que o Judiciário concede prestações cujo custeio não foi previamente planejado. Nesses casos, deve-se, pelo menos, aferir se o indivíduo é financeiramente hipossuficiente para arcar com a assistência terapêutica referida, sob pena de produção de disparidades ainda mais acentuadas no âmbito do SUS, uma vez que recursos orçamentários destinados à saúde estarão sendo drenados para o custeio de ações não planejadas e que poderão beneficiar integrantes economicamente melhores aquinhoados da sociedade, em detrimento da parcela social mais carente, que encontra no SUS o único mecanismo de acesso à saúde.

4.1.1.1 Possibilidade de bloqueio de verba pública destinada ao cumprimento de ordem judicial que determina a concessão de assistência terapêutica

Outro ponto que merece consideração à parte se refere a possibilidade ou não de bloqueio de verbas públicas pelo Poder Judiciário para fazer frente ao cumprimento de ordem que determina a entrega de medicamento ou a disponibilização de tratamento ao paciente. O Supremo Tribunal Federal vem respaldando essa providência.

É o que se constata, por exemplo, quando se analisa o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 700.543/RS, relatado pela Ministra Cármen Lúcia, tendo a Primeira Turma daquela Corte considerado ser possível o bloqueio de verba pública para assegurar o fornecimento de medicamentos⁸⁰.

No entanto, algumas considerações são necessárias.

O sequestro de verbas públicas é sempre uma medida excepcional, pois os recursos públicos são aplicados de acordo com determinação legal, seguindo o modelo de alocação de verbas constantes da lei orçamentária. A interferência do Poder Judiciário nessa seara deve observar os estritos limites previstos na legislação, uma vez que ao determinar a aplicação de

⁸⁰ Um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema deverá ser firmado quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 607.582/RS, com repercussão geral reconhecida e atualmente sob a relatoria da Ministra Rosa Weber.

verba orçamentária em finalidade diferente daquela que consta da lei orçamentária, o juiz se imiscui em esfera de atuação reservada constitucionalmente aos poderes Legislativo e Executivo, responsáveis pelo gerenciamento das políticas públicas.

Assim, a determinação de sequestro de verba pública para aplicação em finalidade diversa daquela prevista na peça orçamentária somente encontra respaldo na Constituição quando houver preterimento de direito de precedência ou não alocação no orçamento do valor necessário à satisfação de dívida pública decorrente de precatório judicial. É isso o que se depreende da redação atual do artigo 100, §6º, da Carta de 1988, que aborda essa exclusiva hipótese de legitimação para o sequestro de verba pública e destinação diversa da finalidade originariamente prevista no orçamento, sem que para isso se faça necessária uma lei que autorize o remanejamento dos recursos.

A Constituição Federal, inclusive, no dispositivo acima mencionado, acentua que essa é uma hipótese exclusiva em que se autoriza o sequestro de verba pública, o que torna outras possibilidades, ainda que respaldadas em norma legal, de constitucionalidade duvidosa.

Assim, o sequestro de verba pública para a aquisição de medicamento ou assistência terapêutica reclamada judicialmente, não obstante encontre respaldo pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aparenta ser incompatível com a Constituição Federal.

4.1.1.2 A responsabilização solidária dos entes federados e os problemas que ela provoca na gestão do Sistema Único de Saúde

Merece destaque também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o ponto concernente a solidariedade entre os entes federados para responder as demandas que buscam a concretização do direito à saúde.

O Supremo Tribunal Federal já há bastante tempo firmou entendimento, inclusive reafirmado recentemente nos autos do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE⁸¹, com repercussão geral reconhecida, relatado pelo Ministro Luiz Fux, no sentido de que a obrigação e o custeio de prestações saúde, com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal, abarca os três entes federados, de forma que o litigante pode demandar, conjuntamente, contra a União, o estado e o município em que reside, podendo, por outro lado, escolher apenas um ou dois desses entes para figurar no polo passivo da ação.

⁸¹ Julgado em 06/03/2015

A solidariedade encapada pelo Supremo Tribunal Federal é alicerçada numa interpretação literal do artigo 196 da Constituição que, ao assegurar o direito à saúde, faz referência ao dever do Estado e não de um ente federado específico. Dessa forma, ao se deparar com uma omissão ou deficiência na prestação de um serviço de saúde pública, o indivíduo, ao recorrer ao Judiciário, pode optar por apresentar a sua demanda contra os três entes federados, de forma solidária, sendo-lhe possível, no entanto, optar por eleger apenas um ou dois deles para figurar na lide, uma vez que na visão da Suprema Corte, “não existe litisconsórcio passivo necessário entre os três entes federados nas questões envolvendo o direito à saúde⁸²”.

A solidariedade, no entanto, desconsidera a descentralização das ações e serviços públicos de saúde imposta pelo artigo 198, I, da Constituição, sendo que, na configuração atual do SUS, conforme já se ressaltou anteriormente, cabe aos municípios o papel de executores da maior parte das políticas de saúde pública, sendo atribuição da União, principalmente, exercer o papel de normatização do SUS, com o repasse dos recursos públicos necessários para que os entes executores exerçam as suas atribuições.

Quando o Poder Judiciário, ao apreciar uma demanda individual, encampa a tese da solidariedade, desconsidera que o dever do Estado de prestar assistência à saúde não se exaure no que consta do *caput* do artigo 196. Ao contrário, os dispositivos constitucionais seguintes, em especial o artigo 198, I, impõe ao sistema público de saúde uma gestão descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, o que implica a distribuição de atribuições e, por consequência, de recursos, entre os entes federados.

Dessa forma, quando o Judiciário impõe, por exemplo, a União o custeio de certa política pública que seria de responsabilidade, dentro da distribuição de atribuições no SUS do município no qual o demandante reside, age de forma desestabilizadora no planejamento orçamentário do sistema público de saúde. Isso porque, se nesse exemplo incumbia ao município prestar o serviço, os recursos federais para o custeio dele já foram repassados ao ente federado, de forma que a União será compelida a remanejar recursos de outra fonte do Ministério da Saúde para prestar um serviço que, além de não ser atribuição sua, já foi objeto de transferência dos recursos financeiros para o ente federado responsável pela execução da política de saúde.

Esse é um dos grandes problemas da intervenção do Judiciário na concretização do direito à saúde. Os juízes, muitas vezes, desconhecem o sistema normativo e o próprio

⁸² É nesse sentido que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, tal como restou assentado quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 586.995/MG, julgado em 28/06/2011, pela Primeira Turma daquela Corte, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

funcionamento do SUS e quando da apreciação das demandas, limitam-se a invocar normas genéricas, isoladas do seu próprio contexto normativo. Isso cria um paradoxo grave, pois obriga o administrador público a agir em descompasso com as próprias normas aos quais ele deveria prestar estrita obediência.

A questão da forma como o Judiciário vem aplicando a regra da solidariedade nas demandas de saúde precisa ser repensada. A mera determinação de que os diversos entes federados promovam as devidas compensações financeiras quando efetivarem o atendimento de uma ordem judicial voltada à prestação de assistência terapêutica que, em termos de distribuição de atribuições no âmbito do SUS, não seria de sua responsabilidade, não resolve o problema.

É que, se a União, por exemplo, após haver repassado aos municípios os recursos necessários ao custeio de determinada política pública de saúde, for compelida a atender uma ordem judicial lhe impondo o custeio da mesma política em favor de determinado indivíduo, é evidente que ela precisará remanejar recursos de outras fontes orçamentárias e a recomposição do seu orçamento, ainda que isso seja possível, não será imediata e poderá, inclusive, ensejar conflito com os demais entes federados, cuja solução, a ser dada pelo próprio Judiciário, poderá levar anos.

A solidariedade é uma regra muito cômoda para os operadores do direito que, quando desejam litigar contra o Estado reclamando assistência terapêutica, não querem se dar ao trabalho de se aprofundar no arcabouço normativo aplicável ao SUS a fim de identificar, com precisão, contra qual ente federado deverão litigar. Da mesma forma, é muito confortável para o juiz expedir uma ordem genérica de assistência terapêutica sem a identificação clara do destinatário, impondo aos três entes federados, de forma solidária, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação, delegando-lhes, ainda, a incumbência de promover as devidas compensações financeiras entre eles, sem analisar se isso é possível e quanto tempo demandará para que possa ser efetivada.

É importante lembrar que a Administração Pública tem na legalidade um dos seus suportes principiológicos, consoante bem deixa claro artigo 37 da Constituição Federal. Quando o Judiciário emite uma ordem genérica, desconsiderando a descentralização de atribuições no âmbito do SUS, parece esquecer ou não levar em conta que o administrador público não goza de liberdade plena para atribuir destinação a recursos públicos sem amparo na lei. Ora, se com base na legislação houve um repasse de recursos para um ente que, normativamente, recebeu a atribuição para prestar uma determinada ação assistencial de saúde, é evidente que uma determinação genérica de compensação emanada do Judiciário não é suficiente para legitimar

o trânsito de recursos públicos entre fontes orçamentárias ao arrepio da lei e pode, inclusive, ser objeto de questionamento pelos órgãos de controle da Administração Pública.

Dessa forma, entende-se que, não obstante a sólida jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito da solidariedade entre os três entes federados para figurarem no polo passivo das demandas envolvendo o direito em apreço, quando se avalia a configuração do sistema público de saúde desenhada pela Carta de 1988, essa solidariedade é de constitucionalidade duvidosa e merece ser repensada pelo próprio Poder Judiciário, uma vez que traz graves problemas ao planejamento, assim como ao controle do fluxo de recursos financeiros dentro do Sistema Único de Saúde.

4.2 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA BUSCA POR PARÂMETROS OBJETIVOS PARA NORTEAR OS JULGAMENTOS DE QUESTÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE

As consequências da intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde também vem sendo objeto de preocupação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão de controle administrativo do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁸³.

Com base nas discussões levadas a termo durante a Audiência Pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir a problemática envolvendo a judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 30 de março de 2010, a Recomendação nº 31

⁸³ De acordo com a redação do artigo 103-B, §4º, da Constituição Federal, que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a competência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi estabelecida nos seguintes termos: “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.”

indicando a forma de proceder dos juízes quando da apreciação de lides envolvendo o direito à saúde. Em tal Recomendação, o CNJ destacou especialmente a necessidade de ser observada uma cuidadosa instrução probante dos pedidos de concessão de medidas de assistência terapêutica, especificando que os magistrados devem procurar “instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata⁸⁴.”

Além disso, na Recomendação nº 31/2010, o Conselho Nacional de Justiça orientou os magistrados a evitar a concessão, em demandas judiciais, de medicamentos em fase experimental ou desprovido de registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA⁸⁵. O CNJ também expressou, na mesma oportunidade, uma séria preocupação com a formação inicial e continuada dos juízes, orientando as escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados para que procedam a incorporação do direito sanitário nos seus cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados, bem para que desenvolvam programas de estudo voltados à preparação técnica dos julgadores para lidarem com a temática.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça também editou a Resolução nº 107, de 07 de abril de 2010, por meio da qual foi criado o Fórum Nacional de Saúde, cuja finalidade primordial é a promoção de estudos e a proposição de medidas concretas e normativas destinadas ao aperfeiçoamento de procedimentos que tenham como objetivo o monitoramento e a resolução de demandas envolvendo a assistência à saúde.

