

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

JOÃO FELIPE DA SILVA NETO

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS
FINANÇAS PÚBLICAS: A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ORDEM
JUDICIAL ENTRE OS ANOS 2015 E 2017 NO ESTADO DE GOIÁS**

**BRASÍLIA
OUTUBRO 2018**

JOÃO FELIPE DA SILVA NETO

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS
FINANÇAS PÚBLICAS: A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ORDEM
JUDICIAL ENTRE OS ANOS 2015 E 2017 NO ESTADO DE GOIÁS**

Dissertação apresentada como requisitos para a obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação dos Professores Dr. José Roberto Rodrigues Afonso e Dr. Luciano Felício Fuck.

BRASÍLIA
OUTUBRO 2018

JOÃO FELIPE DA SILVA NETO

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS FINANÇAS PÚBLICAS: A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ORDEM JUDICIAL ENTRE OS ANOS 2015 E 2017 NO ESTADO DE GOIÁS

Dissertação apresentada como requisitos para a obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Roberto Rodrigues Afonso
Orientador (IDP)

Prof. Dr. Luciano Felício Fuck
Coorientador (IDP)

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Membro Interno (IDP)

Este trabalho é dedicado à minha família, em especial aos meus pais, Adriana e Osmar, e à minha esposa, Michelle. Sem os seus apoios não teria a força e a persistência necessárias para percorrer esse caminho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao IDP pelos importantes ensinamentos colhidos ao longo dessa trajetória. Tenho absoluta convicção de que saio enriquecido acadêmica e profissionalmente, além de um cidadão mais consciente e preparado para a defesa da democracia.

Aos colegas de turma, pelo afetuoso convívio ao longo desses dois anos, fundamental para o aprendizado e o enriquecimento da formação profissional.

Aos professores e mestres, pelos ensinamentos compartilhados, pela troca de experiências e pelos inúmeros conselhos oferecidos.

Aos orientadores, Doutores José Roberto Rodrigues Afonso e Luciano Felício Fuck, pela paciência, compreensão e especial cuidado nas críticas e sugestões ofertadas durante a confecção desse trabalho.

Ao Desembargador Norival Santomé, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela compreensão da importância desse aprendizado, mas, sobretudo, pela confiança em mim depositada e pelos inúmeros conhecimentos compartilhados. Esse fraterno apoio é propulsor para o meu crescimento profissional.

Aos colegas de trabalho, servidores do Judiciário goiano, pela disposição de ajudar e pelo apoio sempre oferecido ao longo desses dois anos.

Aos meus amados pais, Osmar Felipe da Silva e Adriana Argenta Fleury Felipe, pelos ensinamentos, orientações, carinho, amor e apoio, que fortaleceram o meu caráter e robusteceram minhas energias para galgar mais um degrau na carreira profissional.

A minha esposa, Michelle Fernandes de Moura, pela compreensão das ausências, pela força e energia emprestadas e, sobretudo, pelo amor, carinho e admiração que serviram como combustível para essa jornada.

As minhas irmãs e cunhados, pelo apoio e confiança.

Ao meu amado sobrinho e afilhado, João Pedro, que oportunizou os melhores momentos durante minhas estadias em Brasília.

A minha saudosa avó Wânia, que já no fim de sua passagem na terra ainda pode contribuir para a minha formação e me incentivar a ser um de seus motivos de orgulho.

Por fim, aos meus alunos que pela admiração e confiança que me encorajaram a buscar o mestrado e alcançar mais essa vitória.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado objetiva traçar uma análise acerca dos impactos da judicialização da assistência farmacêutica no orçamento do Estado de Goiás durante os anos de 2015, 2016 e 2017. O objetivo é analisar o direito à saúde, notadamente no que se refere à dispensação de medicamentos, e as consequências da judicialização desse direito no orçamento público. Justifica-se o estudo pelas discussões sob o enfoque doutrinário e prático no cenário nacional. Assim, aborda-se, de maneira sintetizada, o direito fundamental à saúde, em especial a assistência farmacêutica, bem assim o orçamento público e interferência judicial na adoção de políticas públicas de saúde. Alfim, como resposta aos problemas apresentados serão considerados dados orçamentários do Estado de Goiás, destinados às políticas públicas de saúde. A pesquisa foi desenvolvida através de uma abordagem dogmática e sócio jurídica, utilizando como técnicas de pesquisa as análises bibliográfica e documental, através da coleta de dados quantitativa e qualitativa.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Orçamento Público. Judicialização. Impactos Financeiros.

ABSTRACT

This dissertation aims at analyzing the impact of the judicialization of pharmaceutical assistance in the budget of the State of Goiás during the years 2015, 2016, and 2017. The objective is to analyze the right to health, especially with regard to the dispensation of medicines, and the consequences of the judicialization of this right in the public budget. This study is justified by the discussions from the perspective of doctrinal and practical approach in the national scenario. Thus, this work covers, in a concise manner, the basic right to health, in particular pharmaceutical assistance the public budget, and judicial interference in the adoption of public health policies. Therefore, to address the problem, budgetary data pertaining to the public health policies of the State of Goiás will be considered in the analysis. The research was developed through a dogmatic and social justice minded approach by conducting bibliographical and documentary analysis of quantitative and qualitative data.

Keywords: Right to Health. Public Budget. Judiciary. Financial Impacts.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CATS	Câmara de Avaliação Técnica de Saúde
CEAF	Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
CEME	Central de Medicamentos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS
DATAPREV	Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
LBA	Legião Brasileira de Assistência
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
MG	Minas Gerais
NAT-JUS	Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário
PPA	Plano Plurianual
RE	Recurso Extraordinário
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
RESME	Relação Estadual de Medicamentos Essenciais
RESP	Recurso Especial
RN	Rio Grande do Norte
SINPAS	Sistema Nacional de Previdência Social
SNS	Sistema Nacional de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUS	Sistema Único de Saúde
TCT	Termo de Cooperação Técnica
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ-GO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Custo da Judicialização.....	72
Gráfico 2 – Judicialização no Estado de São Paulo.....	73
Gráfico 3 – Processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde entre 2010 e 2014.....	77
Gráfico 4 – Gastos do Ministério da Saúde com decisões judiciais entre 2008 e 2015.....	77
Gráfico 5 – Gastos TCT de 2015 a 2017.....	84
Gráfico 6 – Gastos com decisões judiciais de 2015 a 2017.....	88
Gráfico 7 – Quantidade de pacientes atendidos entre 2015 a 2017.....	89
Gráfico 8 – Comparativo TCT x gasto com judicialização de 2015 a 2017.....	91
Gráfico 9 – Empenho x gasto com judicialização de 2015 a 2017.....	92
Gráfico 10 - Gasto mensal médio SES-GO nos anos de 2015 a 2017.....	93

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Judicialização nas Secretárias Estaduais de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina, nos anos de 2013 e 2014.....	73
Tabela 2 – Número de processos por Tribunal e por ano.....	75
Tabela 3 – Número de pacientes atendidos pelo TCT em 2015.....	80
Tabela 4 – Número de pacientes atendidos pelo TCT em 2016.....	81
Tabela 5 – Número de pacientes atendidos pelo TCT em 2017.....	82
Tabela 6 – Número de pacientes atendidos pelo TCT em 2018.....	84
Tabela 7 – Relatório de ações judiciais em 2015.....	86
Tabela 8 – Relatório de ações judiciais em 2016.....	87
Tabela 9 – Relatório de ações judiciais em 2017.....	88
Tabela 10 – Relatório de ações judiciais em 2018.....	89
Tabela 11 – Compilação dos dados de TCT e ordens judiciais de 2015 a 2017.....	90
Tabela 12 – Valores para acompanhamento de vinculação SES-GO.....	91
Tabela 13 – Gasto mensal médio SES-GO nos anos de 2015 a 2017.....	92

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	16
1.1 ORIGEM E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
1.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	21
1.3 LIMITES DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	27
1.3.1 Teoria da Reserva do Possível	27
1.3.2. O Critério da Proporcionalidade	30
2 ORÇAMENTO PÚBLICO E O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE	32
2.1 ORÇAMENTO PÚBLICO E OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS.....	32
2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	40
2.2.1 O Sistema Único de Saúde	43
2.2.2 Assistência Farmacêutica e a Política Nacional de Medicamentos	47
3 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE, DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E OS EFEITOS NO ESTADO DE GOIÁS	51
3.1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	51
3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS POR FORÇA DE DECISÕES JUDICIAIS.....	54
3.2.1 O Posicionamento dos Tribunais Superiores	59
3.2.1.1 O Supremo Tribunal Federal.....	60
3.2.1.2 O Superior Tribunal de Justiça.....	66
3.2.2 Panorama das decisões concessivas de medicamentos de alto custo pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás	68
3.3 IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – PANORAMA GERAL.....	72
3.4 EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE GOIÁS ENTRE OS ANOS 2015 E 2017.....	78
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu um significativo número de direitos sociais no ordenamento jurídico interno, o que acabou por aumentar as responsabilidades dos entes estatais, cujo objetivo, dentre outros, passou a ser atender as necessidades de parcela significativa da população brasileira.

Por força da norma instituída em seu artigo 6º, a Constituição atribuiu à saúde o status de direito social, elevando-o ao grau de direito fundamental do cidadão. Nesse desiderato, constituiu a saúde uma obrigação precípua do poder público.

O direito à saúde resulta de um contexto normativo-constitucional que se mostra presente inclusive no preâmbulo da Constituição, como efeito do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que consubstancia um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Coube ao Estado a promoção de políticas públicas, de cunho social e econômico, a fim de possibilitar acesso universal igualitário às ações necessárias para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à diminuição dos riscos de doenças, bem como garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e a recuperação da saúde.

Todavia, esse direito não pode ser encarado como um dever estatal ilimitado, irrestrito e absoluto, nem, tampouco, de exercício irracional pelo indivíduo, em clara desconsideração dos interesses sociais da comunidade.

A interpretação de questões como tais, não pode deixar de considerar que os direitos têm custos, e que a realização de tais direitos depende de alocação de recursos públicos. São notórias as limitações financeiras e orçamentárias para a efetivação plena dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, evidencia-se clara a lacuna existente entre os atos normativos que sustentam direitos e garantias fundamentais e sua efetiva prestação.

O avanço normativo, ao conferir à saúde e à assistência farmacêutica o status de direito fundamental, ensejou o recurso à tutela jurisdicional e deu vazão a demandas judiciais individuais ou coletivas em busca da efetivação desse direito.

A classificação da saúde como direito social, ou fundamental de 2ª geração, possibilita que, na ausência ou insuficiência da política pública adotada pelo Estado, possa o cidadão, seja individualmente ou por meio de legitimação extraordinária, aportar no Judiciário em busca do fornecimento da prestação do serviço.

A questão da solidariedade entre os entes federados, no que tange à responsabilidade pelo fornecimento dos meios e instrumentos necessários à garantia de acesso ao direito fundamental da saúde, tem embasado frequentes decisões judiciais concessivas dos mais variados tipos de acesso à instrumentalização do direito fundamental, muitas vezes refletindo efeitos inesperados pelo administrador público, sem se atentar para a realidade da política pública implantada.

A atuação do Poder Judiciário em casos que tais, cada dia mais frequente, acaba por dificultar a situação do administrador público que, não raras vezes, é compelido ao cumprimento de deliberações judiciais sem qualquer previsão orçamentária ou de recursos financeiros, o que pode afetar a prestação do serviço de saúde em benefício da coletividade em razão do atendimento do pleito de um único paciente.

Insofismável que a previsão de recursos a serem aplicados em prol do atendimento ao direito à saúde, perpassa por uma análise discricionária da Administração Pública, especificamente no que se refere às escolhas das políticas públicas a serem implementadas perante uma comunidade, com base em análises e critérios específicos.

A questão da judicialização da saúde reflete, pois, efeitos diretos nas finanças públicas e, por isso mesmo, merece ser refletida sob a ótica do federalismo do Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei Orgânica da Saúde.