O Fórum Nacional de Saúde, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, foi o responsável pela realização de duas Jornadas de Direito da Saúde, tendo a primeira delas ocorrido entre os dias 14 e 15 de maio de 2014, enquanto a segunda foi realizada no período compreendido entre 18 e 19 de maio de 2015. Tais eventos foram realizados com a finalidade de reunir profissionais dos mais diversos segmentos da sociedade que lidam com o tema envolvendo a saúde, a fim de discutir caminhos para a atuação do Judiciário nessa seara, sendo elaborado, ao final de cada evento, enunciados interpretativos com a finalidade de orientar os magistrados em suas decisões.

Durante a I Jornada de Direito da Saúde foram aprovados 45 enunciados de orientação segmentados entre as áreas de saúde pública, saúde suplementar e biodireito. Já na II Jornada

⁸⁴ Recomendação nº 31 – CNJ, de 30/03/2010, art. 1º, b.1.

⁸⁵ A possibilidade de deferimento de medida judicial determinado ao poder público o custeio de medicamento desprovido de registro junto à ANVISA será objeto de apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, que se encontra com repercussão geral reconhecida e atualmente está sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

de Direito da Saúde foram aprovados 23 enunciados observando a divisão entre as mesmas áreas.

Os enunciados produzidos durante as duas Jornadas de Direito da Saúde promovidas pelo Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça demonstram uma maior preocupação com a observância dos procedimentos terapêuticos padronizados pelo Sistema Único de Saúde, indicando que a superação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PDCTs precisa ser vista como medida excepcional, impondo ao requerente o ônus de comprovar a evidência científica de eficácia do produto almejado, bem como a inexistência, impropriedade ou inefetividade de eventual procedimento terapêutico já padronizado pelo SUS⁸⁶.

Houve a preocupação também em orientar os magistrados a respeito da importância da prévia oitiva dos gestores do Sistema Único de Saúde antes do deferimento de eventual ordem judicial determinando a concessão de assistência terapêutica⁸⁷, bem como se buscou levar em conta a importância do respeito às regras de repartição de atribuições no âmbito do SUS⁸⁸, não obstante a pacífica jurisprudência consolidada no sentido de existência de solidariedade entre os entes federados para responderem às demandas envolvendo o direito à saúde, consoante já se ressaltou.

Outro ponto que restou bem delineado foi a inadequação do fornecimento de medicamentos ou tratamentos experimentais por meio de ordem judicial⁸⁹, assim como a redobrada cautela que os magistrados devem adotar ao conceder produto farmacêutico desprovido de registro junto à ANVISA⁹⁰.

Medida importante adotada pelo Conselho Nacional de Justiça e que merece menção quando se avalia a atuação daquele órgão do Poder Judiciário é a sua recomendação aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais para que promovam a especialização de varas

⁸⁶ Enunciado 16: Nas demandas que visam acesso a ações e serviços de saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

⁸⁷ Enunciado 13: Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

⁸⁸ Enunciado 08: Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

⁸⁹ Enunciado 09: As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

⁹⁰ Enunciado 50: Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso *off label*.

com competência exclusiva para apreciação de demandas envolvendo a saúde pública⁹¹. Com isso, busca-se formar um quadro de juízes especializados em matéria sanitária, capacitados tecnicamente para observar as peculiaridades normativas e gerenciais do SUS, superando o quadro de decisões genéricas, produzidas com base em interpretações vagas do texto constitucional, sem a devida apreciação da própria conjuntura de funcionamento do sistema de saúde desenhado pela Constituição.

Impõe-se, ainda, o destaque, quando se analisa o esforço do Conselho Nacional de Justiça em produzir parâmetros objetivos capazes de nortear os magistrados brasileiros na apreciação de demandas envolvendo o direito à saúde, ao estímulo que vem sendo concedido à instalação de câmaras técnicas formada por profissionais de saúde, cuja finalidade precípua é fornecer suporte técnico para que os juízes possam decidir, com mais segurança, as demandas envolvendo assistência terapêutica.

A instalação de câmaras técnicas de saúde ganhou impulso após a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011. Por meio dela, que levou em conta o elevado número de demandas em trâmite no Poder Judiciário em desfavor de planos privados de saúde, o CNJ recomendou aos tribunais a viabilização de convênios com outros órgãos públicos voltados à disponibilização de apoio técnico, mediante o fornecimento de médicos, farmacêuticos e outros profissionais de saúde, a fim de municiar os juízes com informações capazes de lhes auxiliar nas lides envolvendo a saúde suplementar.

No entanto, as câmaras técnicas de saúde implantadas em diversos estados da federação, em especial no Nordeste⁹², têm focado principalmente na oferta de apoio técnico aos magistrados na apreciação de demandas propostas em busca de assistência terapêutica a ser viabilizada pelo sistema público de saúde. Ressalte-se, inclusive, que a motivação principal dos gestores em fornecer profissionais para a composição dessas câmaras é estimular a construção de um mecanismo capaz de trazer alguma racionalidade ao ambiente de proliferação de demandas individuais em busca de assistência terapêutica custeada pelo SUS.

Embora as câmaras técnicas sejam instrumentos importantes no auxílio dos magistrados na apreciação de demandas em que se reclama medicamentos, próteses, órteses ou qualquer outro tipo de assistência terapêutica a ser custeada pelo SUS – e aqui se acentua a atuação delas

⁹¹ Trata-se da recomendação nº 43-CNJ, de 20 de agosto de 2013.

⁹² O Estado da Paraíba, por exemplo, desde o ano de 2013, dispõe de uma Câmara Técnica de Saúde, viabilizada mediante Convênio firmado entre o Tribunal de Justiça da Paraíba, o Governo do Estado e o Município de João Pessoa. Esta Câmara, composta por dois médicos, quatro farmacêuticos e dois nutricionistas ainda atua de forma limitada, prestando auxílio, apenas, aos juízes que atuam na capital do Estado. Outros estados do Nordeste também vêm implantando as suas câmaras técnicas, a exemplo do Rio Grande do Norte que possui tal estrutura de suporte desde o mês de agosto de 2015, operando junto a Seção local da Justiça Federal.

focada, apenas, na saúde pública, uma vez que elas também podem atuar no suporte técnico para decisões em demandas promovidas por usuários de planos privados de saúde – não se enxerga tais mecanismo de apoio como um porto seguro capaz de conter os problemas decorrentes da intervenção judicial nas políticas de saúde pública.

Isso porque as câmaras ou núcleos técnicos de saúde, quando emitem pareceres para subsidiar a decisão de magistrados, levam em consideração, como não poderia deixar de ser, apenas a adequação ou não do produto demandado pelo paciente para a moléstia que o acomete e se o SUS já propicia ou não procedimento alternativo capaz de atender ao demandante. Por meio delas, não se resolve as dificuldades geradas para o sistema público de saúde, quando ele é compelido a fornecer um medicamento ou tratamento não contemplado previamente em suas políticas de atendimento à população.

Nesse ponto, cabe destacar que o grande problema da judicialização da saúde não se circunscreve à implementação de políticas de assistência sanitária já em execução ou previstas em orçamento. Em relação a elas, caso haja deficiência no atendimento da população, não se enxerga maiores problemas em que o Judiciário intervenha para assegurar a sua implementação, uma vez que ele estaria agindo, apenas, para assegurar a concessão de assistência no âmbito de uma política pública já devidamente normatizada e planejada.

A maior dificuldade quando se discute a intervenção judicial diz respeito a imposição ao sistema público de saúde de custear o fornecimento de uma prestação para a qual ele não se planejou e nem dispõe de recursos previamente alocados para essa finalidade. Isso ocorre, por exemplo, quando o litigante reclama um medicamento ou tratamento ainda não contemplado pelo SUS, o que implica, por consequência, que não haverá suporte orçamentário para fazer frente aos seus custos. Em tais casos, a outorga da prestação reclamada implicará, necessariamente, um remanejamento de recursos orçamentários que já haviam anteriormente sido delimitados para o custeio de outras ações de saúde e que ficarão prejudicadas ou precisarão mesmo ser extintas, com prejuízo para os seus potenciais beneficiários.

Com relação a esse cenário, as câmaras técnicas de saúde poderão, no máximo, prover o juiz de informações a respeito da inexistência do tratamento ou medicamento abarcado por alguma política pública de saúde embora ele possa, em tese, ser adequado ao paciente. Subsistirá, ainda, o problema envolvendo a obrigação ou não do sistema público de saúde de custear o tratamento almejado pelo indivíduo, ainda que o SUS não tenha recursos financeiros previamente disponíveis para isso.

Assim, embora as câmaras de saúde sejam importantes instrumentos de esclarecimento técnico para os juízes, o problema da intervenção judicial voltada à tutela do direito individual

à saúde - visto como absoluto por parte considerável da doutrina e da jurisprudência dominante - permanece insolúvel, o que impõe a busca de outros mecanismos cuja aceitação reclama, necessariamente, desconstruir essa visão de que a busca pelo restabelecimento da saúde do indivíduo não se submete a qualquer ponderação financeira.

A atuação do Conselho Nacional de Justiça, como se constata, busca trazer um pouco de racionalidade ao quadro de intervenção crescente do Poder Judiciário no gerenciamento da saúde pública no Brasil, mitigando os seus efeitos sobre o planejamento de ações de responsabilidade dos gestores do SUS - que acaba sendo comprometido pela necessidade de cumprimento de ordens judiciais inesperadas - cujo número e volume de recursos necessários para o atendimento é de difícil ou impossível previsão no orçamento anual de cada ente federado.

No entanto, os enunciados produzidos no âmbito do Fórum Nacional de Saúde não sinalizam para uma tendência de superação de medidas que se mostram inadequadas, dentre as quais se destaca a possibilidade de uma ordem judicial impor o fornecimento de medicamentos não aprovados pelo órgão de fiscalização nacional competente, o que viabiliza a manutenção de um quadro no qual a necessidade de uma determinada terapia, por exemplo, sem registro na ANVISA, pode ser comprovada mediante a emissão de relatórios médicos, cujo substrato fundamental seria a comprovação de que a assistência terapêutica requerida encontra respaldo em evidências científicas consistentes.

Possibilitar que um relatório médico, por mais detalhado que possa parecer, seja hábil para substituir as conclusões do órgão administrativo responsável por deferir ou não o registro de novos medicamentos é, no mínimo, bastante temerário. Conforme foi explicado pelo então Diretor Presidente da ANVISA Dirceu Raposo de Mello durante a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir a judicialização da saúde⁹³, o procedimento de registro de novos medicamentos segue uma sistemática bastante complexa, que avalia desde o resultado das pesquisas realizadas para aferir a segurança e eficácia do medicamento, passando pela análise de seu aspecto inovador ou não em face de outras drogas já existentes, abarcando também os parâmetros a serem observados na comercialização e estabelecimento das faixas de

⁹³ Considerações apresentadas pelo Diretor Presidente da ANVISA Sr. Dirceu Raposo de Mello durante a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf. Acesso em: 06 out. 2015.

preço do produto⁹⁴. Nesse cenário, é impossível esperar que um simples relatório médico atenda a essas exigências.

Assim, reputa-se insubstituível a avaliação técnica da ANVISA para efeitos de outorga de assistência terapêutica, inclusive por exigência do artigo 12, da Lei nº 6.360, de 26 de setembro de 1976.

Portanto, embora o CNJ tenha avançado bastante na fixação de critérios razoáveis para nortear a intervenção judicial no sistema público de saúde, as conclusões alcançadas no âmbito do Fórum Nacional de Saúde ainda sinalizam para a possibilidade de deferimento de drogas não registradas na ANVISA, sendo desconsiderado que, sem tal registro, o juiz estará diante do pleito de concessão de um produto ilegal no Brasil, cuja circulação comercial não é possível.

É preciso abandonar os discursos emocionais que cercam o tema, não permitindo que o legítimo anseio de pacientes e de seus familiares em busca de esperança para a superação de moléstias contamine as discussões envolvendo a judicialização da saúde. Somente isso viabilizará que orientações seguras e claras sejam produzidas, trazendo real objetividade e racionalidade para esse tema.

4.3 DISPARIDADES PRODUZIDAS NO ACESSO À SAÚDE PELA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

As consequências de uma medida de realocação de recursos determinada judicialmente para atender a um demandante específico não é um ponto que causa preocupação quando se sustenta que a assistência integral à saúde, garantida pela Constituição Federal de 1988, abarca o acesso a qualquer perspectiva de cura ou garantia de sobrevida que a medicina possa prometer.

Mas, como já foi ressaltado ao longo deste trabalho, o direito à saúde possui custos e, por serem elevados, não podem ser desconsiderados quando se aprecia a problemática da judicialização do tema. Não se pode falar em garantia de acesso ilimitado a um direito quando esse mesmo discurso não alcança as fontes de financiamento do Estado. Não se conhece quem

⁹⁴ Chieffi e Barata (2010, p. 428) explicam que, após a concessão do registro do medicamento pela ANVISA, “[...], é necessária ainda a aprovação do preço de comercialização pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), órgão da Anvisa. Somente após registro do preço na Cmed é permitida a comercialização do medicamento no mercado nacional. O intervalo entre o registro do medicamento e o registro do preço dá às indústrias a possibilidade de comercialização via demanda judicial com a possibilidade de praticar o preço estabelecido por elas, uma vez que esses medicamentos não têm similares, sendo produzidos por um único laboratório. Ajuizada uma ação, os gestores do SUS são obrigados a compra-los por meio de importação, sem nenhuma possibilidade de negociação de preços.”

defenda que a tributação pode ser ilimitada e todos os recursos financeiros da sociedade passíveis incorporação pelo Estado como forma de assegurar direitos “absolutos” previstos na Constituição. É por isso que Holmes e Sunstein (1999, p. 97), denunciam como um mero artifício retórico o discurso que sinaliza a existência de direitos absolutos, uma vez que na visão deles nada que demande recursos financeiros pode ser considerado absoluto.

Amaral (2010, p. 179) enfatiza o quanto é contraditória a defesa da existência de direitos a prestações ilimitadas, sem a contrapartida de uma tributação sem limites. Em suas palavras:

[...], afirmar que alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas aos que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores públicos aos seus vencimentos.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que a tributação, principal e quase exclusiva fonte de financiamento do Estado, não é ilimitada, não há como se defender, por consequência, a existência de um direito assegurado constitucionalmente - ainda que tão importante como a saúde - sem qualquer limitação em termos de assistência terapêutica a ser concedida ao indivíduo.

É preciso também voltar a atenção para o fato de que os recursos arrecadados pelo Estado possuem outras destinações além do custeio dos serviços de saúde pública. O que é arrecadado precisa atender também outras demandas da população como por exemplo, serviços de segurança, educação, assistência social, custeio da máquina pública e diversos outros direitos que também gozam de assento constitucional e são tão importantes para a população quanto um adequado sistema público de saúde.

Considerando que a capacidade contributiva da sociedade é limitada e que sobre o Estado incidem outras inúmeras responsabilidades que demandam custeio com os recursos que ele arrecada, dentre os quais a saúde é apenas um deles, é evidente que um quadro de escassez de recursos existirá, impondo ao administrador público a realização de escolhas alocativas que implicarão, não raras vezes, a frustração de expectativas de atendimento de um ou alguns indivíduos como forma de assegurar, com os recursos disponíveis, o atendimento de uma parcela maior da população.

Por isso, quando se fala em escassez de recursos no âmbito deste trabalho, tem-se como pressuposto que as expectativas individuais de acesso a prestações a serem conferidas pelo Estado são ilimitadas e tendem ao incremento, em especial quando se lida com um segmento

cuja evolução em termos de conhecimento e inovação tecnológica é bastante acentuado como a saúde, enquanto os recursos financeiros de que o Estado dispõe para o custeio das demandas por assistência sanitária são limitados, o que imporá ao gestor, em determinado momento, promover escolhas, a fim de assegurar atendimento igualitário em favor da maior parcela possível da população.

É por isso que Amaral (2010, p. 102) lembra que:

A escassez de recursos, a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas. Certamente na quase totalidade dos países não se conseguiu colocar todos dentro de um padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez quanto ao mínimo existencial uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente.

Nessa mesma linha de argumentação, Duarte (2011, p. 146) destaca o seguinte:

O esgotamento dos recursos disponíveis ou da capacidade das instituições, portanto, abre caminho para o Estado realizar menos do que estaria obrigado ou daquilo que é esperado e desejável. Desconsiderar, sem mais, tais limitações, é dar razão ao pretexto de que os direitos a prestações em sentido estrito seriam uma das origens da alegada ‘ingovernabilidade’ do Estado Social.

Como lida com recursos financeiros limitados, impõe-se ao administrador público fazer escolhas em relação às políticas de governo que custeará. Quando se depara com a questão referente à saúde, é evidente não ser possível garantir a concessão de qualquer tratamento ou medicamento que venha a ser pleiteado individualmente.

Quando se depara com os pleitos de assistência terapêutica - em especial envolvendo medicamentos ou tratamentos não incorporados pelo SUS, mas considerados pelo médico do paciente como essenciais para a restauração da sua saúde ou para a garantia de uma maior sobrevida - o Judiciário enfrenta um dilema no qual o caminho mais fácil será o deferimento da medida reclamada, principalmente levando em conta o forte apelo emocional que normalmente envolve as demandas dessa natureza.

Avaliando apenas o caso que lhe é trazido a julgamento, o juiz facilmente tende a acolher o pedido, pois os indivíduos invisíveis que serão prejudicados por uma realocação não planejada dos recursos destinados à saúde, a fim de que o gestor possa dar cumprimento à ordem judicial, não aparecem no processo individual e o juiz, que não enxerga o sofrimento dos que deixaram de ser atendidos ou foram eventualmente prejudicados por sua decisão, fica com a consciência tranquila.

Considerando o ambiente de microjustiça produzido pela demanda judicial em que, individualmente, defere-se tratamentos ou medicamentos cujo custeio não se encontrava previsto no orçamento do sistema público de saúde, Amaral (2010, p. 80-81), faz o seguinte comentário:

Diante de um quadro como esse [necessidade de escolha entre indivíduos elegíveis para determinado tratamento], a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados’.

A atuação do Judiciário nas demandas individuais de saúde não vem trazendo equidade ao sistema. Isso porque, a mesma decisão judicial que contempla o apelo desesperado de um demandante, não é capaz de produzir novos recursos financeiros para serem incorporados ao orçamento da saúde.

Com esse cenário, o gestor se verá obrigatoriamente pressionado a deixar de executar alguma ação de saúde que já se encontrava prevista para atender a ordem judicial. Não haverá uma suplementação de recursos para assegurar a manutenção da ação de saúde que restou prejudicada com o atendimento da ordem judicial. Os recursos terão que sair, necessariamente, daquela previsão anual que já se encontrava em vigor. A decisão judicial não injeta “dinheiro novo” na saúde. Ela somente provoca remanejamentos, sem qualquer planejamento ou metas a serem atendidas, a não ser a garantia do inalienável direito do cidadão que foi ao Judiciário, para cuja manutenção da vida não pode faltar recursos financeiros, ainda que outros venham a perecer para que isso seja garantido.

O argumento de que a intervenção do Judiciário na concretização de políticas públicas de saúde, por meio de demandas individuais, não impõe a escolha entre quem será atendido e quem não o será - o que Queiroz (2011, p. 185), denominou como “escolha de Sofia” – carece de consistência. A judicialização da saúde vem impondo rotineiramente escolhas drásticas aos gestores do SUS que, diante da falta de recursos são obrigados a deixar de executar programas já planejados e que atenderiam a um número acentuado de indivíduos, a fim de privilegiar o interesse isolado de um cidadão específico.

Analisando os efeitos da judicialização da saúde na Argentina e comparando-os com o quadro que vem se desenhando no Brasil, Bergallo (2011, p. 44), chega à conclusão de que o

fenômeno traz mais dificuldades do que soluções para o sistema de saúde custeado pelo Estado. Segundo ela, “In other words, judicialization may be exacerbating problems rather than remedying them⁹⁵”.

A atuação do Judiciário tem consequências gerenciais sérias para o SUS. A cada ordem judicial que é expedida, uma realocação de recursos já previamente destinados à saúde precisa ser levada a cabo pelo gestor. Com isso, por exemplo, um projeto de ampliação do número de leitos destinados à Unidade de Terapia Intensiva de uma unidade de saúde pode precisar ser cancelado ou revisto, deixando inúmeras vidas a perecer porque o gestor se viu diante de uma ordem judicial que assegurou a um certo paciente a submissão a um tratamento de “ponta” no exterior, que promete curar ou assegurar uma melhor qualidade de vida para um portador de uma moléstia rara.

Assim, enquanto aquele cidadão e seus familiares vão para um centro médico fora do país em busca de uma esperança que, não raras vezes se mostra falaciosa, dezenas de pessoas que poderiam ter a sua vida salva se tivessem acesso a um leito de UTI no momento devido terão as suas vidas perdidas simplesmente porque não se encontram protegidas pelo manto salvador do Poder Judiciário.

É por isso que Machado (2010, p.123), faz a seguinte advertência:

O magistrado precisa ter a percepção de que quando defere uma liminar, determinando que o poder público arque com tratamento de altíssimo custo ou forneça novo medicamento, ambos ainda não integrados aos protocolos clínicos do SUS, estará alterando a alocação de recursos em prol daquele único cidadão, o que, na maioria das vezes, se dará em prejuízo da coletividade, que será alijada de verbas que deveriam ser distribuídas com observância da igualdade.

O modelo de assistência à saúde produzido pela intervenção judicial da forma como vem se desenvolvendo no Brasil, tem se mostrado eficiente apenas na introdução de maiores discrepâncias e iniquidades dentro do sistema público de saúde. Ele vem produzindo, apenas, aquilo que Ferraz e Wang (2014, s.p) denominaram como “as duas portas do SUS”. Nas palavras deles,

A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao Judiciário, para quem a vida não tem preço e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população que, inevitavelmente tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficiam aqueles que entram pela outra porta.

⁹⁵ Tradução livre: “Em outras palavras, a judicialização pode mais aprofundar do que remediar problemas”.