É necessário ponderar acerca dos efeitos das deliberações judiciais concessivas dos pleitos emergenciais de acesso aos meios garantidores da saúde, sobretudo através de uma visão macro, bem como delimitar os efeitos e consequências dessas decisões nos últimos anos, o que possibilitará uma projeção para se interpretar as consequências futuras.

Essa questão acaba por gerar críticas de vários setores, incluindo do próprio Poder Judiciário, que ainda não encontrou um ponto de equilíbrio capaz de atender a uma proporcionalidade bastante para evitar desequilíbrios no orçamento dos entes públicos.

A análise dessa complexidade é o objetivo da presente dissertação. Busca-se identificar as questões que ensejam o vertiginoso aumento de judicialização de questões

ligadas ao direito à saúde, notadamente no que atine à assistência farmacêutica, bem assim o impacto no planejamento e execução do orçamento público.

Não se pode olvidar, doutro norte, a hipótese de que parcela significativa das demandas que robustecem as estatísticas da judicialização da saúde resulta na evidente ineficácia do gestor público na adoção e/ou implementação de uma política pública que atenda aos anseios e necessidades de uma determinada comunidade.

Em suma, objetiva-se com a presente pesquisa verificar se as decisões judiciais concessivas de assistência farmacológica por parte do Estado, seja sob o pretexto de garantir direitos básicos e fundamentais do cidadão, seja por evidente extrapolação judicial, estão impactando na execução do orçamento público, a ponto de refletir efeitos na execução da política pública implementada ou planejada pelo gestor.

O estudo terá como recorte territorial o Estado de Goiás e temporal os anos de 2015, 2016 e 2017, a fim de possibilitar uma análise mais acurada acerca dos impactos orçamentários propriamente ditos, bem assim a evolução da judicialização como potencial causa de inviabilização da execução de políticas públicas.

O trabalho será desenvolvido em três capítulos, cada qual representando análise de importantes aspectos referentes ao problema proposto.

No primeiro capítulo abordar-se-á o direito à saúde, especificamente no que se refere à assistência farmacêutica, como direito social ou fundamental de segunda geração, bem assim suas origens e os limites necessários para sua concretização.

O segundo capítulo, por sua vez, destina-se à análise do orçamento público e do custo do direito à saúde, perpassando pela discussão acerca das políticas públicas da saúde, do Sistema Único de Saúde e pela Política Nacional de Medicamentos.

No terceiro capítulo voltar-se-á para a realidade da judicialização de políticas públicas de dispensação de fármacos e os seus respectivos efeitos no âmbito do Estado de Goiás. A partir da coleta de dados junto à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás, buscar-se-á delinear o cenário da influência das demandas judiciais e o respectivo impacto no orçamento do Estado. Outrossim, a análise buscará no panorama jurídico vigente as posições até o momento consolidadas, ou não, no âmbito dos Tribunais Superiores e do Tribunal local.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

1.1 ORIGEM E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Surge, entre os pensadores dos séculos VII a II a.C., a ideia de ser humano dotado de liberdade e razão, como base para os fundamentos intelectuais, para a compreensão da pessoa humana e afirmação de direitos mínimos universais a ela inerentes. (COMPARATO, 2001).

Para se pensar em direitos fundamentais foi imprescindível a configuração de ao menos três elementos, quais sejam: o Estado, sem o qual a proclamação de direitos se tornaria impossível; a noção de indivíduo, como destinatário daqueles direitos; e a consagração escrita, como forma de se conferir superioridade frente a outros atos normativos.

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015)

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade. Todavia, em que pese ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.

Importante consignar, outrossim, como marcos importantes do reconhecimento dos direitos fundamentais, a Petição de Direitos, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689 e o *Establishment Act*, de 1701.

Esses documentos resultaram em uma limitação do poder monárquico e em uma afirmação do Parlamento perante a coroa como reconhecimento de direitos e liberdades ao povo inglês.

Para Sarlet (2015), em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isto se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução que marcou a instauração da ordem burguesa na França, e que posteriormente viria a influenciar o direito constitucional, surgiu em 1789, e foi a primeira a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do Século XIX.

No século XX as convenções passam a consagrar diversos direitos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.

Os direitos fundamentais resumem a concepção do mundo e influenciam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São as bases do sistema de direito positivo, responsáveis pela garantia de prerrogativas e instituições capazes de zelar pela convivência digna, livre e igualitária entre as pessoas e entre essas e o Estado.

Os direitos fundamentais consubstanciam um núcleo normativo essencial que sustenta todo o ordenamento jurídico através da tutela da liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos, seja perante o Estado, seja perante outros cidadãos. Decorrem da própria natureza

do homem, não havendo, pois, como rotular ou discriminá-los exaustivamente. De toda forma, esses direitos encarnam a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, razão pela qual é possível classificá-los de acordo com os interesses por eles tutelados.

Para Gilmar Mendes (2008, p.266) os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-o para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.

São classificados, na visão de Sarlet (2001), em dois grandes grupos, quais sejam: os direitos de defesa - nos quais se incluem os direitos à liberdade e igualdade, garantias individuais, liberdades sociais e direitos políticos - e os direitos a prestações, ou direitos sociais de natureza prestacional, no sentido amplo e estrito.

Daí, pois, a conclusão de que os direitos fundamentais englobam tanto prestações positivas como negativas.

Na primeira dimensão encontram-se os direitos individuais e políticos, decorrentes do ideário que conduzia ao Estado essencialmente liberal. Caracterizam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado.

Merecem destaque, no rol desses direitos, o direito a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei.

Nesse contexto encontram-se a proteção contra a privação arbitrária de liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e o segredo de correspondência. Ademais, outros direitos, como à ordem econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de atividade econômica, liberdade de profissão, livre disposição da propriedade, direito de associação, voto, acesso aos cargos públicos, entre outros, também se encaixam nessa dimensão.

Na segunda dimensão encontram-se os direitos sociais, tendentes a garantir instrumentos imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais.

Com o surgimento da filosofia social, o Estado antes absolutista e contra qual os direitos individuais mereciam proteção, passa agora a atender aos anseios sociais, com fins de satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Nesse ínterim, atribui-se ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

É importante ressaltar que a ideologia que descansa à sombra do Estado Social está embasada no critério do universalismo. Este, a seu turno, reveste-se de uma forma política social que tem seu nascedouro e desenvolvimento em momentos historicamente compatíveis com a própria ampliação do conceito de cidadania. Não há dúvidas de que o fim dos modelos

de governo totalitários da Europa Ocidental, como o nazismo e o facismo, bem como a hegemonia política, em uma esfera global, dos Estados social-democratas, permeada pelos influxos críticos das correntes ideológicas socialistas sedimentadas na cultura europeia, acabaram por concretizar um ideário fundamentado na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.(Ciarlini, 2008).

A representação do Estado social e dos princípios políticos liberais se dá através do surgimento do conceito de *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, que acabou por influenciar o Brasil, ainda que de modo menos enfático, se comparado com outras sociedades ocidentais.

Para Bonavides (2003, p. 584) com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais de liberdade, sob a égide do Estado Social.

A ideia de agora, passa a ser não a proteção contra o Estado, ou seja, um rol de condutas negativas e atuações vedadas, mas sim o ideal de prestações positivas por parte daquele, como forma de garantir a satisfação de direitos básicos. O Estado deixa a posição de inércia e isolamento para assumir, então, a realização de alguns direitos sociais básicos à garantia da dignidade da pessoa humana.

Nessa dimensão é possível apontar o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros.

Essa categoria de direitos consubstancia meio para a efetivação dos direitos e liberdades, garantindo direitos sociais e fortalecendo os pilares da democracia.

Para Magalhães, os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação da participação popular através de uma democracia econômica.

É contudo no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade

formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material. (SARLET, 2015).

Calha gizar que, a segunda dimensão dos direitos fundamentais integram não só prestações estatais positivas, mas igualmente as chamadas liberdades sociais, caracterizadas pelo direito de sindicalização, greve, e direitos oriundos das relações trabalhistas, como férias, repouso semanal remunerado, salário-mínimo, limitação de jornada, entre outros.

Os direitos sociais, tais como os individuais de primeira dimensão, referem-se à pessoa individualmente considerada, não podendo, pois, serem confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos, estes considerados como de terceira dimensão.

Esses, os direitos de terceira dimensão, por sua vez, estão caracterizados pela titularidade coletiva e difusa, também denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade, revelando clara desvinculação da pessoa individual, ao tempo em que indica proteção de grupos humanos. Configuram clara preocupação com o gênero humano e, nesse ínterim, destacam-se os direitos à paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente, conservação e proteção do patrimônio histórico e cultural, direito de comunicação, entre outros.

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes, indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. (SARLET, 2015)

Entre os estudiosos do direito surge o pensamento acerca de quarta, quinta e até sexta dimensões de direitos fundamentais, que, todavia, pende de consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Por não ser o objeto central do presente trabalho, feita tal ressalva, abster-se-á de enfrentar supostas dimensões.

No Brasil a Constituição de 1988 é marcada por um amplo processo de discussão, ocorrida por ocasião da redemocratização do País, após vinte e um anos de ditadura militar, e caracterizada pelo amplo espectro de direitos fundamentais.

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem

constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015).

Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 534) leciona que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 foi a primeira, na história constitucional brasileira, a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais, em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, igualmente previstos no capítulo dos direitos sociais.

Impende salientar que a positivação dos direitos sociais em capítulo específico no catálogo de direitos fundamentais evidencia sua condição de relevância do contexto do direito positivo.

1.2 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA GERAÇÃO

Cediço que a supremacia da Constituição de um país serve como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, vez que garante o respeito à ordem jurídica, bem como possibilita a efetivação dos valores sociais. Justamente em razão dessa supremacia é que consubstancia indispensável o pensamento de um sistema cujo objeto seja protegê-la, a fim de afastar toda e qualquer agressão aos preceitos constitucionais.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 eleva a saúde ao nível de direito social inovando o sistema constitucional até então vigente. Somente com a promulgação da Constituição Cidadã é que os direitos sociais foram positivados de forma efetiva como direito fundamental de segunda geração.

Para Roberto Mercado Lebrão (CONTI, 2010, p.367) ao compará-la com os demais direitos sociais consagrados pela Constituição, é fácil constatar que a saúde foi merecedora de indiscutível atenção especial, tendo sido tratada com uma incomum riqueza de detalhes para os padrões constitucionais. Tal detalhamento é inclusive alvo de algumas críticas, com base no argumento de que as Constituições, por sua natureza, devem servir exclusivamente como veículos de diretrizes e parâmetros gerais, reservando-se as minúcias ao campo infraconstitucional. De todo modo, ainda que respeitado esse argumento, é fato que, ao menos

na experiência brasileira, tal opção do legislador constituinte acabou se mostrando positiva, na medida em que o direito à saúde, apesar de diversos problemas e limitações, é considerado por muitos como aquele que mais rapidamente evoluiu após a promulgação da nova Constituição no campo do federalismo cooperativo.

A ordem constitucional brasileira consagrou a saúde como bem jurídico relevante digno de tutela constitucional e a elevou a *status* de direito fundamental de segunda geração, outorgando-lhe proteção jurídica diferenciada.

Tal fato se deu no texto constitucional de 1988, que em seu artigo 6º especificou os direitos sociais, ombreado a saúde aos direitos à educação, moradia, alimentos, trabalho, assistência social e outros.

O direito à saúde resulta de um contexto normativo-constitucional que se mostra presente inclusive no preâmbulo da Constituição, como efeito do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que consubstancia um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

É pois, a saúde, um direito social, um dever do Estado e uma garantia inderrogável do cidadão, sendo indisponível, por traduzir-se em pressuposto essencial à vida, constituindo-se, demais disso, em um direito fundamental da pessoa.

A saúde, nos termos do texto constitucional consubstancia não só um direito do cidadão, mas também um dever por parte do Estado. Tal afirmação ratifica a ideia de que a migração de um Estado absolutista para um Estado social fez surgir a noção de um estado proativo no sentido de consagrar ações necessárias à garantia da dignidade e das liberdades.