De um lado, assegura-se assistência terapêutica, muitas vezes com custos bastante elevados em favor de quem busca socorro junto ao Poder Judiciário. De outro, remanesce o restante da população que depende do SUS e vê os já escassos recursos destinados à saúde deslocados para o atendimento de alguém que, talvez, somente tenha procurado assistência junto ao SUS quando o tratamento ou medicamento que lhe foi receitado por seu médico particular não encontrou cobertura no seu plano de saúde ou possui um valor financeiro muito elevado para ser custeado pela renda do paciente ou de sua família.

Chieffi e Barata (2009, p. 1848) se posicionam nos seguintes termos a respeito do problema:

A despeito das intenções de arbitragem de problemas sociais e de defesa dos interesses dos indivíduos diante do poder do Estado, a interferência do Judiciário acaba por atender aos indivíduos que por sua inclusão social já se encontram em posição privilegiada, reforçando ainda mais as desigualdades sociais no campo da saúde. A interpretação dos direitos sociais apenas na dimensão individual, desconsiderando a dimensão coletiva, não permite considerar o problema em todas as suas dimensões e em toda a sua complexidade, o que resulta em medidas que em vez de promoverem a justiça social acabam prolongando indefinidamente a imensa dívida social com a parcela mais vulnerável da população.

É preciso, portanto, que os juízes avaliem em sua complexidade os problemas desencadeados pela intervenção judicial nas políticas públicas de saúde. Não se faz justiça e não se concretiza um direito constitucional como a saúde no varejo, apreciando casos individualizados e muitas vezes fomentando privilégios dentro do sistema público de saúde.

Além disso, não pode ser desconsiderado os interesses financeiros de grandes laboratórios farmacêuticos e instituições privadas de saúde. Muitas vezes, aquilo que é oferecido ao paciente como uma inovação e que o leva a buscar o socorro no Judiciário é, na verdade, uma mera modificação na fórmula de medicamento ou droga já existente no mercado e cuja eficácia terapêutica, quando comparada com produtos de menor custo e já disponibilizados pelo SUS, é nenhuma, consoante denunciou o então Diretor Presidente da ANVISA, Sr. Dirceu Raposo de Mello, durante sua exposição oral na Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, convocada para discutir a problemática da judicialização da saúde, a que já se fez referência anteriormente.

O que parece transparecer para o juiz como uma decisão heroica, que irá salvar a vida de um indivíduo ou pelo menos lhe conceder esperança de prolongar um pouco os seus dias de jornada sobre a terra, na verdade pode representar o perecimento de muitas outras pessoas sem rosto, invisíveis no processo judicial que chegou à sua mesa, mas que sentirão, da forma mais cruel possível, os efeitos daquele suposto ato de heroísmo do magistrado que, com o seu elevado

senso de justiça, pensa estar garantindo a implementação de um direito a prestação originária de assistência à saúde, extraído diretamente do texto da Constituição Federal, quando, na verdade, encontra-se agindo para aniquilar esse mesmo direito⁹⁶.

A decisão judicial não produz o milagre da multiplicação dos recursos financeiros da saúde pública. É preciso que o magistrado esteja bem consciente dessa realidade. A justiça que ele pensa estar a produzir no caso concreto pode, na verdade, representar o aprofundamento de um quadro de iniquidades que somente pode ser sanado se o sistema de saúde for visto em sua totalidade, o que não é viável em sede de demandas individuais. Isso ocorre porque o juiz, diante de um caso particular, não tem como avaliar a gravidade dele sem ter o conhecimento de todas as inúmeras situações que não foram levadas à sua apreciação.

A suposta justiça que se produz pela atuação judicial num caso concreto pode ser facilmente questionada quando se procura avaliar, de forma global, o sistema público de saúde, no qual inúmeras outras pessoas também aguardam atendimento. O pleito de um procedimento diagnóstico levado ao Judiciário como urgente pode, na verdade, não demandar tamanha celeridade, quando comparado ao caso de alguém, com a saúde mais debilitada e que se verá, pela mão interventora de um juiz que autorizou o desrespeito da fila de espera pelo procedimento, obrigado a aguardar um tempo maior do que o permitido pelas forças vitais que ainda lhe restam.

Somente quando se considera todos os casos globalmente é que se tem condições de avaliar as urgências e necessidades de cada paciente e isso um juiz, diante de uma demanda individualizada, jamais terá condições de fazer. Apenas o gestor público, com a visão macro dos recursos de que dispõe, pode elencar os serviços que o sistema público de saúde tem condições de oferecer e, no tocante a políticas de saúde pública já em execução, apenas ele pode definir quais os casos devem ser atendidos com prioridade em relação aos demais.

É por isso que Holmes e Sunstein (1999, p. 95) fazem o seguinte questionamento: “Faced with a particularly pressing problem, how can a judge measure its urgency compared to that of other social problems competing for governmental attention, and about which he knows virtually nothing?”⁹⁷.

⁹⁶ Duarte (2011, p. 133) explica a diferença entre direitos originários e derivados a prestações. Em suas palavras: “[...], a diferença entre direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações assenta-se no fato de os primeiros serem compostos de posições jurídicas que podem ser extraídas direta e autonomamente das normas constitucionais proclamadoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de prévia mediação legislativa, ao passo que os direitos derivados a prestações estão condicionados a uma anterior atuação legislativa propiciadora de um conjunto de prestações, em relação às quais deve ser assegurado o direito de igual acesso.”

⁹⁷ Tradução livre: “Confrontado com um problema específico, de que forma o juiz pode mensurar a sua urgência quando comparada com outros problemas sociais que também reclamam atenção governamental, em relação aos quais ele não tem nenhum conhecimento?”

Frente a esse contexto, é fundamental que os juízes procurem conhecer SUS de forma global, com suas virtudes e limitações, para que não venham a merecer censura similar a que Posner (1995, p. 208) endereçou aos advogados americanos que se preocupam apenas em conhecer precedentes judiciais, desprezando uma avaliação do complexo sistema político, social e econômico vinculado aos casos levados a julgamento⁹⁸.

A atuação do Judiciário por meio demandas individuais também viola frontalmente dois fundamentos constitucionais do direito à saúde assegurado no artigo 196 da Constituição Federal, quais sejam, a universalidade e a igualdade no acesso às ações e serviços de saúde pública.

Isso porque, em demandas fragmentadas voltadas a concessão de assistência terapêutica cujo custeio pelo SUS não era previsto, privilegia-se um indivíduo em relação aos demais, haja vista que como o tratamento ou medicamento assegurado ao paciente não será concedido a todos os outros que se encontram em situação similar, os recursos públicos da saúde estarão sendo utilizados para atender a um beneficiário específico, em detrimento do acesso universal e em condições de igualdade que deveria ser observado em face de todos os usuários.

É importante considerar, como lembrou a Ministra Ellen Gracie, quando do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 91-1/AL, que “o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo.” Ora, com uma decisão individualizada, o Judiciário não beneficia a população de forma global, mas apenas o indivíduo que buscou amparo judicial. Assim, o acesso universal e em condições de igualdade àquele serviço que a ordem judicial assegurou não existirá, ensejando uma afronta ao dispositivo constitucional que o juiz pensa estar resguardando com a sua decisão.

Por tudo isso, é tempo desmistificar o argumento de que a intervenção judicial na concretização de políticas públicas de saúde traz somente benefícios para o sistema. Ao contrário, quando se avalia os seus efeitos de forma ampliada, constata-se facilmente que esse ativismo judicial no âmbito da saúde pública mais gera iniquidades e desconstrói o sistema do que lhe traz benefícios. Assim, a suposta concretização do acesso à saúde pelo atuar judicial caminha, na verdade, a passos largos, para inviabilização do direito.

⁹⁸ De acordo com Posner, “[...], constitutional lawyers know little about their proper subject matter – a complex of political, social and economical phenomena. They know only cases. An exclusive diet of Supreme Court opinions is a recipe intellectual malnutrition”. Em tradução livre: “[...], advogados constitucionalistas sabem muito pouco a respeito do seu próprio objeto de atuação – um complexo de fenômenos políticos, sociais e econômicos. Eles conhecem somente precedentes. Uma dieta exclusiva de posicionamentos da Suprema Corte é uma receita de desnutrição intelectual.”

4.4 O JUIZ, O CASO CONCRETO E A EMOÇÃO: COMO LIDAR COM ESSAS VARIÁVEIS?

O drama do paciente levado ao conhecimento do Poder Judiciário de forma individualizada, torna difícil ao julgador apreciar, com isenção, os efeitos da decisão que irá proferir. A carga emocional que envolve tais processos é bastante acentuada. Ali se encontra um juiz que, como ser humano, sente-se envolvido pelo sofrimento que a situação representa e não deseja ser tomado como partícipe de um eventual desfecho trágico que se posta como uma das possibilidades factíveis no horizonte do enfermo.

Nos casos envolvendo a tutela do direito à saúde, em especial nas situações extremas, é normal que o juiz aja emocionalmente. Como não dispõe de conhecimentos técnicos e geralmente é apresentado pelo demandante um relatório médico que sinaliza como única alternativa de cura ou de sobrevida para o paciente o tratamento ou medicamento indicado, o juiz não costuma considerar os custos, muitas vezes acentuados, do procedimento médico requerido e tende a deferir a antecipação de tutela, tratando o direito à saúde de forma absoluta. Quando confrontado com o lado financeiro desse direito erigido ao patamar de absoluto em sua decisão, costuma se valer de argumentos estereotipados, como a existência de corrupção endêmica na gestão dos recursos estatais, aplicação de verbas em atividades que considera não essenciais como propaganda governamental e outras similares.

A tranquilidade de consciência que o juiz pensa obter ao encampar uma tese de defesa do direito à saúde que desconsidere os seus custos, é falsa. Os recursos financeiros do Estado não são infinitos e a capacidade contributiva dos cidadãos é limitada. Logo, é evidente que não há a possibilidade real do Estado acompanhar integralmente os avanços da medicina, garantindo a todos, indistintamente, o acesso a qualquer medicamento ou tratamento.

A decisão do juiz que pensa estar assegurando a vida daquele paciente, cujo drama chegou ao seu conhecimento por meio de uma demanda individual, pode significar a morte de diversos outros anônimos que perecerão porque os recursos que poderiam lhe ter salvo as vidas foram utilizados, muitas vezes, para custear uma aventura experimental destinada, supostamente, a garantir a vida de uma pessoa específica.

As demandas judiciais envolvendo o direito à saúde também precisam ser avaliadas sob um outro ângulo: a rejeição da morte como um processo natural no desenrolar da vida humana. A morte parece não ser vista como parte integrante do processo normal do existir e sim como um intruso que reclama o mais intransigente combate. Para postergá-la - uma vez que uma

vitória sobre ela ainda continua sendo impossível - vale lançar mão de qualquer promessa que a medicina - acompanhada de uma indústria farmacêutica sedenta por vultosos lucros - traga para o paciente ou sua família, ainda que isso represente sofrimentos terríveis, especialmente para pacientes terminais, que veem uma existência dolorosa sendo prolongada, muitas vezes contra a sua vontade.

Blanco (1997, p. 63-76) acentua que a morte deixou de ser vista como a finalização do processo natural de existência, assumindo, culturalmente, a figura de inimiga a ser combatida pelos médicos sem trégua ou limites. Acrescenta, ainda, que falta aos profissionais de saúde uma educação sólida a respeito da ocorrência da morte como um fenômeno natural, integrante do processo de existir. Isso tem levado, segundo ele, a um quadro de utilização da tecnologia médica em situações que não trazem qualquer alento para o enfermo, a não ser a postergação de uma morte inevitável. Por isso, defende ser necessário que os profissionais de saúde deixem de encarar a morte como uma inimiga, passando a enxergá-la como o encerrar natural de uma existência.

As tentativas de prolongamento da vida têm custo elevado para o sistema público de saúde. Não raras vezes, pacientes terminais acometidos por moléstias graves como o câncer buscam junto ao Poder Judiciário o acesso a drogas de custos elevados, sem qualquer comprovação de eficácia real, baseados apenas em promessas, algumas delas oriundas de profissionais inescrupulosos a serviço de gananciosos laboratórios farmacêuticos. Por mais que seja justificável esse ato de desespero dos pacientes ou de seus familiares, o juiz precisa ser consciente de que sua decisão pode comprometer a funcionalidade do SUS, prejudicando pacientes com perspectivas reais de cura e que deixarão de ter assistência médica adequada porque os recursos que poderiam ser utilizados para isso foram remanejados para o custeio de uma aventura médica.

Rosa (2010, p. 55) faz referência às dificuldades do juiz que leva em consideração as implicações financeiras de suas decisões envolvendo o direito à saúde. Segundo ele,

Resistir a este movimento de satisfação de todas as demandas [envolvendo saúde], todavia, é ir contra a maré das 'Almas Belas' (Zizek), de gente que em nome do politicamente correto, da aceitação das ditas evoluções sociais, aceita deferir toda-e-qualquer-pretensão para não pousar de reacionário, totalitário e conservador. Aceita o jogo do mercado, fabricando e vendendo decisões conforme a moda da estação e atendendo a todo-e-qualquer pleito.

A atuação do juiz, ao apreciar demandas envolvendo pleitos de assistência terapêutica, é bastante árdua. Existe uma forte carga emocional que acompanha demandas dessa natureza e

o magistrado é, antes de tudo, um ser humano exposto às mesmas mazelas e dores que afligem a humanidade. Ao julgar pleitos dessa natureza, ele é levado a pensar nos seus pais, filhos ou companheiros e uma pergunta inevitável vem à sua mente: e se um dos seus entes queridos estivesse naquela situação? A dor, a tristeza e toda a mescla de sentimentos nebulosos que acompanha as demandas por assistência terapêutica, mais do que em outros casos, sensibiliza de forma acentuada o julgador, sendo-lhe mais fácil aplacar as inquietações internas que lhe acometem deferindo qualquer pleito de medicamento ou tratamento que lhe é apresentado. Analisando esse quadro, Rosa (2010, p. 54), faz as seguintes considerações:

A sensação primordial de desamparo é a dor que movimenta os pleitos judiciais. Enfim, busca-se que o Estado, via Poder Judiciário, possa evitar o encontro com o inevitável. Assim, o pedido deduzido perante o Poder Judiciário é banhado por um discurso humanitário e de cumprimento do Direito Fundamental à Saúde, como se a extensão do batimento cardíaco, por máquinas, pudesse, por si, ser qualificada como ‘vida digna’. Enfim, se as práticas de ‘Distanásia’ podem ser qualificadas como uma demanda de saúde, a pergunta a ser feita é se toda e qualquer demanda pode ser satisfeita num mundo de escassez? A demanda por diminuir o sofrimento e prolongar a vida pode ser um paradoxo. Enquanto, por um lado, pretende-se que a vida seja boa, de outro lado, em qualquer circunstância - mesmo se respirando por aparelhos e sem condições de se retomar uma vida boa -, o prolongamento acaba sendo sinônimo de vida! Esta constatação atende interesses não ditos que precisam ser invocados. Diretamente: é preciso que o discurso latente se faça ouvir, a saber, uma confusão de registros, nos quais se adia, aparentemente, o encontro com a perda e o luto.

Por mais que seja difícil para o juiz resistir a carga emocional que acompanha as demandas por assistência terapêutica, é fundamental que nele esteja impregnada a consciência de que o seu ato de conceder, de forma indiscriminada, o atendimento dos pleitos que lhe são trazidos, não representa um ato de heroísmo e nem significa que ele está agido para assegurar o prolongar de uma vida, pois o seu comportamento pode representar a privação de muitos outros indivíduos necessitados de acesso a serviços de saúde pública, que deixarão de ser atendidos por falta dos recursos financeiros realocados pela decisão judicial.

Talvez o melhor antídoto para o juiz decidir com serenidade as demandas por assistência terapêutica seja o conhecimento adequado dos mecanismos de funcionamento e financiamento do SUS. Enxergando o sistema público de saúde de forma global, o magistrado perceberá que as implicações de sua decisão irão muito além daquele caso individual que lhe foi levado para apreciação.

É importante repisar mais uma vez que a gestão do sistema de saúde envolve um planejamento complexo. Com o orçamento disponível, os gestores avaliam quais os procedimentos voltados ao atendimento do maior número possível de pessoas poderão ser custeados dentro do exercício financeiro. Ações preventivas são delineadas. Procedimentos

curativos são avaliados e, após isso, chega-se à conclusão a respeito da forma mais adequada de investimento nas ações de saúde pública.

Quando o juiz, sem conhecimento do conjunto do sistema público de saúde começa a interferir na forma de alocação dos recursos disponíveis, com a finalidade de atender a pretensões individuais, ele cria dificuldades gerenciais em todo o sistema, impondo aos gestores o remanejamento de recursos para o custeio da despesa não prevista, o que pode levar à implosão de todo o planejamento anteriormente efetivado.

Com a interferência judicial por meio das demandas individualizadas voltadas à tutela do direito à saúde, a gestão dos recursos públicos alocados para assistência sanitária da população entra num contexto de casuísmo, no qual quem acessa o Poder Judiciário é privilegiado com ações de saúde que não seriam garantidas em nenhum lugar do mundo, enquanto os recursos utilizados para o atendimento dessa ordem judicial, fora de um contexto de planejamento, pode ensejar a morte de inúmeros outros indivíduos que não tiveram tal privilégio e que necessitam de terapias mais simples e eficazes.

Assim, é necessário que o juiz leve em consideração que aquele drama presente nos autos colocado para sua apreciação não é único e nem maior do que outros vivenciados por anônimos. Os casos que chegam ao Judiciário são, não raras vezes, encabeçados por incluídos socialmente, que têm acesso a bons advogados e são beneficiários de planos privados de saúde que, dada a peculiaridade do tratamento ou medicamento almejado, não são cobertos pela assistência suplementar privada. Com isso, retiram-se recursos que poderiam ser utilizados na atenção básica de saúde por anônimos que padecem miseravelmente longe da visão do julgador, para atender a um caso em particular, às vezes sem perspectivas reais de sucesso curativo.

A insistência numa proteção absoluta ao direito à saúde, tal como vem sendo sustentada pelo Judiciário brasileiro, pode contribuir para que esse direito exista apenas para poucos, em detrimento de todos os demais cidadãos que, em decorrência dos recursos insuficientes e indevidamente remanejados pelo Judiciário, não terão acesso a ações básicas de assistência à saúde.

O medo da morte, especialmente na cultura judaico-cristã, é natural e os indivíduos tendem a buscar o prolongamento de sua existência vital. Para isso, qualquer promessa médica que surja é um alento, principalmente para pacientes terminais ou portadores de moléstias incuráveis. Essas terapias tidas como inovadoras geralmente têm custos elevados e eficácia duvidosa. O juiz deve estar atento a isso e não permitir que o apelo emocional da demanda contamine o seu julgamento.

Por tudo o que se expõe, ainda que se reconheça como difícil para o juiz agir de forma isenta em face de um caso concreto em que se reclama assistência terapêutica, é fundamental que ele considere os efeitos globais de sua decisão sobre o sistema público de saúde, pois somente ao agir assim ele estará contribuindo para que o direito à saúde, com alcance universal e em condições de igualdade seja um horizonte factível e não uma quimera que se dissipa a cada decisão judicial que descontrói o planejamento do SUS e tumultua o sistema público de saúde.

4.5 PROPOSIÇÃO DE UM CAMINHO PARA A RACIONALIZAÇÃO DAS MEDIDAS INTERVENTIVAS DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A intervenção judicial, por meio de demandas individuais, conforme se expôs, não resolve os problemas do sistema público de saúde. Verificou-se que a atuação do juiz, no caso concreto, limita-se a promover um remanejamento dos recursos já existentes e que estavam vinculados ao custeio de outras ações de saúde, a fim de atender ao reclamado na demanda ajuizada. Impõe-se discutir mecanismos que verdadeiramente se prestem a trazer soluções para os problemas do SUS, viabilizando o acesso às políticas públicas de saúde de forma universal e igualitária.

O modelo que se apresenta mais adequado para assegurar o atendimento universal e igualitário aos usuários do SUS passa, necessariamente, pela padronização das ações e serviços de saúde que serão disponibilizados à população. Já se buscou demonstrar que não existe viabilidade, num cenário em que os recursos destinados ao custeio do SUS sempre serão limitados, defender o acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento que venha a ser pleiteado pelo cidadão. Dessa forma, com base nos recursos financeiros existentes e alocados no orçamento para o custeio do SUS, é importante que se defina quais serão as ações e serviços de saúde que poderão ser disponibilizados aos usuários.

Embora tenha sido alvo de críticas pelos defensores do direito à saúde como prestação a ser garantida pelo Estado de forma ilimitada, o caminho trilhado pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, parece ser acertado. Tal documento normativo, dentre outras providências, criou a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES que, segundo o seu artigo 21, “compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde”. Ao lado dela, foi instituída também a Relação Nacional

de Medicamentos Essenciais – RENAME, que abarca as drogas padronizadas indicadas para o tratamento de doenças ou agravos à saúde no âmbito do SUS, conforme se verifica do artigo 25 do diploma normativo em apreço.

Ao lado da RENAME e da RENASES, existe também os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PDCTs⁹⁹, por meio dos quais se buscou padronizar, segundo o conceito da Medicina Baseada na Evidência - que busca substrato científico consistente capaz de respaldar um determinado procedimento terapêutico - definir um modelo uniforme para o tratamento de moléstias.

As drogas objeto de custeio pelo SUS se encontram segmentadas em classes diferenciadas, que abarcam desde os medicamentos que pelo seu custo e eficácia comprovada são considerados como primeira escolha do profissional de saúde, existindo ao lado deles os medicamentos classificados como de segunda linha que, por terem valores mais elevados, somente devem ser utilizadas em caso de ineficácia ou inadequação dos medicamentos indicados como primeira escolha a ser adotada pelo profissional do SUS.

Os medicamentos classificados como de segunda linha ou de custo elevado integram uma relação própria, que agrega os medicamentos de dispensação excepcional, sujeitos a um controle mais rigoroso no tocante a sua prescrição e disponibilização aos usuários do SUS.

Os estados e municípios, dentro da autonomia gerencial e financeira de que gozam para definir suas próprias políticas públicas de saúde, podem criar relações próprias de medicamentos a serem disponibilizados para as suas populações, cujo elenco pode ser mais amplo do que a listagem nacional, que representa o referencial mínimo de medicamentos postos à disposição dos usuários do SUS.