A saúde é, nesse contexto, um direito fundamental social do ser humano, com assento, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 10 de dezembro de 1948 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 3 de janeiro de 1976.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, importante fonte do direito constitucional, dedica previsão expressa para os direitos sociais, em especial à saúde:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Nos termos da etiqueta contida no artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e sua efetivação constitui um dever do Estado. Configura, pois, uma obrigação precípua do poder público para a efetivação daquele direito.

Também haverá de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.(SARLET, 2006).

A saúde deve ser entendida com algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal. (ROCHA, 1999, p. 43)

Cediço que o direito à saúde, corolário da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade, consubstancia um dever do Estado-garantidor de assegurar o mínimo de condições básicas à vida e o desenvolvimento do indivíduo.

Cabe, pois, ao Estado, a promoção de políticas públicas, sociais e econômicas, a fim de possibilitar acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Com a redemocratização operou-se uma intensificação nas discussões acerca da universalização dos serviços públicos de saúde, o que culminou no “movimento sanitarista” e na criação do Sistema Único de Saúde.

Na visão de Ciarlini (2008) a criação de uma estrutura voltada à prestação de serviços públicos de saúde e previdência social revelam a franca adoção, no Brasil, dos critérios de universalização dos direitos sociais. A promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS) é um claro exemplo no que se reporta especificamente ao direito à saúde.

Não se pode negar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

O direito à saúde pode ser considerado como constituído simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização

de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames das mais variadas naturezas, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2006)

Como fundamental que é, o direito à saúde assume roupagem de norma-princípio, de forma que acaba por constituir uma espécie de mandado de otimização e, assim, impor aos entes estatais a obrigação de realizá-lo com a maior eficácia e efetividade possíveis.

As normas de direitos fundamentais refletem a necessidade de efetividade e eficácia por si só, independente da existência de outros elementos normativos, o que, na linguagem da etiqueta contida no §1º do Artigo 5º da Constituição, são de aplicação imediata. (BRASIL, 2018)

O direito à saúde, assim como os demais direitos encartados no rol de fundamentais, não podem ser encarados como meros enunciados sem força normativa, interpretados como ideais a serem adotados em futuros projetos que poderão, ou não, vir a ser concretizados. Não podem ser restritos a meras intenções no sentido de indicar a adoção de políticas públicas pelos titulares de deveres políticos.

O direito à saúde, nessa concepção, merece ser interpretado sob a ótica de dois vieses, quais sejam a dimensão negativa e positiva.

Negativa na medida em que impõe ao Estado a abstenção da prática de atos que possam submeter o cidadão à qualquer sorte nociva à sua saúde, bem assim garante proteção à eventual agressão por parte de terceiros. Palavras outras, qualquer ação por parte do Estado que venha ser ofensiva à saúde é, a princípio, inconstitucional.

A dimensão positiva, doutra senda, caracteriza-se por uma atuação prestacional do Estado, como forma de atender aos anseios individuais em prol do alcance do melhor tratamento, medicamento ou assistência médica e hospitalar, etc.

Aqui nasce o ponto nodal do presente trabalho. Isso porque na dimensão negativa do direito à saúde, dúvidas não pairam de que o Estado deve abster-se da prática de qualquer ato nocivo àquele direito. Não pode restringir, afetar, ou praticar atos capazes de expor a população, mesmo que no âmbito individual, à intempéries capazes de reduzir sua saúde, bem-estar e existência digna. Lado outro, quando se atém à dimensão positiva, resta o questionamento acerca de qual responsabilidade deve se colocar sobre os ombros dos entes públicos como forma de garantir à população o acesso amplo e universal à saúde.

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição. (SARLET, 2005)

Insofismável, por estar etiquetado no artigo 196 do texto constitucional, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que restou incumbido de garantir, mediante políticas públicas, redução do risco de doença e agravamento, bem assim acesso universal e igualitário à ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme asseverado alhures, o direito à saúde, como fundamental que é, consubstancia norma de aplicação e efetividade imediata, respeitando-se a isonomia e o acesso universal. Todavia esse direito, assentado constitucionalmente, não poder ser encarado como um dever estatal ilimitado, irrestrito e absoluto, nem, tampouco, de exercício irracional pelo indivíduo, em clara desconsideração dos interesses sociais da comunidade.

A despeito da universalização dos direitos fundamentais sociais, não se pode perder de vista que sua concretização depende de esforço econômico e financeiro por parte do Estado.

Para Holmes e Sunstein (1999, p.94) o tratamento da questão dos direitos constitucionais não pode prescindir de uma reflexão que tenha em conta a peculiaridade de que os direitos têm custos. Pretendem os autores demonstrar que a realização e observância de direitos constitucionais dependem de alocação estratégica de recursos públicos aptos para tanto.

Dá a preocupação demonstrada por Dworkin no sentido de se ponderar não só a necessidade de efetivação dos direitos sociais fundamentais, mas também a escassez de subsídios que os contingenciam.

Observa Ciarlini (2008) que, nessa medida, considera-se que os direitos têm custos e que esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado.

Surge, pois um questionamento: se os direitos sociais são considerados absolutos, sua concretização independe da capacidade financeira do Estado.

Por outro lado, se dependem de contingenciamento financeiro de acordo com a realidade do Estado, não podem ser considerados absolutos, já que não poderiam, todos eles, ser atendidos ao mesmo tempo.

O direito fundamental à saúde não só é dever do Estado, mas também encontra sustentáculo em duas espécies de garantia constitucional, quais sejam, a orgânica e a financeira. Ao direito de que trata o artigo 196 corresponde, assim, seus instrumentos de consecução, igualmente exigíveis na forma das garantias escritas no artigo 198, ambos do texto constitucional. (Pinto, 2016, p.3)

É nesse contexto que surge a dúvida sobre a atuação do Poder Judiciário nos casos em que se judicializa o direito à saúde, ou a extensão desse direito. Em não raras vezes, por força de deliberação judicial o Estado se vê obrigado a prestações positivas no sentido de fornecer medicamentos, leitos hospitalares, equipamentos, ou qualquer outra espécie de prestação.

Neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2008) observa que a expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.

Para o autor (SARLET, 2008) com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde.

Dessa forma, o direito à assistência positiva do Estado, consubstanciada em um direito subjetivo a prestações positivas, não pode alcançar todo e qualquer tipo de anseio, devendo, pois, restringir-se àquelas que se revelarem básicas. Só se pode exigir do Estado aquela prestação que se revele razoável, de modo que este não poderá ser compelido a arcar com tratamento prescindível ou fornecer medicamento que corresponde à mesma eficácia com um custo inferior.

Para Rawls (1971) os princípios de justiça mais razoáveis derivariam de mútuo acordo entre pessoas em condições equânimes. Para o autor, a efetivação de direitos sociais, como no caso a saúde, deve ser analisada sob a ótica de se garantir o mínimo de igualdade que permita um sistema equitativo de cooperação, sem que alguns disponham de melhores condições de negociação que outros.

1.3 LIMITES DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Cediço que existem limitações financeiras e orçamentárias para a efetivação plena dos direitos fundamentais. É justamente do Estado pós-social que se evidencia lacuna entre os instrumentos normativos que sustentam direitos e garantias fundamentais e sua efetiva prestação. Nasce, a partir de então, o exercício do direito de ação, em busca de tutela jurisdicional garantidora do atendimento de preceitos fundamentais adequados aos direitos do cidadão.

Considerando-se a limitação orçamentária, todavia, aliada à consecutória impossibilidade de efetivação absoluta dos direitos fundamentais de segunda geração, surge a discussão acerca de limites à concretização daqueles direitos.

1.3.1 Teoria da Reserva do Possível

Uma das argumentações de restrição à intervenção do Poder Judiciário em questões relacionadas à efetivação dos direitos sociais, *in casu* ao direito à saúde, é a teoria da reserva do possível, referenciada pelo Tribunal Constitucional alemão, quando da decisão conhecida como *numerus clausus*.

A questão nuclear envolvida naquele caso referia-se à pretensão de alguns estudantes que haviam sido reprovados no exame de admissão das escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em virtude de política de limitação de vagas em cursos superiores.

O pleito foi estribado na argumentação de que o artigo 12 da Lei Fundamental garantia a todos os alemães o direito de livre escolha de profissão, local de trabalho e centro de

formação.

Em deliberação acerca da perlanga, o Tribunal Constitucional concluiu que o direito à prestação positiva encontrava-se balizado pela reserva do possível, no sentido de que a pretensão do cidadão estaria limitada àquilo que, de maneira razoável, se pode esperar do Estado.

Na visão de Sarlet (2001. p. 265) o Tribunal alemão conduziu conclusão no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Percebe-se, pois, que a teoria da reserva do possível, em sua origem, não se atém exclusivamente à questão da impossibilidade ou dificuldade financeira do Estado na implementação e efetivação dos direitos fundamentais, mas, para além, à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo.

Não se pode, nesse interregno, transmudar a teoria da reserva do possível em teoria da reserva do financeiramente possível, sob pena de se inviabilizar o controle judicial da efetivação dos direitos sociais, sobretudo no que se refere a prestações positivas.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil teve a oportunidade de deliberar a esses respeito quando do julgamento da ADPF nº 45, da Relatoria do Ministro Celso de Mello consignou:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômica-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais de um sentido de essencial fundamentalidade.

Para Mânica (2008, p. 101) tal viés da teoria da reserva do possível é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos. Esse postulado, fundamento da ciência econômica, deve ser levado em conta tanto na definição das políticas públicas quando na decisão judicial no caso concreto. Entretanto, nessa última hipótese, a insuficiência de recursos deve ser comprovada. A situação não é de fácil concreção prática e tende a ocorrer, sobretudo, no âmbito municipal em questões que envolvam a construção de obras públicas.

Sobre o caso, já deliberou do Tribunal da Cidadania, quando do julgamento do Recurso Especial nº 208893/PR:

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autos da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.

(...)

Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido ‘demonstrou não ter, no momento, condições de efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município’. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida.

Assim como fora outrora adotado pela justiça alemã, a teoria da reserva do possível deve adotar como referencial a racionalidade daquilo que o cidadão deve e pode esperar do Estado. Essa racionalidade não pode ser aferida genericamente com base em questões unicamente financeiras e orçamentárias, mas deve, isso sim, ser ponderada individualmente em cada caso concreto, donde deverá se verificar a proporcionalidade daquilo que se espera do Estado em comparação com a capacidade de disposição de recursos por ele.

Na visão de Mânica (2008, p. 101) a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão

judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação.

1.3.2 O critério da proporcionalidade

A proporcionalidade desempenha um importante papel estratégico na questão referente à intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais e implementação de políticas públicas, com respeito à discricionariedade administrativa.

Os direitos fundamentais, enquanto na dimensão positiva, impõem prestações por parte do Estado no sentido de efetivar os direitos tutelados pela ordem constitucional. Todavia, ao contrário do que ocorre na dimensão negativa, nem todas as prestações por parte do Estado podem ser consideradas devidas, abrindo-se, assim, campo para a ponderação e análise da proporcionalidade.

Segundo Alexy (1990, p. 62 apud LEAL, 2015, p. 143-163) quando o que está em pauta é a proibição de matar, esta proibição atinge, *prima facie*, toda e qualquer forma de morte (independentemente do meio empregado); já na hipótese de haver um dever em sentido contrário, de salvamento – cuja dimensão é objetiva – nem todos os meios disponíveis para tanto são, desde logo, impostos.

O destinatário do dever de atuação positiva para efetivação do direito social tem um espaço de deliberação discricionária, em sede do qual pode optar pela melhor forma a ser adotada, de acordo com os fins reputados mais adequados. Trata-se do núcleo essencial das políticas públicas, consubstanciado nas escolhas do Administrador Público das formas mais adequadas ao atingimento da obrigação ou do dever fixado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, esse espaço discricionário de deliberação do Administrador Público, encontra limites na efetividade, e não mera programaticidade dos direitos fundamentais de segunda geração.

O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade: quando as escolhas satisfazem o teste de proporcionalidade, prevalece a lógica da discricionariedade; havendo desproporcionalidade

(na ponderação entre fins por ocasião da alocação de recursos e/ou na ponderação entre meios e fins), a intervenção do Judiciário se justifica. (LEAL, 2015, p. 143-163)

O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1800-1/DF, julgada em 2006, deliberou sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade:

[...] como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição do excesso (übermassverbot) e, de outro, a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot). [...] A medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, o qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita seus direitos de cidadania.

O princípio da proporcionalidade pode muito contribuir na solução de demandas coletivas em matéria de direitos prestacionais, visto que as prestações estatais dependem de recursos públicos escassos e a necessidade e a adequação da medida postulada pela comunidade serão avaliadas a partir dos limites impeditivos trazidos pelo poder público. Soluções compromissórias afiguram-se razoáveis no contexto de um país ainda muito marcado por transformações econômicas e sociais permanentes que retiram do horizonte de longo prazo a estabilidade inerente a qualquer planejamento. Compromissos republicanos, firmados com o objetivo máximo de concretizar o texto, é que devem pautar tais medidas coletivas levadas ao judiciário. (Malica, 2015,p.267-289)

Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de Intervenção Federal nº 139-1/SP, julgado em 19.03.2003, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. Em face de um conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado deve afigurar-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de relativização do princípio contraposto).

2 ORÇAMENTO PÚBLICO E O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE

2.1 ORÇAMENTO PÚBLICO E OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

O orçamento público é instrumento de planejamento financeiro do Estado e tem por objeto a realização da previsão de receitas e despesas previamente fixadas. Possui natureza política, jurídica e econômica e demonstra as prioridades de programas definidos pela administração pública perante a sociedade, além de conjugar os interesses dos três Poderes, de modo harmônico e independente.

Funciona, o orçamento público, como um dos pilares da democracia. Não pode o Governo gastar recursos públicos sem prévia autorização pelos representantes eleitos diretamente pelo povo. Segundo historiadores, tal ideal remonta à Carta Magna de João Sem Terra, de 1215. (AFONSO, 2019, p. 10)

A ideia de orçamento público com o objetivo de previsão e controle de gastos públicos surgiu com a necessidade de se distinguir o patrimônio do Estado em relação ao do imperador, rei ou governante, além de especificar limites à arrecadação e gastos do governo.

Na era moderna, a preocupação com balizamento dos atos governamentais é evidenciada com o surgimento do constitucionalismo. Destaca-se, nesse ínterim, a Declaração de Direitos da Inglaterra (*Bill of Rights*), de 1689, além da revolução americana de 1776, e a revolução francesa de 1789. As duas últimas foram caracterizadas pela cobrança de impostos abusivos e por gastos desproporcionais dos monarcas e acabaram influenciando a criação de sistemas jurídicos destinados ao controle de gastos e arrecadação pelos governantes.

Para Aliomar Baleeiro (1997, p.80) a lenta e secular evolução da democracia, desde a Idade Média até hoje, é marcada pela gradual conquista do direito de os contribuintes autorizarem a cobrança de impostos e do correlato direito de conhecimento de causa e escolha dos fins que serão aplicados. Da Carta Magna e das revoluções britânicas do século XVII às revoluções americana e francesa do século XVIII, há uma longa e penosa luta para conquistas desses direitos que assinalam a íntima coordenação de fenômenos financeiros e políticos.

Como nascedouro do orçamento público constata-se que em 1706 a Câmara dos Comuns da Inglaterra determinou, por meio da Resolução nº 66, que seria incumbência do Executivo a responsabilidade pelas finanças do governo, coordenando a proposta de receitas e

de despesas, ficando a cargo do Parlamento aprová-la, inclusive exercendo o controle de execução orçamentária. Em 1787 foi aprovada a Lei do Fundo Consolidado (*Consolidated Fund Act*), para registro e controle de todas as receitas e despesas inglesas. Em 1822 foi elaborado formalmente o primeiro orçamento na Inglaterra. (PIRES, 2006, p. 16-25).

Voltando os olhos ao Brasil, verifica-se que a partir da independência as Constituições passaram a prever normas de conteúdo orçamentário.

Leciona Carlos Valder do Nascimento (1999, p. 64-65) que da Constituição de 1824 até a presente data, o processo orçamentário foi se consolidando e se aperfeiçoando ao longo do tempo. Todas as Constituições durante esse período atribuíram grande importância ao orçamento, cumprindo destacar as seguintes fases de sua evolução: a) há exigência para que um Balanço geral seja encaminhado à Câmara com vista à organização do orçamento geral; b) unificação das receitas e despesas mediante lei específica; c) criação do Tribunal de Contas da União – TCU; d) instituição do Código de Contabilidade Pública; e) reforma orçamentária permitindo, inclusive, o estorno de verbas; f) padronização dos orçamentos das pessoas de direito público; g) criação de Divisão de Orçamento do Departamento Administrativo do Serviço Público; h) divisão da receita ordinária e extraordinária e da despesa ordinária de capital; i) instituição de normas gerais de direito financeiro e tributário, com nova discriminação de renda.

A Constituição Federal de 1988 implementou importantes alterações no orçamento público brasileiro, notadamente em capítulo próprio destinado às finanças públicas, no qual se inserem os artigos 165 ao 169.(BRASIL, 1988)

Dentre as importantes modificações vale destacar a democratização das políticas públicas, com reforço da atuação do Poder Legislativo e criação de instrumentos jurídicos de planejamento integrado, através do plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais.

Outra inovação relevante é a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), cujo objetivo foi garantir ampla transparência, eficiência e controle aos gastos públicos.(BRASIL, 2000)

Pois bem. O orçamento público é um instrumento de planejamento do Estado através do qual é dado prever suas receitas e a fixação de despesas para um determinado interregno de tempo. É através do orçamento que ao cidadão é dado identificar o destino dos recursos arrecadados pelo Estado.

Para Afonso (2016, p. 11) o orçamento, na interpretação literal do vocábulo, está centrado em leis periódicas que objetivam autorizar utilização dos recursos públicos pelos governos, ou seja, visa estimar receitas e fixar despesas.

Na visão de Baleeiro (1997, p. 387), orçamento público é o ato pelo qual o Poder Executivo prevê e o Poder Legislativo autoriza, por certo período de tempo, a execução das despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

Nas palavras de Conti e Pinto (2014) o planejamento orçamentário consubstancia estimativa das despesas que devem ser legalmente autorizadas, que deverão ser suportadas por uma compatível arrecadação.

O orçamento público, que visa atender demandas sociais, através de ações pré-estabelecidas por meio de deliberações políticas, possui assento constitucional, notadamente no artigo 165 da Constituição de 1988, bem assim em leis infraconstitucionais, que regulam a sua elaboração, execução e acompanhamento. (BRASIL, 1988)

Para além de um ato meramente contábil destinado a identificar os recursos financeiros arrecadáveis e projetar despesas a serem realizadas, o orçamento público consubstancia documento de natureza eminentemente política. Isso porque revela as pretensões e programas da Administração Pública perante a sociedade.

É por meio do orçamento que o administrador público busca concretizar os planos e as decisões políticas em obras e serviços.

Assim, o orçamento público evidencia a estrutura jurídica que norteia a construção orçamentária do Estado. É instrumento de controle de finanças do governo. É mais, um plano de atividades do governo, em sede do qual são apontados os serviços que serão prestados aos cidadãos e o respectivo custo, e instrumento de execução de planos de governo.

Assinala Affonso Almiro (1957, p. 113-114) que caracteriza-se, assim, o orçamento, como um plano governamental, como um programa de administração que se renova, que se atualiza, cada ano, e que envolve os interesses de todos os contribuintes, de todas as classes, de todos os setores de produção, de toda a nação, enfim, sendo, por isso mesmo, uma ato político por excelência.

Para Domingues (2008, p.300) a peça fundamental da democracia financeira é a lei orçamentária anual, a verdadeira costura que, demonstrando a necessária conexão entre receita e despesa, determina à Administração a realização das políticas públicas aprovadas pelo Legislativo a partir da proposta partilhada com o Executivo.

O aspecto político, do qual é dotado o orçamento público, caracteriza-se pela demonstração das políticas públicas estatais envolvidas, sobretudo por evidenciar decisões de interesse da coletividade social, além de contemplar as necessidades do três Poderes. É, pois, um documento de cunho, além de econômico, político, que consubstancia uma lei originária do Poder Executivo, mas analisada, votada e aprovada pelo Poder Legislativo.

Nos termos da etiqueta contida no parágrafo 5º do artigo 165 da Constituição Federal, o orçamento, que será anual, compreende: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988)

O arranjo constitucional fixou um sistema de planejamento e orçamento através de três instrumentos, quais sejam: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual.

Por força da etiqueta contida no artigo 25 da Constituição Federal, e em razão da simetria das normas constitucionais, as disposições orçamentárias contidas no texto constitucional aplicam-se igualmente aos orçamentos estaduais, municipais e do Distrito Federal.(BRASIL, 1988)

Nos termos do que dispõe o artigo 165, §1º da Constituição Federal, o Plano Plurianual (PPA), caracterizado por um planejamento estratégico de longo prazo, tem a função de estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.(BRASIL, 1988)

Funciona, pois, o Plano Plurianual, como a materialização do plano de governo e serve como baliza para a elaboração e execução do orçamento público.

Cuida-se de lei que possui vigência por quatro anos, iniciando-se no segundo ano do mandato presidencial e encerrando-se no fim do primeiro ano do mandato seguinte, nos exatos termos do que dispõe o artigo 35, §2º dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.(BRASIL, 1988)

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), por sua vez, visa estabelecer metas e prioridades da administração pública, incluindo despesas de capital para o exercício

financeiro subsequente. Ademais, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (BRASIL, 1988).

Por fim, a Lei Orçamentária Anual (LOA), que é um planejamento operacional de curto prazo (período anual), cuida da alocação de recursos para efetivação de programas, projetos e atividades, de acordo com o PPA e a LDO.

Sua finalidade é a execução de planejamentos e compreende, nos moldes determinados pelo artigo 165, §5º da Constituição Federal: I – orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.(BRASIL,1988)

Configura lei anual e o seu projeto deverá ser encaminhado ao Poder Legiferante até o dia 31 de agosto de cada ano, a fim de vigor no exercício financeiro subsequente.

É ato indispensável para a realização da atividade financeira do Estado. Nele está contida a previsão de todas as receitas públicas, bem assim a fixação de todas as despesas para os três Poderes, seus órgãos, fundos e entidades da administração pública, direta e indireta, e fundações públicas. Engloba, outrossim, todas as despesas relativas à dívida pública e as receitas que as atenderão.

Cediço que, após intensos debates estendidos por diversas linhas jurídicas e filosóficas, os princípios adquiriram força normativa, de modo que são dotados de cogência e eficácia.

Os princípios passaram a ombrear as regras dentro do gênero norma e exercem importante papel na construção de bases argumentativas para a aplicação da teoria. São eles que oferecem os fundamentos necessários para a interpretação e correta aplicação dos comandos normativos.

Para Celso Antônio de Mello (2005) princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Em se tratando de orçamento público, além dos princípios específicos, deve o Estado atentar para a realização dos princípios genéricos que informam a atividade administrativa, de acordo com o que especifica o artigo 37 da Constituição Federal. Dentre eles, destacam-se: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL, 1988)

Em relação aos princípios orçamentários específicos, o primeiro a se destacar é o Princípio da Legalidade, que determina uma atividade vinculada às previsões contidas nas leis orçamentárias. A própria previsão do artigo 165 da Constituição Federal determina que o Poder executivo tomará a iniciativa de estabelecer o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Assim, as previsões de receitas e despesas servirão de norte para a atividade financeira estatal.(BRASIL, 1988)

Por outro lado, o Princípio da Anualidade visa estabelecer a periodicidade do orçamento, com a preocupação de que o Administrador Público reveja, dentro de um ano, conforme estabelece o artigo 165, III, da Constituição Federal, as prioridades, atividades e investimentos. Outrossim, com a vigência anual do orçamento, é dado ao Poder Legislativo exercer maior controle dos atos financeiros da Administração Pública.(BRASIL, 1988)

No que se refere à forma, o Princípio da Unidade estabelece a integração finalística e a harmonização entre as partes que integram o orçamento público. Essa unidade, por contemplar todas as receitas e despesas do Estado, permite uma análise global e um controle mais eficaz das receitas e despesas.