Como já se discutiu com mais vagar ao longo deste trabalho, o SUS, normativamente, desfruta de uma padronização no Brasil que se reputa como indispensável para assegurar o acesso universal e em condições de igualdade a todos os seus usuários dos serviços que oferece. Por outro lado, todas as medidas que o Judiciário vem adotando desde a realização da Audiência Pública de Saúde pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, passando pelas ações promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, não trazem racionalidade ao modelo de intervenção judicial que vem sendo adotado no Brasil.

⁹⁹ De acordo com o artigo 19-N, II, da Lei nº 8.080/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.401/2011, entende-se por protocolo clínico e diretriz terapêutica o “documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; a posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.”

Isso ocorre porque, não obstante se tenha procurado privilegiar as medidas de padronização do SUS, continuou sendo apontado para os juízes que, diante das peculiaridades do caso concreto - o que envolve a comprovação da ineficácia do procedimento terapêutico padronizado - o juiz poderá obrigar o poder público a custear ação de saúde ainda não incorporada ao sistema público de saúde, o que pode englobar drogas sem registro na ANVISA, tratamentos no exterior e outras medidas casuísticas que vem sendo impostas pelos juízes de primeiro grau e referendadas pelas instâncias superiores do Poder Judiciário.

O cerne da questão é que parece não haver ainda sido devidamente enfrentado reside na impossibilidade de racionalizar a intervenção do Poder Judiciário, de forma a não trazer prejuízos gerenciais para o SUS, sem um rompimento claro com os critérios da microjustiça. Não há como ser evitada a violação da universalidade de acesso, prevista no artigo 196 da Constituição Federal, enquanto esse problema não for enfrentado sem preconceitos e com serenidade.

Portanto, a primeira baliza que ora se defende é que o Poder Judiciário não deve, em demanda individual, determinar o custeio pelo SUS de qualquer medida de assistência terapêutica que não conste das relações padronizadas do sistema público de saúde. Isso é fundamental para que se assegure o acesso universal à assistência à saúde garantida pela Constituição Federal, sem espaço para privilégios. A respeito desse ponto, Barroso (2008, p. 31) fez as seguintes considerações:

[...], o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a *políticas públicas e econômicas*, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente do seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos (itálico no original).

A atuação judicial no âmbito das demandas individuais deve se voltar à garantia de acesso às políticas de saúde que já foram devidamente planejadas e padronizadas pelos gestores do SUS, de modo que o Poder Judiciário, ao agir para assegurar a implementação concreta de uma ação de saúde já incorporada ao sistema público, terá a sua atuação focada em garantir o acesso a uma política governamental já concretizada, agindo somente para viabilizar a sua entrega ao usuário em caso de omissão do poder público.

A imposição do custeio de assistência terapêutica ainda não incorporada ao SUS, independente da justificativa vinculada a excepcionalidade da atuação, viola a garantia de

acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde pública. Isso porque o Judiciário, ao assegurar a determinado indivíduo o usufruto de assistência terapêutica ainda não disponibilizada globalmente pelo SUS, estará atuando como um fomentador de privilégios e não como um concretizador de direitos, pois proporcionará o acesso a um tratamento ou medicamento do qual os demais usuários que não propuserem uma demanda judicial ficarão privados.

Assim, em demandas individuais, entende-se que a atuação judicial somente pode ocorrer, de forma legítima, para assegurar o usufruto de uma política de saúde já padronizada, desde que esteja ocorrendo omissão estatal em disponibilizá-la ao cidadão. Com isso, por exemplo, se um determinado medicamento já consta da lista de dispensação gratuita do SUS, não é possível ao gestor se omitir em entregá-lo ao usuário que venha a dele necessitar, invocando argumentos como a ausência de recursos, uma vez que se a política pública existe, é responsabilidade do administrador público adotar as medidas necessárias ao seu custeio, pois a formatação dela tem como consectário indispensável a reserva dos recursos financeiros necessários à sua concretização.

Por outro lado, qualquer medicamento ou tratamento que venha a ser pleiteado individualmente, sem que tenha havido a sua prévia incorporação ao SUS, não deverá ser objeto de concessão judicial, pois se trata de política pública inexistente e se entende não competir ao Judiciário assegurar o acesso, de forma casuística, a ações de saúde que não tenham sido planejadas pelos gestores do SUS, com a promessa de outorga a todos os usuários em condições de igualdade, sob pena de criação das “duas portas” de acesso ao sistema público de saúde, a qual já se fez referência anteriormente.

Dessa forma, entende-se que as discussões em demandas individuais precisam se circunscrever, necessariamente, às listas padronizadas do Sistema Único de Saúde já referidas neste trabalho.

Outra baliza que se propõe e decorre do que se vem discutindo refere-se à incorporação de novas tecnologias nas listas padronizadas do SUS por determinação judicial. Para que seja assegurada a universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde, a inclusão de novos tratamentos ou medicamentos a serem custeados pelo sistema público somente deveria ser objeto de intervenção judicial com lastro em decisões tomadas em demandas coletivas, nas quais se assegure a participação de todos os interessados na questão, tais como o Ministério Público, os gestores de saúde, indústria farmacêutica, associações de defesa de pacientes e etc.

Como o acesso a novas tecnologias médicas deve abarcar, uniformemente, todos os usuários do SUS, a intervenção judicial com relação a esse tópico deveria se circunscrever às

demandas coletivas, nas quais se mostra possível determinar o acesso à assistência terapêutica discutida judicialmente a todos os usuários do SUS que atendam aos requisitos para o seu usufruto.

Nas demandas coletivas, o espaço para privilegiar grupos específicos de pacientes se torna bastante limitado, pois a decisão tomada terá como foco a coletividade, viabilizando ainda aos gestores levar a cabo um adequado planejamento para que a determinação judicial seja cumprida, com a disponibilização do novo medicamento ou tratamento incorporado por determinação judicial ao SUS a todos os usuários que venham a deles necessitar.

Ressalva-se, no entanto, que mesmo nas demandas coletivas não deve ser possível a discussão em torno da inclusão, nas listas do SUS, de medicamentos de natureza experimental e nem a concessão de assistência terapêutica a ser realizada no exterior¹⁰⁰.

¹⁰⁰ A concessão de assistência terapêutica no exterior já foi objeto de diversas decisões judiciais, com o dispêndio elevado de recursos públicos. Recentemente, foi bastante noticiado na imprensa nacional o drama da menina Sophia Gonçalves de Lacerda, portadora de uma moléstia rara conhecida como Síndrome de Berdon ou Síndrome Microcólon, Megabexiga e Hipoperistalse (MMIHS). Tal doença impossibilita o seu portador de se alimentar de forma convencional, uma vez que o seu aparelho digestivo é bastante comprometido. A solução médica apontada para uma possível cura requer a realização de um transplante multivisceral, por meio do qual o paciente recebe de doadores as partes faltantes ou comprometidas do aparelho digestivo, o que pode viabilizar uma normalização de suas funções. A realização do transplante multivisceral é um procedimento médico bastante complexo, não havendo notícias de que tenha sido realizado com êxito no Brasil até o início do ano de 2014, embora o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo tenha se disponibilizado a tentar realizar o procedimento, o que foi recusado pelos pais da criança. Os genitores da paciente tomaram conhecimento de que o transplante multivisceral já teria sido realizado de forma exitosa no *Jackson Memorial Medical* localizado nos Estados Unidos da América, tendo os procedimentos sido conduzidos pela equipe liderada por um médico brasileiro chamado Rodrigo Vianna. Segundo informações de tal profissional, o índice de sobrevivência dos pacientes submetidos ao transplante em consideração alcança índices entre cinquenta e cinco e setenta e cinco por cento. O custo do procedimento alcançava a cifra de aproximadamente US\$ 1.000.000,00 (um milhão) de dólares americanos. Depois de uma acirrada batalha judicial, os pais da criança conseguiram o direito de realização do tratamento de Sophia nos Estados Unidos da América, ficando os seus custos a cargo da União. No entanto, após a realização do transplante e o decurso de alguns meses, a criança veio a falecer em decorrência de uma infecção generalizada, tendo o Ministério da Saúde despendido, ao final, a quantia de R\$ 4.400.000,00 (quatro milhões e quatrocentos mil) reais com o custeio do procedimento. Mais detalhes sobre o caso pode ser obtido, dentre outros, no seguinte endereço eletrônico mantido na rede mundial de computadores (*internet*): <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiiai/noticia/2015/10/mae-de-sofia-fala-em-desburocratizar-tratamento-de-alto-custo-para-criancas.html>>. Acesso em: 29 out. 2015.

Com relação aos medicamentos que se encontram em fase experimental¹⁰¹, é importante levar em consideração que as fases de avaliação concernentes à sua eficácia e segurança ainda não se encontram concluídas, não havendo possibilidade, portanto, de por meio de uma demanda judicial, produzir-se influência na pesquisa médica, que demanda a mais plena liberdade para que seja concluída com êxito.

Com isso, levando em conta que os medicamentos experimentais são produtos fora do mercado, pois a sua comercialização ou mesmo fabricação em larga escala ainda não é permitida, não há como ser discutido judicialmente a sua inclusão nas listas de distribuição do sistema público de saúde.

No que concerne à prestação de assistência terapêutica no exterior, entende-se que o sistema público de saúde jamais poderá ser compelido a arcar com os custos financeiros de um tratamento dessa natureza. Todas as políticas públicas de saúde devem ser ofertadas, em princípio, no território nacional, de forma planejada, com disponibilidade para todos os indivíduos que vierem a necessitar da terapia, cujo acesso precisa ser garantido a todos, em condições de igualdade. No entanto, se os gestores de saúde entenderem que, com relação a determinada moléstia, é mais econômico ou adequado promover o tratamento de pacientes fora do país, cabe exclusivamente a eles decidirem, bem como estruturar a logística necessária para que isso ocorra, assegurando o atendimento igualitário a todos os que pleitearem a medida.