A Unidade é princípio orçamentário clássico que determina que o orçamento de cada ente federado deve ser elaborado com base numa mesma política orçamentária, estruturado de modo uniforme e contido num só documento. (SANCHES, 2004, p.37)

A Lei nº 4.320/64 consagrou expressamente essa norma ao dispor que a Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade. (BRASIL, 1964)

Em relação ao conteúdo, o Princípio da Universalidade estatui que o orçamento deverá conter todas as receitas e despesas pelo seu valor total bruto, sem deduções ou exclusões, como forma de oportunizar ao Poder Legislativo análise da exata demonstração das despesas nele autorizadas.

O princípio da universalidade foi sempre considerado essencial a uma boa administração orçamentária. Sua formulação, como quase todos os princípios orçamentários, efetivou-se em nome do controle político das atividades financeiras. (SILVA, 1973, p. 146).

O artigo 2º da Lei nº 4.320/64 estabelece que a Lei de Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a atender aos princípios da unidade, universalidade e anualidade. Outrossim, o artigo 6º do mesmo diploma legal determina que todas as receitas e despesas constarão de Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções. (BRASIL, 1964)

A lei orçamentária deve se prestar tão somente à previsão de receitas e despesas do Estado. É o que determina o Princípio da Exclusividade. Veda-se, pois, a inclusão de matérias outras que não relacionadas às despesas e receitas do Estado, evitando-se, assim, eventuais manobras políticas.

O artigo 165, §8º da Constituição Federal prevê expressamente que a lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operadores de crédito, ainda que por antecipação de receita. (BRASIL, 1988)

Pelo Princípio da Programação, ou Planejamento, o orçamento deve demonstrar o programa ou plano de governo para o período a que se refere, indicando harmonia entre as previsões da lei orçamentária, do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

Trata-se, pois, do orçamento programa, em sede do qual é possível identificar os gastos com projetos e os custos finais, como forma de garantir controle da eficiência do planejamento.

Do orçamento-programa constam os seguintes elementos essenciais: objetivos e propósitos perseguidos pela instituição e para cuja consecução são utilizados os recursos orçamentários; os instrumentos de integração dos esforços governamentais no sentido da concretização dos objetivos; os custos dos programas medidos por meio da identificação dos meios necessário a obtenção dos resultados; e, por fim, medidas de desempenho das realizações e os esforços despendidos na execução dos programas. (Giacomoni, 2010, p.166)

Em prol de estabelecer uma maior liberdade e flexibilidade na aplicação de recursos públicos, objetivando-se o atendimento à conveniência e necessidade, o Princípio da Não Vinculação proíbe que a receita do produto da arrecadação esteja vinculada a uma específica destinação. Importante consignar, todavia, que esse princípio se aplica tão só aos impostos, haja vista que taxas e contribuições consubstanciam tributos com destinação específica e previamente estabelecida em lei.

Por previsão expressa do artigo 167 da Constituição Federal, são vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de

despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; e III – a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta. (BRASIL, 1988).

Cuida-se do Princípio da Limitação, que condiciona a realização de despesas e a correspondente utilização de créditos às previsões contidas no orçamento público.

Como forma de possibilitar amplo acesso ao conteúdo do orçamento por todos os cidadãos, o Princípio da Publicidade determina a divulgação através dos meios oficiais de comunicação, bem assim a sua publicação no Diário Oficial. Ademais, além de ampla publicidade, o orçamento deve ser facilmente compreensível para os cidadãos, bem assim para os órgãos de fiscalização. Pois, pelo Princípio da Transparência, visa-se evitar manobras fiscais ilegítimas e de legalidade duvidosa

Pelo Princípio da Técnica, o orçamento público deverá possibilitar ampla compreensão, de modo que seus dados devem ser uniformes e padronizados, o conteúdo apresentar clareza, e haver especificação na classificação e designação das suas informações.

Com fundamento na boa-fé e nos princípios da moralidade, legalidade, transparência e planejamento orçamentário, surge o Princípio da Sinceridade Orçamentária, pelo qual o objetivo é tornar o orçamento realista e coibir realização em desacordo com a realidade econômica e social.

Por fim, o orçamento público deverá atender ao equilíbrio financeiro entre as receitas e as despesas, a fim de se evitar a existência de déficit. Trata-se do Princípio do Equilíbrio, pelo qual se estabelece um conjunto de parâmetros que confirmam às contas públicas a necessária e indispensável estabilidade, como forma de garantir ao Estado a realização de suas finalidades. (Figueiredo, 2006, p. 138).

A Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – evidencia a importância do equilíbrio para o orçamento e balanceamento das contas públicas. Esse mandamento nuclear tem relevante importância a servir de baliza para que a peça orçamentária não ultrapasse os limites estabelecidos entre receitas e despesas. (BRASIL, 2000)

No que se refere ao financiamento da saúde, sabe-se que o legislador constitucional previu a necessidade de se repartir dos recursos da seguridade social, de modo a permitir que suas três áreas (saúde, assistência e seguridade social) pudessem ser financiadas de maneira equilibrada. (Pinto, Bahia e Santos, 2016, p. 10)

No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o constituinte reservou 30% do orçamento da seguridade social para a saúde. Buscou-se, assim, garantir sustentabilidade financeira para as ações através de um equilíbrio entre a saúde as demais áreas na divisão do orçamento na mesma proporção da população atendida. (Pinto, Bahia e Santos, 2016, p. 10)

A bem da verdade, na prática, essa divisão equitativa não ocorreu, sendo que a Emenda Constitucional nº 20 retirou a saúde, bem assim a assistência, da repartição da previdência social. Referida emenda marcou drasticamente o orçamento público da saúde, que acabou por ficar sem fonte específica para seu sustento.

Posteriormente foi editada uma nova Emenda Constitucional, desta feita de nº 29, datada de 13 de setembro de 2000, a fim de assegurar fontes específicas para a saúde pública, e acabou por delegar à lei complementar a fixação de patamares da receita destinados à saúde.

Referida regulamentação demorou doze anos e com a edição da Lei Complementar nº 141, de 16 de janeiro de 2012, foi fixado o regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, definidos de forma permanente mas suscetível de revisão quinquenal.

Restaram definidos os percentuais de 12% da receita de impostos e transferências para os Estados, de 15% para os Municípios, bem assim o valor do ano anterior, acrescido da variação nominal do produto interno bruto – PIB, para a União.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Políticas Públicas consubstanciam as providências necessárias a fim de que os direitos sejam realizados e efetivados, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governantes. (Oliveira, 2006, p. 251).

Caracterizam-se pelo conjunto de atos tendenciosos a implementar valores e objetivos resguardados pelo ordenamento jurídico.

Para Bucci (2006, p.241) políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. A política

pública é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados.

A relação existente entre as políticas públicas e o orçamento, nas palavras de Ricardo Lobo Torres (2000, p. 110), é dialético. Ou seja, enquanto o orçamento prevê e autoriza despesas para implementação de políticas públicas, estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e pelo princípio do equilíbrio orçamentário, entre outros.

Para Afonso (2016, p.9), o reconhecimento de direitos fundamentais dos cidadãos guarda vinculação com as aplicações de recursos públicos e, pois, depende do orçamento público.

Destarte, no Estado Democrático é o orçamento que instrumentaliza as políticas públicas e acaba por balizar o grau de efetividade e concretude dos direitos fundamentais impostos pela ordem constitucional.

Questão delicada que se revela no âmbito da adoção das políticas públicas, dentre as quais se insere a saúde, está relacionada à judicialização da política, ou politização da justiça. Em outras palavras, se revela delicada a situação de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas adotadas por aquele que, no arranjo constitucional, tem competência para tanto e, por consectário lógico, deve pensar o orçamento público e a ele encontra-se vinculado.

Um dos motivos dessa atuação do judiciário sobre as políticas públicas é chamado princípio da vedação do retrocesso social, para o qual os patamares já alcançados na provisão de direitos sociais não poderiam ser reduzidos em momento posterior, mas, ao menos, mantidos, se não ampliados.

Para Pinto (2017), esse argumento vem sendo sistematicamente aplicado em ataque a qualquer legislação considerada como neoliberal, por hipoteticamente restringir algum direito social já alcançado. Alega-se, por exemplo, que a reforma trabalhista e o Código Florestal seriam contaminados de inconstitucionalidade por supostamente representarem retrocesso na defesa de direitos dos trabalhadores e ao meio ambiente.

A interpretação da vedação ao retrocesso, entretanto, deve ser realizada de maneira mais tênue, na medida em que a presunção de desrespeito à Constituição deve ser ponderada de modo a possibilitar o necessário alcance concomitante de outros valores também assentados constitucionalmente.

Daí a necessidade de pensar a reserva do possível, conforme já mencionado alhures, como forma de se ponderar a disponibilidade de recursos financeiros suficientes para fazer frente aos direitos fundamentais, sobretudo de caráter social.

Essa modulação, todavia, deve ser afastada quando da delimitação do núcleo essencial do direito fundamental, encarado como um núcleo normativo que compreende um mínimo existencial, sem o qual caracterizada estaria flagrante violação dos direitos fundamentais.

Conclui-se, pois, que o retrocesso não pode ser absolutamente vedado, sobretudo no que se refere à parcela que excede ao mínimo existencial, condicionado, outrossim, à demonstração da necessidade frente a outros valores constitucionais.

Em Portugal, um importante marco no reconhecimento do princípio foi o acórdão do Tribunal Constitucional, que considerou inconstitucional a revogação de dispositivos legais instituidores do Serviço Nacional de Saúde. No Brasil, os precedentes mais relevantes são o voto minoritário do Ministro Celso de Melo na ADI 3105/DF, contrário à contribuição previdenciária para inativos e pensionistas instituída pela Emenda Constitucional 41/2003, e o acórdão da Segunda Turma do STF no ARE 639337, relatado pelo mesmo Ministro, relativo à matrícula de crianças em creches próximas a sua residência. Na América Latina, há registro de emprego do princípio também em outros países, podendo ser citada a Sentença T-1318/2015 da Corte Constitucional da Colômbia, relativa a contrato celebrado no âmbito da política habitacional. (PINTO, 2017)

Em outras palavras, a promoção de direitos fundamentais, sobretudo no que diz aos direitos sociais, depende da situação financeiras do Estado. Tanto que os documentos internacionais referem-se expressamente à expressão “recursos disponíveis”.

Um exemplo é o artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que em seu artigo 2º prevê:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e seu Protocolo Adicional em Matéria de Recursos Econômicos, Sociais e Culturais.

Para Pinto (2017) a progressividade do atendimento dos direitos sociais decorre da expectativa de que o desenvolvimento econômico maximizaria a qualidade de vida da população, bem assim a receita dos governos. Todavia, não se pode olvidar que o desenvolvimento não é linear. Diversos fatores podem levar os países à recessão ou mesmo à depressão econômica: guerras, catástrofes naturais, crises políticas, má gestão da política econômica, etc. Além disso, a economia de mercado apresenta ciclos de crescimento e recessão que atingem mesmo os países desenvolvidos.

Em não raras situações a adoção de uma política pública acaba por implicar prejuízo a outras políticas, sobretudo se se considerar a limitação orçamentária.

O direito à saúde, por exemplo, não está limitado ao tratamento de saúde ou dispensação de medicamentos, nos termos da regulação do Sistema Único de Saúde, mas, para além, alcança medidas outras como as políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, nos moldes do que determina a etiqueta contida no artigo 196 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, a adoção de uma política pública de saúde pode, em contraponto, afetar a aplicação de outras políticas igualmente importantes para a promoção daquele direito social, a ponto de limitá-la ou mesmo inviabilizá-la. A alocação de recursos para o cumprimento de prestações positivas pelo Estado no campo da saúde, como a dispensação de medicamentos por exemplo, inclusive nos casos de ordem judicial, poderá afetar outras medidas igualmente importantes, tais como o saneamento básico, a segurança alimentar, as medidas preventivas, entre outras.

2.2.1 O Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde é formado por várias instituições nos três níveis de governo, quais sejam União, Estados / Distrito Federal e Municípios e, de maneira complementar, pelo setor privado contratado e conveniado.

Entre as finalidades do SUS destacam-se: I – atendimento a todos, na medida de suas necessidades e independentemente de contraprestação; II – atuação de maneira integral, com as ações de saúde adequadas à promoção, prevenção e tratamento de acordo com as necessidades dos indivíduos e da comunidade como um todo; III – descentralização; IV –

racionalidade na organização de suas ações e serviços, de modo a atender às necessidades da população; V – eficiência, eficácia e produção de resultados de qualidade; VI – ser democrático, na medida em que deverá assegurar o direito de participação de todos os segmentos envolvidos com o sistema; VII – ser equânime a fim de respeitar nas diferentes necessidades de cada indivíduo, de modo atento às suas desigualdades.

A construção do Sistema Único de Saúde possui nascedouro na Reforma Sanitarista de 1970, através da diretriz de descentralização de ações e serviços de saúde.

Em 1975 foi criado pela União o Sistema Nacional de Saúde (SNS), em sede do qual a competência para a execução das ações e dos serviços de saúde foi dividida entre os Ministérios da Saúde, da Previdência e da Assistência Social, da Educação e do Trabalho.

Dois anos após foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), em cuja a composição se enquadravam: o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), Legião Brasileira de Assistência (LBA); Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM), Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV) e Central de Medicamentos (CEME).

Em 1979 foi iniciada a discussão acerca da proposta de reorientação do sistema de saúde. A crise econômica dos anos 80 evidenciou a necessidade de alteração do sistema até então vigente, que assegurava assistência à saúde tão só daqueles que contribuía para a Previdência Social.

Em 1986 ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde que discutiu a situação da saúde no Brasil, e acabou por aprovar relatório com recomendações de descentralização, participação popular e eficiência da gestão local.

As recomendações de então, passaram a constituir um projeto de reforma sanitária nacional, com proposta de implantação de um Sistema Único de Saúde.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu como direito social o direito à saúde. Para mais, definiu competências normativas e materiais para a União, os Estados e os Municípios em relação à saúde. Cuidou de criar o Sistema Único de Saúde, estabelecer seus princípios fundantes, bem assim os direitos básicos do cidadão em relação àquele. Em arremate, estabeleceu regramento acerca dos investimentos estatais na área da saúde bem como a possibilidade de atuação de agentes privados em suplementação ao novel sistema. (BRASIL, 1988)

Empós, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) cuidou de regulamentar o Sistema Único de Saúde e disciplinar sua atuação nos três níveis de governo da federação. (BRASIL, 1990)

Nos termos do que dispõe o artigo 198 da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, além de constituir um sistema único e organizado. (BRASIL, 1988)

Como diretrizes de organização o próprio texto constitucional impõe a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, além de atendimento integral, prioritariamente para as atividades preventivas e sem óbice aos serviços assistenciais, e da participação da comunidade

Ao Sistema Único de Saúde compete, nos termos do que dispõe o artigo 200 da Constituição, controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública e, igualmente, participar da produção de medicamentos, equipamentos e saúde. Deve, outrossim, executar ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador, além de participar da formulação da política e execução das ações de saneamento básico, conjuntamente com os demais órgãos, sejam públicos ou privados, específicos do setor. (BRASIL, 1988)

Para Ciarlini (2008) por ter a matéria relevância pública, sua implantação, fiscalização e controle competem ao poder público, sendo que a execução direta das ações e serviços a ela inerentes, pelo Estado, é procedida por determinadas instituições jurídicas, a quem incumbe a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto, o sistema adota como diretrizes, com respaldo no artigo 198 da Constituição Federal, a descentralização, com direção única em cada esfera do governo, o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais, a participação da comunidade e, finalmente, o financiamento permanente, com vinculação de recursos orçamentários.

O Sistema Único de Saúde caracteriza-se por ser um projeto que consagra os princípios da Universalidade, Equidade, Integralidade da atenção à saúde do cidadão brasileiro, bem assim a participação da comunidade, regionalização, hierarquização e descentralização.

A base nuclear da política de saúde e da organização do Sistema Único de Saúde no Brasil é a etiqueta contida no artigo 196 da Constituição Federal, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Extrai-se, pois, a ideia da saúde como direito de cidadania, inerente a todos os brasileiros, natos ou naturalizados, com a respectiva responsabilização do ente estatal pela promoção da saúde e a proteção do cidadão contra riscos ou agravos de doenças.

O atendimento da responsabilidade estatal fixada pelo artigo 196 da Constituição Federal perpassa pela formulação e implementação de políticas econômicas e sociais que objetivem atingir os desideratos fixados pelo texto constitucional, através da garantia do acesso aos serviços de saúde.(BRASIL, 1988)

A universalidade é, assim, um ideal a ser alcançado pelo Estado. Caracteriza um princípio finalístico do Sistema Único de Saúde, que garantirá extensão de seus serviços, e deverão ser acessíveis a todos os cidadãos.

Na visão de Teixeira (2011, p.3) o pleno exercício desse direito, entretanto, exige a superação das barreiras econômicas, sociais e culturais que ainda interpõem entre os usuários e o sistema de serviços de saúde. Do ponto de vista econômico, ainda que a população não precise pagar diretamente pelos serviços (o financiamento é assegurado pelo Estado, mediante a utilização de fundos públicos), não se pode negar que a enorme parcela pobre, que vive em pequenos municípios com baixo grau de desenvolvimento econômico ou habitam a periferia das grandes cidades, não dispõem de condições mínimas de acesso aos serviços, às vezes até porque não tem como pagar o transporte necessário para chegar a uma unidade de saúde. Por outro lado, o Estado precisa dispor de um volume de recursos financeiros capaz de ser investido na ampliação da infra-estrutura do sistema, isto é, na construção e reforma de unidades de saúde, na compra de equipamentos e insumos, na contratação e pagamento de pessoal qualificado a trabalhar na produção de ações e serviços de saúde de distintas naturezas e graus de complexidade. Enfim, para garantir a universalização do acesso, a construção do SUS tem demandado um esforço enorme para a garantia do financiamento do sistema, bem como o gerenciamento dos recursos financeiros de modo que sejam utilizados na expansão e qualificação dos serviços públicos em todo o país.

Outro princípio finalístico do Sistema Único de Saúde é a equidade, segundo o qual deve-se alcançar a igualdade de oportunidades entre os membros de uma mesma sociedade.

A contribuição do SUS para o alcance da equidade se dá através da redistribuição da oferta de ações e serviços, de modo que grupos sociais com piores condições de vida e saúde mereçam uma maior preocupação do sistema.

Nesse ponto Medici (2017, p. 7), em análise acerca da realidade do sistema de saúde, observa que os recursos do SUS atualmente financiam uma camada da população que poderia prescindir do suporte público, e ao mesmo tempo deixam sem acesso uma parte expressiva da população mais pobre do país, que ainda vive em regiões como falta de infraestrutura de saúde.

As políticas devem ser voltadas, pois, para segmentos sociais mais expostos aos riscos de doença e à vida, em características específicas, tais como genética, financeira, histórica e cultural.

O artigo 198 da Constituição Federal estatui como uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde a integralidade do atendimento. O artigo 7º da Lei Orgânica da Saúde, por sua vez, institui como princípio a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Élida Graziane Pinto (2016, p.3) aponta que o modo pelo qual o Estado brasileiro foi incumbido de garantir direito à saúde, pressupõe, organicamente, um sistema único norteado pelas diretrizes da universalidade, integralidade, descentralização e participação da comunidade, assim como exige custeio fixado em bases minimamente proporcionais em razão do volume das receitas governamentais.

2.2.2 Assistência Farmacêutica e Política Nacional de Medicamentos

A Política Nacional de Medicamentos define a assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde. Tratam-se de atividades relacionadas à dispensação de medicamentos com base na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), além de controle de qualidade, eficácia terapêutica e avaliação da utilização racional.

Nos termos da Portaria nº 3.916 do Ministério da Saúde, de 30 de outubro de 1.998, que dispõe sobre a aprovação da Política Nacional de Medicamentos, estabelece que a gestão de assistência farmacêutica será descentralizada e a aquisição de fármacos será feita com base em critérios epidemiológicos para melhor atender as necessidades da população local. (BRASIL, 1998)

Dentre outras normativas, colhe-se da Portaria 3.916/1998, do Ministério da Saúde, que a Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população.

O seu principal objetivo é a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, bem assim a promoção do uso racional e o acesso aos fármacos considerados essenciais. Embasa-se nos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde para implementação de planos, programas e atividades desenvolvidos nos âmbitos federal, estaduais e municipais.

Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde. Contempla diretrizes e define prioridades relacionadas à legislação - incluindo a regulamentação -, inspeção, controle e garantia da qualidade, seleção, aquisição e distribuição, uso racional de medicamentos, desenvolvimento de recursos humanos e desenvolvimento científico e tecnológico.

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, concentrarão esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas.

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.

O fato de que a Relação Nacional, conforme assinalado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais, favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Visando maior veiculação, a RENAME deverá ser continuamente divulgada por diferentes meios, como a Internet, por exemplo, possibilitando, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema.

Nesse contexto, serão enfatizadas, especialmente pelo gestor federal, as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da fármaco-vigilância.

Para tanto, deverão ser utilizadas comissões técnicas e grupos assessores com a finalidade de respaldar e subsidiar as atividades de regulamentação e as decisões que envolvam questões de natureza científica e técnica.

A promoção do uso de medicamentos genéricos será, igualmente, objeto de atenção especial. Portanto, o gestor federal deverá identificar os mecanismos necessários para tanto, por exemplo, a adequação do instrumento legal específico.

O modelo de assistência farmacêutica será reorientado de modo a que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos. As ações incluídas nesse campo da assistência terão por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais.

A aquisição de medicamentos será programada pelos estados e municípios de acordo com os critérios técnicos e administrativos. O gestor federal participa do processo de aquisição dos produtos mediante o repasse fundo-a-fundo de recursos financeiros e a cooperação técnica.

A aquisição e a distribuição, pelo Ministério, dos produtos componentes da assistência farmacêutica básica serão substituídas pela transferência regular e automática, fundo-a-fundo, de recursos federais, sob a forma de incentivo agregado ao Piso da Atenção Básica. Esses recursos serão utilizados prioritariamente para a aquisição, pelos municípios e sob a

coordenação dos estados, dos medicamentos necessários à atenção básica à saúde de suas populações.

O gestor estadual deverá coordenar esse processo no âmbito do estado, com a cooperação técnica do gestor federal, de forma a garantir que a aquisição realize-se em conformidade com a situação epidemiológica do município, e que o acesso da população aos produtos ocorra mediante adequada prescrição e dispensação.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS NO ESTADO DE GOIÁS

3.1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Em “Levando o Direito a sério”, Ronald Dworkin (2010, p. 165), fictamente utilizou-se da figura de um juiz, a quem chamou de Hércules, para desenvolver o modo pelo qual poderia se identificar a intenção legislativa e os princípios jurídicos incidentes em casos específicos. Na concepção de Hércules, a Constituição consubstancia um sistema jurídico geral e justo, de modo que os cidadãos viveriam em uma sociedade com instituições ordenadas.

Ao Juiz Hércules seria dada a capacidade de interpretação completa do sistema político instituído pela Constituição, de modo que, diante do caso concreto, analisaria as regras e deliberaria a solução.

Essa figura do juiz mitológico, todavia, não coaduna com a realidade. Não se pode desconsiderar o aspecto humano do Magistrado, sobretudo ao se deparar com uma demanda em sede da qual se roga pelo direito à saúde, sobretudo se se considerar situações extremas e com alto risco à vida ou integridade física do jurisdicionado.