¹⁰¹ Embora os chamados medicamentos experimentais não possam ser considerados sequer, medicamentos, uma vez que a substância ainda se encontra em fase de testes destinados a aferir a sua eficácia e segurança quando ministrado em seres humanos, o Poder Judiciário continua viabilizando o seu acesso à população, sem levar em consideração, sequer, os riscos que isso pode trazer para os próprios beneficiários da medida judicial. Em 07 de outubro de 2015, por exemplo, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, ao despachar a Petição nº 5828/SP, cassou decisão da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que havia suspenso tutela antecipada concedida em favor da parte requerente, que determinava à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância Fosfoetanolamina Sintética, cujos efeitos benéficos em células malignas, capazes de provocar o câncer, vem sendo estudado por aquela instituição acadêmica. No entanto, jamais foi realizado qualquer teste da substância em seres humanos, não se sabendo se a promessa de eficácia contra o câncer é real ou uma mera possibilidade, não havendo também qualquer avaliação dos eventuais efeitos colaterais que a droga pode vir a causar. Com base nessa decisão do Supremo Tribunal Federal, foi noticiado na imprensa que mais de setecentas medidas judiciais que se encontravam suspensas por decisão da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo foram restabelecidas, obrigando a Universidade de São Paulo a promover o fornecimento da substância a todos os contemplados pelas decisões judiciais. Após a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo reformar as suas decisões suspensivas, o Ministro Edson Fachin extinguiu, em 15 de outubro de 2015, sem exame do mérito, a Petição nº 5828/SP, por perda de objeto. Em 11 de novembro de 2015, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o Agravo Regimental nº 2205847-43.2015.8.26.0000/5000 interposto pelo Estado de São Paulo, reformou, por maioria, as decisões da Presidência daquela Corte que obrigavam a Universidade de São Paulo a fornecer a substância a pacientes portadores de câncer. Trata-se de mais um exemplo de como a atuação judicial em políticas públicas de saúde pode, ao invés de trazer benefícios para a população, expô-la a riscos desconhecidos pela própria ciência médica. Para mais informações, indica-se a consulta ao seguinte endereço eletrônico na rede mundial de computadores (*internet*): <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=28655>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

O que não parece adequado é a intervenção casuística do Poder Judiciário, assegurando a determinados indivíduos a concessão de assistência terapêutica no exterior, com o comprometimento, em geral, de uma elevada parcela do orçamento da saúde, criando um quadro de privilégios que não pode ser tolerado, pois não se mostra concebível que, enquanto um brasileiro, por exemplo, é mandado para o exterior em busca de uma promessa de cura que, não raras vezes deixa de ser concretizada, outros indivíduos, portadores de moléstias bem menos complexas, morram nas filas de espera de atendimento do sistema público de saúde por falta dos recursos que foram indevidamente remanejados por determinação judicial.

Dessa forma, entende-se que a racionalização das medidas de intervenção judicial nas políticas públicas de saúde somente pode ser concretizada quando o parâmetro interventivo estiver circunscrito, com exclusividade, às listas padronizadas do SUS, quer para assegurar o acesso às políticas de saúde já previstas nelas, podendo o usuário, para isso, valer-se de demandas individuais; quer para se promover a sua atualização, com a incorporação de novos medicamentos e tratamentos, impondo-se, para esta última providência, a utilização de demandas coletivas.

A formulação de parâmetros, tal como o Conselho Nacional de Justiça e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem procurando construir, são incapazes de trazer racionalização ao sistema e combater os prejuízos que a judicialização da saúde vem provocando ao SUS, pois elas não rompem com o casuísmo, a microjustiça como foco, viabilizando a continuidade da existência de um quadro nefasto de privilégios dentro do SUS e o redirecionamento não planejado de recursos financeiros que tanto prejuízo vem provocando a população.

Por isso, entende-se que, ou o Judiciário leva à sério as relações padronizadas de assistência terapêutica do SUS em suas intervenções - assegurando em demandas individuais as políticas de assistência à saúde nelas já contempladas e não disponibilizadas à população e deixando para discutir alterações nessas listagens para o âmbito das demandas coletivas - ou o quadro de irracionalidade que a judicialização da saúde vem provocando no Brasil persistirá, podendo, em último caso, inviabilizar a concretização do direito à saúde em favor de todos os destinatários dessa prestação, em condições de igualdade, tal como desejou o Constituinte de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde, como direito de natureza prestacional, a ser garantido de forma universal e em condições de igualdade, foi uma das importantes conquistas presentes na Constituição Federal de 1988. A partir dela, houve um rompimento com o histórico brasileiro que se perpetuava desde o período colonial, no qual a assistência sanitária não era encarada como uma obrigação primária do Estado, o que a fazia ser considerada ora como um favor governamental, ora como um direito decorrente de contribuições recolhidas para fundos de previdência, o que acabava deixando, em qualquer dos cenários, uma parcela considerável da população com pouco ou nenhum acesso a serviços de saúde.

O modelo trazido pela Carta de 1988 colocou o direito à saúde, integrante da segunda geração histórica de direitos, em patamar muito semelhante ao verificado nos países europeus que encamparam o modelo de Estado de Bem-Estar Social após a Segunda Guerra Mundial. Logo, pode-se dizer que a Constituição de 1988 buscou formatar no Brasil um modelo de Estado assistencial que há muito já existia no cenário internacional e que, quando de sua introdução no Brasil, já se encontrava em fase de decadência, exposto aos diversos questionamentos levantados pelos defensores de um modelo de menor intervenção estatal nas atividades econômicas, que se convencionou denominar como neoliberalismo.

O formato de assistência terapêutica inspirado no modelo inglês ou *beveridgeano* gerou elevadas expectativas na população, que ansiava pela supressão do quadro de omissão estatal no que se refere à prestação de assistência terapêutica que sempre existiu no Brasil, como se a mera constitucionalização de um direito fosse suficiente para promover mudanças significativas numa realidade secular.

O modelo de financiamento da saúde pública, no entanto, não vem se mostrando compatível com a amplitude desse direito segundo as balizas que Constituição de 1988 lhe imprimiu, o que vem dificultando ou até mesmo inviabilizando a implementação de políticas públicas já planejadas e que deixam de ser executadas a contento por falta dos recursos financeiros necessários.

A limitação dos recursos financeiros destinados ao custeio das atividades de assistência sanitária e a consequente frustração das expectativas da população ao buscar o acesso a serviços de saúde motivou uma crescente provocação do Poder Judiciário, que vem sendo buscado como entidade capaz de promover a concretização dessa promessa constitucional.

A introdução de controvérsias envolvendo as deficiências de atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS no cotidiano do Poder Judiciário formatou um fenômeno que passou a ser denominado como judicialização da saúde. Nesse contexto, o Judiciário passou a assumir uma postura cada vez mais ativa, determinando, especialmente em demandas individuais, que medidas de assistência terapêutica sejam disponibilizadas aos requerentes, independentemente da existência de políticas públicas definidas pelos gestores do SUS capazes de abarcá-las ou de recursos financeiros alocados no orçamento suficientes para suportar o seu custeio.

Começou, então, a se formar, no âmbito da jurisprudência brasileira, um modelo de direito à saúde com viés absoluto, que viabiliza o atendimento de qualquer demanda por assistência terapêutica, sem espaço para considerações de ordem financeira do Estado, tidas como interesses estatais secundários, incapazes de confrontar os pleitos de acesso a medicamentos ou tratamentos reputados como essenciais ao restabelecimento da saúde do indivíduo ou mesmo para lhe assegurar uma maior sobrevida.

A crescente intervenção judicial fomentada pelo elevado número de demandas buscando assistência terapêutica, compreendendo desde prestações básicas, passando pelo pleito de concessão de medicamentos de alto custo - alguns deles ainda em fase experimental – chegando até a se reclamar a realização de tratamentos médicos no exterior, não trouxe como consequência a introdução de novas fontes de financiamento para o custeio do SUS, obrigando os seus gestores a promover, de forma casuística, segundo a determinação constante em cada ordem judicial, o remanejamento dos escassos recursos financeiros destinados à saúde, agravando o quadro de padecimento da parcela da população que depende do SUS.

A intervenção judicial, com base em demandas individuais, vem provocando sérios problemas para o sistema público de saúde. Ao mesmo tempo em que, aparentemente, assegura-se a justiça no caso concreto, possibilitando ao paciente o acesso ao medicamento ou tratamento que ele pleiteia, esse modelo casuístico de intervenção também é responsável por profundas iniquidades que não aparecem nos processos individuais levados a julgamento, fomentando nos juízes uma suposta tranquilidade de consciência por haver garantido uma promessa de cura ou maior sobrevida ao demandante, ainda que se trate de uma aventura médica sem maiores promessas de êxito e com elevados custos financeiros para o Estado.

Por outro lado, os indivíduos que não buscaram assistência médica pela via judicial veem suas dificuldades para obtenção de medicamentos ou tratamentos clínicos majoradas como decorrência da realocação, por meio de decisões judiciais, dos poucos recursos destinados à saúde, com a finalidade de assegurar o atendimento de quem recorreu ao modelo de judicialização que, muitas vezes, é fomentado por quem somente buscou o atendimento junto

ao SUS quando o tratamento ou medicamento que lhe foi prescrito não encontrou cobertura no seu plano de saúde ou tem um custo muito elevado para ser arcado pelo paciente, com recursos próprios, junto a rede privada.

Verifica-se, portanto, que a judicialização da saúde vem se prestando, principalmente, para respaldar a existência de dois modelos de atendimento pelo SUS. Um para quem se encontra munido de uma decisão judicial - para quem todas as medidas destinadas ao restabelecimento da saúde ou prolongamento da vida devem ser adotadas, independentemente dos custos envolvidos no procedimento - e um outro modelo dirigido para os demais usuários, que enfrentam uma assistência à saúde ainda mais precária como produto do remanejamento de recursos financeiros promovido pelo Poder Judiciário, a fim de atender os pleitos veiculados em demandas individuais.

Esse quadro de intervenção judicial destinada a assegurar o atendimento de pleitos individuais, além de trazer sérios problemas de planejamento e de custeio de políticas públicas de saúde para os gestores do SUS, parece também ser de constitucionalidade bastante duvidosa, pois o direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal de 1988, deve ser concretizado de maneira universal e com garantia de igualdade no acesso entre os seus destinatários.

Portanto, quando o Judiciário determina a concessão individualizada de uma medida de assistência terapêutica que não se encontra incorporada ao SUS para disponibilização a toda a população em condições de igualdade, encontra-se violando os dois pressupostos fundamentais do direito à saúde constitucionalizado, qual seja, o acesso universal, que significa a disponibilização do medicamento ou tratamento a todos os usuários do sistema público de saúde; e a igualdade no atendimento, que confronta qualquer conjuntura de privilégios, com a qual o modelo de intervenção judicial que vem se consolidando no Brasil é incompatível.

O caminho que se afigura como o mais seguro e condizente com os parâmetros constitucionais voltados a garantir um atendimento universal e em condições de igualdade à população pelo SUS é o da padronização das ações e serviços a serem ofertados à população, o que foi buscado, no âmbito normativo, pela Lei nº 12.401/2011, bem como pelo Decreto nº 7.508/2011.

Mas, essa padronização somente alcançará a sua finalidade se começar a ser respeitada pelo Poder Judiciário, o que não vem ocorrendo, mesmo depois das medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, não obstante reconheçam e tentem apontar soluções para a superação da crescente judicialização da saúde, não vem gerando os resultados esperados por quem se preocupa com o planejamento das políticas públicas de saúde, uma vez que não reprovam, de forma clara, o casuísmo das

demandas individualizadas e o foco exclusivo no caso concreto, sem considerar o sistema público de saúde de forma global.

Por isso, o que se propõe como caminho para trazer racionalidade ao sistema é o Judiciário conceder adequada importância às relações de medidas assistenciais de saúde padronizadas pelo SUS que, na maioria das vezes, são ignoradas pelos juízes na apreciação de demandas individuais, fomentando um quadro de privilégios para quem busca atendimento junto ao SUS por meio da intervenção judicial.

Assim, segundo o que se propõe, nas demandas individuais somente medicamentos e tratamentos incorporados ao SUS deverão ser objeto de concessão de ordem judicial, pois como eles já integram políticas públicas de saúde planejadas pelos gestores do SUS, a sua ausência caracterizará um quadro de omissão estatal passível de impugnação por cada cidadão lesado.