A realidade social que se descortina para fora dos tribunais pátrios é que a grande maioria da população encontra-se desassistida, seja em razão de adoção de políticas públicas equivocadas, seja em razão da precária assistência pública a ela destinada.

Na análise de Medice (2017, p.7) o sistema de saúde no Brasil atende de maneira desproporcional as necessidades daqueles que podem financiar parcial ou totalmente sua saúde, através de canais privilegiados do SUS ou de processos de judicialização, e nega direito dos mais pobres em ter cobertura básica que lhes permita garantir assistência em condições de dignidade.

As decisões perpetradas nos casos de judicialização do direito social, sobretudo do direito à saúde, a bem da verdade, acabam por privilegiar uma minoria que possui condições financeiras e conhecimento acerca de como provocar a atuação do Estado-Juiz, muitas vezes em detrimento de grande parte da população que continua a engrossar as filas nos nosocômios

à espera de atendimento, de procedimento cirúrgico ou, ainda, do medicamento necessário ao tratamento de sua enfermidade.

Nessa realidade, o que se verifica, muitas das vezes, é que grande parte das deliberações judiciais acabam por considerar tal realidade como amparo e fundamentação para atendimento dos anseios e necessidades deduzidas em demandas judiciais.

Para Cappelletti (1993, p. 128-129), o Juiz possui a função de criar e interpretar o direito. A interpretação consubstancia um certo grau de discricionariedade e criatividade, um grau, segundo aponta, elevado em alguns pontos, como no direito constitucional e na proteção dos direitos sociais.

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (Barroso, 2012, p.24)

No Brasil se verifica uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, fruto da Constituição de 1988 que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, acabou por viabilizar ações judiciais que recorrem a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais. (Cittadino, 2002, p.135)

Não se pode olvidar, outrossim, que a democracia pressupõe soberania popular e é papel da Constituição da República Federativa do Brasil estabelecer as regras para que a vontade da maioria possa prevalecer sem, contudo, haver massacre dos direitos básicos da classe minoritária.

As regras do jogo constitucional democrático, pois, devem garantir participação política, governo da maioria e alternância de poder. Devem, outrossim, garantir instrumento de proteção aos direitos fundamentais das minorias. Importantes instrumentos que visam a esse desiderato são: a judicialização e o ativismo judicial.

Segundo Barroso (2012, p.30) a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático.

O ativismo judicial, todavia, não deve assumir posição de destaque e ser adotado de maneira ordinária, mas deve, isso sim, restringir-se à eventualidade. Não se está com essa

afirmação a criticar o ativismo judicial de maneira irrestrita e absoluta, até porque, conforme assentado alhures, tal atuação encontra base, respaldo e relevância constitucionais.

Outrossim, nas palavras de Barroso (2012, p.27), não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

A politização da justiça seja por intermédio da judicialização ou do ativismo judicial, porém, apresenta risco para a legitimidade democrática. Isso porque a ação do Poder Judiciário, vale dizer, órgão não eletivo, em casos que tais, consubstancia sobreposição dos pronunciamentos judiciais às decisões tomadas pelos chefes dos poderes executivos, seja no âmbito municipal, estadual ou nacional, cuja escolha ampara-se na vontade popular majoritária.

O protagonismo do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas e a garantia ao respeito dos direitos fundamentais não pode servir de subterfúgio para violação do equilíbrio do sistema político e deve garantir não só o direito dos cidadãos, mas também a soberania popular.

Não se ignora a crítica no sentido de que os magistrados, ao adotarem postura ativista, a bem da verdade, não expressam vontade política própria, mas tão só dão concretude às decisões outrora tomadas pelo constituinte e pelo legislador ordinário. Porém, a exacerbação desse ativismo repita-se, adotado por órgão não eletivo, por vezes em sobreposição às decisões tomadas pelos titulares de poderes políticos concedidos pelo voto popular, pode consubstanciar violação aos interesses da maioria, manifestadas por meio do voto.

Cediço que o ativismo judicial é instituto cuja finalidade precípua é garantir uma atuação contra majoritária, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Nesse prospecto é que se verifica risco à democracia constitucional em razão de eventual excesso de postura ativista.

Em outros termos, o exagero de atuação ativista enseja, por consectário lógico do próprio arranjo constitucional vigente, demasia de atuação jurisdicional contra majoritária e, nesses termos, enfraquecimento ou empobrecimento da vontade manifestada pela maioria.

Dúvida não há acerca da importância da atuação jurisdicional como instrumento de garantia da democracia, inclusive através de instrumentos como o ativismo judicial. Afinal, a jurisdição constitucional se bem exercida, é relevante ferramenta na defesa da democracia constitucional.

Todavia, o ativismo judicial, conforme leciona Barroso (2012, p.32) é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado, pois se utilizado em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.

3.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS POR FORÇA DE DECISÕES JUDICIAIS

O fenômeno da judicialização consubstancia-se na resolução, pelo Poder Judiciário de questões de repercussão política, tradicionalmente de competência dos Poderes Executivo e/ou Legislativo. Evidencia-se no ato de transferência de questões normalmente de incumbência dos poderes representativos ao Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, quando se tratam de questões relacionadas às políticas públicas.

Referida judicialização não é fruto de opção ideológica ou filosófica do sistema judiciário brasileiro como um todo, tampouco do Supremo Tribunal Federal, mas decorre do desenho institucionalizado pelo sistema constitucional.

Segundo apontam Vallinder e Tate (1995), a atuação do Poder Judiciário em questões relacionadas às políticas públicas expandiu pós queda do comunismo do leste europeu e o fim da União Soviética. O enfraquecimento do socialismo acabou por promover o capitalismo bem assim suas instituições de mercado, além de elevar os Estados Unidos da América à condição de superpotência do planeta. Para os autores, o desenvolvimento da revisão judicial e dos demais mecanismos institucionais desse país ficaram em evidência. Apontam que os mecanismos de controle jurisdicional foram, ainda, influenciados pela jurisprudência dos tribunais norte-americanos, bem assim pela Ciência Política.

No continente europeu, o pós segunda guerra mundial alavancou a criação dos tribunais constitucionais. Outrossim, a criação da Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo revelou a valorização dos direitos humanos e, conseqüentemente disseminou a ideia de judicialização em vários países.

No Brasil, a mola propulsora da judicialização de questões políticas foi a redemocratização do país, notadamente com a promulgação da Constituição de 1988, que

acabou por possibilitar ao Poder Judiciário atuação capaz de garantir a efetividade das leis e normas constitucionais, atuando, inclusive, em confronto com práticas de outros Poderes.

Segundo assinala Barroso (2009), o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

Outra causa evidente do fenômeno em questão foi a expansão das previsões constitucionais, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, tais como os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Não se pode olvidar, outrossim, que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, bastante abrangente, também contribuiu para um aumento da atuação jurisdicional em matérias antes afetas às autoridades políticas.

Para Elival da Silva Ramos (2010, p.29) consubstancia o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Necessário rechaçar a confusão comumente realizada entre dois fenômenos que, a bem da verdade, revelam situações distintas. Judicialização e ativismo judicial não são sinônimos. Enquanto a primeira envolve deliberação por parte do Poder Judiciário em questões de competência dos outros dois Poderes, o segundo reflete a escolha, pelo titular do poder jurisdicional, de como interpretar as normas positivadas, dando-lhe maior ou menor abrangência.

Consigna Barroso (2009, p.3) que a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas

origens. Não são gerados, a rigor, pela mesmas causas imediatas. A judicialização no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em casos que tais o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

Já o ativismo judicial, na visão de Barroso (2009, p.3), é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e afins constitucionais.

Sob a ótica da judicialização do direito à saúde, a etiqueta prevista no art. 196 da Constituição Federal estabelece ser direito de todos e dever do Estado, garantido por meio de políticas sociais e econômicas, que visem a redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

A norma constitucional elencada no dispositivo alhures mencionado não define de forma exata o conteúdo do direito à proteção e/ou promoção à saúde o que, não raramente, tem sido levado até os cancelos do Poder Judiciário em busca da sua efetivação.

A classificação da saúde como direito social, ou fundamental de 2ª geração, possibilita que, na ausência ou insuficiência da política pública adotada pelo Estado, possa o cidadão, seja individualmente ou por meio de legitimação extraordinária, aportar no Judiciário em busca do fornecimento da prestação do serviço.

O usuário do Sistema Único de Saúde que se encontra em situação de necessidade e não encontra prestação positiva por parte do Estado no atendimento de seu anseio, acaba buscando o Poder Judiciário como forma de atingir o atendimento médico, a dispensação de medicamento, a realização de procedimento ou internação hospitalar.

Em uma perspectiva subjetiva, calha analisar a possibilidade de se exigir em juízo os direitos sociais, sobretudo sob a ótica da limitação do controle judicial das políticas públicas e do impacto na chamada reserva do possível.

É notória a tendência ao reconhecimento do direito ao mínimo existencial, como forma de garantir ao cidadão as condições materiais mínimas para uma vida digna.

A questão da judicialização do direito à saúde é um dos temas mais tormentosos nas discussões acerca dos direitos sociais e o reflexo nas finanças do Estado, o que parece apontar para a ponderação como forma de solucionar o conflito entre o direito fundamental e outros princípios elencados no texto constitucional.

Para Barroso (2009, p. 5) pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação que deverá ser aplicada na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial.

O primeiro entrave que se verifica na questão se dá em razão do conteúdo aberto da norma que estabelece e assegura o direito à saúde sem, contudo, fixar balizas, restando, pois, ao intérprete a integração prática da norma constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 196) observa que é justamente na condição de direito a prestações materiais que o direito à saúde incita as maiores controvérsias. De um lado, tem-se a discussão sobre a limitação dos recursos públicos (e privados) para assegurar o direito fundamental, que remete ao problema da denominada reserva do possível. Trata-se de discussão acerca das decisões sobre a alocação de recursos públicos que envolve: um aspecto fático, qual seja, os questionamentos quanto à existência, à disponibilização e à alocação dos recursos públicos, bem como no caso da saúde, sobre a limitação dos próprios recursos sanitários; e, um aspecto jurídico, concernente à capacidade de disposição sobre esses mesmos recursos, que perpassa a definição das competências constitucionais e abrange, entre outros, princípios como a proporcionalidade, a subsidiariedade, a eficiência e, no ordenamento brasileiro, os princípios da federação e da autonomia municipal.

Sempre se verificou uma tendência por parte dos titulares do Poder Jurisdicional e também da doutrina no sentido de reconhecer o direito à saúde como sustentáculo para prestações positivas tanto nas hipóteses de iminente risco para a vida como de necessidade de garantia do mínimo existencial.

Através de uma rápida análise dos fundamentos lançados quando do deferimento dos pleitos liminares atinentes ao chamado direito à saúde, o que se vislumbra é que a sua grande maioria ampara na lógica de ser este um direito fundamental de todos os cidadãos e, pois, uma obrigação do Estado.

Na medida em que o nosso poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, constata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais

brasileiros, dentre as quais destacam-se as demandas movidas por portadores do HIV na busca do fornecimento dos medicamentos para o tratamento adequado da moléstia e a garantia de uma sobrevivência mais longa e com menor sofrimento e, portanto, mais digna. (SARLET)

Nas ocasiões em que a Administração Pública é compelida judicialmente à prestação de assistência farmacêutica ou atendimento à saúde, as finanças públicas sofrem abalo, o que acaba por comprometer o funcionamento do Estado como um todo.

A intervenção do Poder Judiciário nessas questões, cada dia mais avolumada, vem alarmando principalmente os municípios brasileiros, que por muitas vezes são compelidos a cumprir determinações judiciais sem nem mesmo possuírem orçamento e recursos financeiros, sendo certo que o cumprimento de tais decisões comprometem a prestação regular do serviço de saúde a toda uma população em favor de um único paciente. (Barbosa, 2015, p. 173)

A atuação jurisdicional em casos que tais deve buscar extrair da norma constitucional a máxima eficácia jurídica, sem, todavia, extrapolar os limites que lhe são impostos pelo próprio arranjo jurídico-constitucional, quais sejam: a reserva do possível e a proporcionalidade.