Medicamentos e tratamentos ainda não incorporados ao SUS, segundo o modelo proposto, deverão constituir objeto apenas de demandas coletivas, que viabilizam uma discussão ampla a respeito da eficácia e conveniência de seu acesso pela população, com o envolvimento de todos os agentes interessados, sendo que a ordem judicial que eventualmente acolha o pedido nessa seara é capaz de assegurar que a nova tecnologia seja colocada ao alcance de todos os usuários do SUS, em condições de igualdade.

Por outro lado, mesmo nas demandas coletivas, jamais se deve viabilizar a disponibilização de medicamento em fase experimental, haja vista que ainda não se tem, sequer, um novo medicamento, não sendo prudente o Judiciário desconsiderar as etapas da pesquisa científica a serem observadas com autonomia pelas instituições científicas e o controle de segurança das novas terapias médicas, cujo exercício compete, com exclusividade, aos órgãos técnicos.

Além disso, entende-se não ser adequado a determinação judicial de custeio de qualquer medida de assistência terapêutica no exterior, pois as políticas públicas de saúde devem ser implementadas no território nacional, sendo que, apenas de forma excepcional e a critério dos gestores do SUS, poderá se optar para que certa ação ou serviço de saúde seja levada a cabo fora do país, cabendo a eles providenciar o suporte logístico necessário para isso.

Com as balizas que ora se defende, não se busca restringir o direito à saúde, por meio de uma contenção do atuar do Poder Judiciário nessa seara. O que se persegue é garantir que a intervenção judicial esteja focada em assegurar a assistência sanitária à população de acordo com os critérios da universalidade e igualdade no acesso delimitados pela Constituição Federal.

Por outro lado, combate-se uma atuação do Judiciário que se concentra somente no caso concreto, desconsiderando a estrutura do sistema público de saúde, o que promove a

desorganização do planejamento e macula a execução de políticas públicas, contribuindo para inviabilizar o acesso ao direito, pelo menos para a parcela dos usuários que não utiliza a via judicial.

Portanto, somente uma intervenção judicial preocupada com o sistema público de assistência sanitária de forma global poderá contribuir para a concretização do direito à saúde, aplacando o sofrimento daqueles que veem esse anseio transformado num sonho distante, cujo despertar traz como realidade as intermináveis filas de espera por um atendimento que nunca vem.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde: breve história da política de saúde no Brasil. *In: SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. AGUIAR, Zenaide Neto (org.). São Paulo: Martinari, 2011, p. 17-40.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción e introducción Luis Villar Borba. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995 (edição Kindle).
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- _____. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. *In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera, CARVALHO, Salo de (orgs.). 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- _____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: Revista Jurídica Unijus*, Vol. 11, n. 15, Uberaba, nov. 2008, p. 13-38. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.
- BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.
- BERGALLO, Paola. Argentina. Courts and the Right to Health: achieving fairness despite “routinization” in Individual Coverage Cases? *In: Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (orgs.). Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 43- 75.
- BLANCO, Luis Guillermo. **Muerte digna**: consideraciones bioético-jurídicas. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 02/12/2014. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 250/2014. Data de divulgação: 18/12/2014. Data de publicação: 19/12/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 658.171. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 01/04/2014. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 79/2014. Data de divulgação: 25/04/2014. Data de publicação: 28/04/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 598.212. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 25/03/2014. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 77/2014. Data de divulgação: 23/04/2014. Data de publicação: 24/04/2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 23/08/2011. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 177/2011. Data de divulgação: 14/09/2011. Data de publicação: 15/09/2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 13/08/2015. Acórdão integral ainda não publicado. Ata de julgamento publicada no Diário da Justiça Eletrônico nº 167/2015. Data de divulgação: 25/08/2015. Data de publicação: 26/08/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Petição com Medida Cautelar nº 5828. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão julgador: Decisão Monocrática. Data do julgamento: 07/10/2015. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 203/2015. Data de divulgação: 08/10/2015. Data de publicação: 09/10/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 855.178-RG. Relator: Ministro Luiz Fux. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 05/03/2015. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 50/2015. Data de divulgação: 16/03/2015. Data de publicação: 17/03/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 566.471-RG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento da repercussão geral: 03/12/2007. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 235/2007. Data de divulgação: 07/12/2007. Data de publicação: 10/12/2007.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 586.995. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 28/06/2011. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 156/2011. Data de divulgação: 15/08/2011. Data de publicação: 16/08/2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 831.835. Relator: Ministro Roberto Barroso. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 17/03/2015. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 63/2015. Data de divulgação: 31/03/2015. Data de publicação: 06/04/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 824.946. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 25/06/2013. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 182/2013. Data de divulgação: 16/09/2013. Data de publicação: 17/09/2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 581.488. Relator: Ministro Dias Toffoli. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 03/12/2015. Acórdão ainda não publicado.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 700.543. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 24/08/2010. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 179/2010. Data de divulgação: 23/09/2010. Data de publicação: 24/09/2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 17/03/2010. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 76/2010. Data de divulgação: 29/04/2010. Data de publicação: 30/04/2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 17/03/2010. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 76/2010. Data de divulgação: 29/04/2010. Data de publicação: 30/04/2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 607.582. Relator: Ministra Rosa Weber. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento da repercussão geral: 14/08/2010. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico nº 159/2010. Data de divulgação: 26/08/2010. Data de publicação: 27/08/2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Ministra Presidente. Data do julgamento: 26/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=43&dataPublicacaoDj=05/03/2007&incidente=2466232&codCapitulo=6&numMateria=21&codMateria=7>. Acesso em 09 out. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 12/09/2000. Publicação: Diário da Justiça de 24/11/2000, p. 101.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238.328. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 16/11/1999. Publicação: Diário da Justiça de 18/02/2000, p. 59.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.488.639. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 20/11/2014. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico de 16/12/2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.107.511. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 21/11/2013. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico de 06/12/2013.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. Tradução, apresentação e notas José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHANGANAQUI, Alfredo Guzmán. **Análisis comparativo de modelos de aseguramiento público e propuesta de um sistema solidario de seguridad social en salud**. Lima(?): ForoSalud, 2003.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para a introdução de novos medicamentos. *In: Revista de Saúde Pública*, n. 44(3), 2010, p. 421-429. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/32787/35285>>. Acesso em: 27 out. 2015.

_____. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *In: Caderno de Saúde Pública*, n. 25(8), ago., 2009, p. 1839-1849. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csp/v25n8/20.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As Conferências Nacionais de Saúde na construção do SUS. *In: Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS*. LIMA, Nísia Trindade; GERCHMAN, Sílvia; EDLER, Flávio Coelho (orgs.). Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 83-117.

FERRAZ, Octavio L. Motta. Brazil: Health inequalities, rights and courts. *In: Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (orgs.). Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 76-102.

FIERLBECK, Katherine. **Health care in Canada: a citizen's guide to policy na politics.** Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FITZPATRICK, Tony. Delivering welfare: cash transfers. *In: Social Policy.* 4th. BALDOCK, Jonh *et al* (orgs.). Oxford: University Press, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. O custo dos direitos. *In: Legitimação dos direitos humanos.* TORRES, Ricardo Lobo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 173-195.

GIOVANELLA, Lígia *et. al* (orgs.). **Políticas e sistemas de saúde no Brasil.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Batista Machado. 6. ed., 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HART, H.L.A. **O conceito de direito.** Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HOBBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991.** Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York - London: W.W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO (Brasil). **Carga tributária brasileira cresce em 2014 apesar da crise.** Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2142/05EvolucaoDaCargaTributariaBrasileira.pdf>>. Acesso: 05 ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Pesquisa nacional de saúde**: 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso: 19 ago. 2015.

LANDES, David S. **A riqueza e a pobreza das nações**: por que algumas são tão ricas e outras tão pobres. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Elsevier, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 155-173.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Márcio Villela. **Direito à saúde no Brasil**: dos excessos verificados e da necessidade de estabelecimento de limites às prestações materiais do Estado. 2010. 151f. Dissertação (mestrado). Orientador: Fábio Carvalho Leite. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro**. Moscou: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1953. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1865/salario/index.htm>> Acesso em: 19 out. 2015.

MATEI, Ani; SAVULESCU, Carmen. Socio indicators related to social perception of reforms in the public health system: the Romanian case. In: **Regulation and best practices in public and nonprofit marketing**. MATEI, Lucica; DINU, Teodora (orgs.). Bucuresti: Editura Economica, 2010, p. 323-339.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e Vinculação dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIMENTA, Marcelo Vicente Alkmin. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINSKY, Jaime. **O modo de produção feudal**. São Paulo: Brasiliense, 1979.

PINTO, Élidea Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não teto de gasto em saúde**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

PIOLA, Sérgio F. *et al.* **Financiamento público da saúde: uma história à procura de rumo.** Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em: <<http://cebes.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/financiamento-publico-da-saude-uma-historia-a-procura-de-rumo.pdf>>. Acesso: 19 set. 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POSNER, Richard A. **Overcoming Law.** Cambridge: Harvard University Press, 1995.

QUEIROZ, Sheyla Barreto Braga de. **A proteção à saúde pelo Judiciário Brasileiro: “uma escolha de Sofia”.** 2007. 222f. Dissertação (mestrado). Orientador: Adriano Azevedo Gomes de León. Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REGONINI, Glória. Estado do Bem-Estar. In: **Dicionário de Política.** BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p. 416 - 419.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista Interesse Público**, n. 4, 1999, p. 23-48.

ROSA, Arthur. **União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos.** Disponível em: <http://cebes.com.br/2014/04/uniao-preve-gasto-de-r-39-bi-com-acoes-de-medicamentos/#form_newsletter>. Acesso em: 19 set. 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. As fronteiras público-privadas da dor: entre o direito e a obrigação de viver. In: **Vida, morte e dignidade humana.** PEREIRA, Tânia da Silva *et. al.* (orgs.). Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 51-55.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Alexandre Mendonça. **A efetividade dos direitos sociais e sua proteção pelo ministério público.** São Paulo: Baraúna, 2014.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Federalismo regional.** São Paulo: Saraiva, 1982.

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

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SETTEMBRINI, Domenico. Social - Democracia. *In: Dicionário de Política*. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Trad. Carmen C. Varriale *et al.* 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p. 1188 - 1192.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *In: Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito*, João Pessoa, ano 7, n. 7, jan./dez./2008, p. 9-34.

TESKE, Ottmar. Noções introdutórias sobre as ciências sociais e a teoria positivista/funcionalista. *In: Sociologia: textos e contextos*. TESKE, Ottmar (org.). 2. ed. Canoas: ULBRA, 2005, p. 51-56.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, n. 42, 1990, p. 69-75.

WANG, Daniel; FERRAZ, Octavio. As duas portas do SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2014. Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml>>. Acesso em 09 out. 2015.

ANEXO I: RESPOSTA À CONSULTA FORMULADA POR GILVÂNKLIM MARQUES DE LIMA AO MINISTÉRIO DA SAÚDE EM 16 DE MARÇO DE 2015, COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 12.527/2011 (LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO), OBJETO DO PROTOCOLO Nº 25820000862201502, CUJA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DA RESPOSTA OFERTADA POR AQUELE ÓRGÃO FEDERAL SEGUE NAS PÁGINAS SEGUINTEs.