Sobre as deliberações judiciais que impõem prestações positivas ao Estado, Scaff (2008, p.160-161) defende ser a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de política pública, que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de um conjunto deles.

Cediço que a previsão de recursos destinados ao atendimento do direito fundamental à saúde perpassa pela análise da Administração Pública, notadamente acerca da escolha da política pública a ser adotada para uma determinada comunidade, segundo avaliação de critérios específicos e bases objetivas.

Sobre a interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas ligadas à saúde, Ciarlini (2009, p.103) aponta que a atuação judicial nesse contexto, ao tempo em que descobre e aplica a norma jurídica para um caso individual, não consegue se alinhar às diretrizes da lógica do sistema de saúde previsto na Constituição, pois cria critérios de

diferenciação no atendimento aos usuários do sistema e interfere na gestão dos recursos orçamentários previstos em lei.

Desta feita, mesmo com o mérito de promover o caráter curativo já mencionado anteriormente, a atuação judicial em demandas individuais por saúde interfere nas diretrizes de precedência para o atendimento aos usuários do sistema, desconsiderando ainda seu caráter de promoção e proteção à saúde. Assim, perde de vista os demais objetivos eleitos em nosso ordenamento jurídico, que constituem lógica do atendimento integral e do acesso universal igualitário às ações e aos serviços do SUS. (Ciarlini, 2009, p.104)

Pinto, Bahia e Santos (2016, p. 10) observam que a judicialização de políticas públicas vem se tornando importante em vários países. Discutir o papel da via judicial e processual para obtenção de direitos fundamentais por grupos ou camadas sociais marginalizados ou não obtém espaço nas arenas públicas institucionalizadas (os Parlamentos por excelência) para defesa de seus direitos tem sido um desafio no século XXI. No Brasil, o primeiro passo para a sua diminuição seria a conquista de financiamento suficiente para evitar ou até tornar desnecessária a propositura de demandas.

Atento a essa necessidade o Supremo Tribunal Federal realizou Audiência Pública nº 4, no ano de 2009, a fim de tratar a questão da judicialização da saúde, sendo que o Conselho Nacional de Justiça acabou por editar a Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, com o objetivo de instituir Grupo de Trabalho a fim de elaborar estudos e apontar medidas relativas à assistência à saúde.

Referido grupo, no ano seguinte, publicou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, donde orientava aos tribunais pátrios a adoção de medidas tendentes a melhor instrumentalizar os magistrados e demais operadores do direito, a fim de majorar a eficiência na solução das perlangar judiciais cujo objeto envolvesse o tema relativo à saúde.

O Conselho Nacional de Justiça, no mesmo ano e através da Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, como forma de instrumentalizar monitoramento e resolução dos feitos relacionados à assistência à saúde.

3.2.1 Posicionamento dos Tribunais Superiores

Os tribunais brasileiros, não raramente, se deparam com a tarefa de deliberar acerca da legitimidade ou não da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas concernentes ao direito fundamental à saúde.

Se afigura acirrada a divergência entre os interpretes do Direito, seja no sentido do dever inescusável do Poder Judiciário de controlar os atos administrativos, sobretudo a ilegalidade da omissão do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais prestacionais, quer no sentido de que essa interferência implica em ofensa à separação do poderes e à cláusula de reserva do possível.

Daí a certeza de ser o tema da judicialização da saúde, notadamente da assistência farmacológica, de irrecusável relevância, posto envolver não só os profissionais do direito, mas igualmente os gestores públicos, os profissionais da saúde e a sociedade civil de maneira geral.

A matéria, destarte, exige uma prudente análise por parte do titular do poder jurisdicional, vez que, se de um lado a atuação do Poder Judiciário é uma garantia fundamental ao exercício pleno da cidadania, doutro norte consubstancia um verdadeiro estado de tensão entre os gestores públicos, que se veem compelidos a implementar prestações sociais e políticas públicas que, não raras vezes, se evidenciam na contramão dos estudos de gestão governamental e, para além disso, em descompasso com as possibilidades orçamentárias.

3.2.1.1 O Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo Regimental da Suspensão de Liminar nº 47/PE, buscou fixar alguns critérios a serem utilizados pelo julgador em análise de questões relacionadas à judicialização da saúde, sem deixar de se atentar que o tema exige um juízo de ponderação a respeito dos elementos concretos de caso a caso.

Referido julgamento restou assim ementado:

Suspensão de liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento, (STF, Tribunal Pleno, SL 47 AgRg, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 29.04.2010)

Do referido julgado é possível extrair ponderações de circunstância jurídicas envolvendo a matéria. Dentre elas e em relação aos direitos sociais, consigna o voto condutor daquele Acórdão, ser preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.

Nesses termos, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado montante para subsidiar aparato capaz de garantir liberdade aos cidadãos de maneira universal, no caso de um direito social como a saúde deve, doutro norte, dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão.

Na oportunidade o Ministro Gilmar Mendes consignou que gastar mais recursos com uns do que com outros envolve a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Entendeu que em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, a formulação de políticas públicas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas.

Essas escolhas, segundo consta, atenderiam a critérios de justiça distributiva (quanto disponibilizar e a quem atender), consubstanciando típicas opções políticas, que pressupõe escolhas trágicas pautadas por critérios de macrojustiça. Em outras palavras, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados.

Nesse contexto, em comuns situações o magistrado não terá condições de analisar, em uma dimensão mais ampla, as consequências de sua decisão, até porque não constitui um encargo seu estabelecer diretrizes políticas que mais eficazmente atenderiam as necessidades da sociedade, mediante emprego racional e mais efetivo de recursos orçamentários.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinadas pretensões à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo. (STF, SL 47 AgR)

Em arremate, concluiu o Supremo Tribunal Federal, quando daquele julgamento, no voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que a gestão do SUS, que é obrigado a atender ao princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde, só se

torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos da forma mais eficiente possível.

Para o Ministro, obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação de prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, deverá ser valorizado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a improbidade da política de saúde existente.

Ressalva-se, todavia, a possibilidade de que o Poder Judiciário entenda que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito fundamental à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação.

É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem os ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas no Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não serem fornecidos à população por problemas de gestão. Em casos que tais, há política pública determinando o fornecimento do medicamento requerido, mas, por problemas administrativos do órgão competente, o acesso está interrompido.

Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.

Em outros casos, pode ser que o Sistema Único de Saúde não forneça o medicamento específico que o médico prescreveu, mas disponibilize um similar, trate a mesma patologia com outros fármacos. Configurada tal situação, faz-se necessário o exame das razões que impedem o paciente de utilizar a droga escolhida pelo SUS. E, a partir de um critério de ponderação, verificar a razoabilidade do fornecimento requerido.

É certo que meras questões burocráticas não podem prejudicar a vida e a saúde da população. Assim, verificado, no caso concreto, que o cidadão em questão não pode fazer uso dos medicamentos fornecidos pelo órgão público (porque já usou e não fez efeito ou por ser alérgico a determinada substância que o compõe, por exemplo), será razoável que, para este paciente, seja adquirida outra droga, desde que seu custo não inviabilize o sistema de saúde como um todo. (Mendes e Gonet, p. 705/706)

Ainda no Supremo Tribunal Federal, desta feita por ocasião das Suspensões de Tutela Antecipada nº 175, 178 e 244, ocorreu Audiência Pública a fim de instrumentalizar os Ministros com melhores elementos para a deliberação da matéria.

Finda a Audiência Pública o Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão unipessoal por meio da qual entendeu que, em havendo políticas públicas no âmbito do SUS, referentes ao pleito judicial, a questão seria resolvida no âmbito da omissão ou da má prestação de serviços públicos, não havendo, em casos que tais, se arguir interferência judicial na discricionariedade da Administração Pública.

Lado outro, envolvendo a perlanga a perpetração de medidas não inseridas na política pública do SUS, caberia ao Judiciário avaliar se tal fato decorreu de omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecer a medida pleiteada, ou de uma vedação legal ao seu atendimento. Nesses casos, a deliberação judicial deverá considerar a existência de motivação para a inércia da prestação positiva requerida junto ao Estado.

Por outro lado, tramitam do Supremo Tribunal Federal dois Recursos Extraordinários cuja matéria engloba a judicialização da saúde, notadamente no que se refere ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, quais sejam o RE n.º 566471, originado do Estado do Rio Grande do Norte e RE n.º 657718, oriundo do Estado de Minas Gerais.

Em ambos os casos a matéria tratada gravita em torno da discussão acerca do fornecimento de medicamento pelos Estados, como forma de garantir o acesso ao direito fundamental da saúde.

O RE n.º 566471/RN, que trata especificamente do fornecimento de fármacos de alto custo não compreendidos na listagem elaborada e disponibilizada segundo as políticas públicas adotadas pelo Sistema Único de Saúde, teve a repercussão geral reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio Melo em julgamento realizado no dia 15.11.2007.

Já o Recurso Extraordinário oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RE 657718), também com repercussão geral reconhecida (julgamento realizado em 17.11.2011)

por sua vez, versa sobre o fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA.

Embora os julgamentos tenham sido iniciados junto à Suprema Corte, através de votos da lavra do Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, seus prosseguimentos encontram-se suspensos, em razão de pedidos de vista.

De acordo com o voto lançado pelo Ministro Marco Aurélio Melo o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante do rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade, da impossibilidade de substituição do fármaco, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.

O Ministro Luís Roberto Barroso, todavia, posicionou-se de maneira diferente, observando, quando da lavratura de seu voto, que o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde. Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS.

Ainda para o Ministro Barroso, a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS – criada pela Lei nº 12.401/2011) tem o papel de incorporar fármacos ao sistema nacional de medicamentos, através de critérios técnicos de custo-benefício.

Em linha de arremate, observou Barroso que não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas.

A posição lançada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, embora ainda pendente de enfrentamento pelos respectivos pares, demonstra uma preocupação em se tutelar o acesso ao direito fundamental à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Cidadã, sem, contudo, se afastar das políticas públicas adotadas pelo Sistema Único, nem, tampouco, rechaçar o federalismo cooperativo instituído pela Lei Orgânica da Saúde (8.080/1990).

Quando do enfrentamento da matéria na última sessão de julgamento, ocorrida em 28 de setembro de 2016, foi proposta a seguinte tese para fixação de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado

pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”.

São os requisitos mencionados, como pressupostos para excepcionalizar a impossibilidade de fornecimento de medicamento não previstos na listagem do Sistema Único da Saúde: a) incapacidade financeira de arcar com o custo; b) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) Comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e; e) Propositura de demanda em face da União.

O Recurso, que se encontrava com vista ao saudoso Ministro Teori Zavaski, sucedido pelo Ministro Alexandre de Moraes, foi devolvido para julgamento em 01.08.2018, encontrando-se, nesta data, concluso ao Relator para deliberação para continuidade de julgamento.

Por fim, no que se refere ao RE 657718, foi proposta a fixação da seguinte tese como repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrado pela ANVISA, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.”

Os autos nos quais guarnece este último recurso extremo, todavia, acabou por se extinto sem resolução de mérito, em decisão proferida pelo Relator Ministro Marco Aurélio Melo em 08.08.2018, em razão do falecimento da parte recorrente. Considerou-se, naquela oportunidade, que a matéria consubstancia direito intransmissível que impunha o proferimento de pronunciamento extintivo.

Por outro lado, visando a relevância do tema e a repercussão geral anteriormente reconhecida, foi determinado o envio de ofício aos Tribunais locais a fim de solicitar remessa de recursos extraordinários outros, envolvendo a mesma matéria, a fim de instrumentalizar a substituição do paradigma anterior.

Espera-se que com o apagar das luzes dos julgamentos em questão o Supremo Tribunal Federal se posicione de maneira concreta e objetiva, no sentido de se resguardar o direito ao acesso fundamental à saúde, mas, lado outro, preocupado em obedecer às políticas públicas e ao federalismo do Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei n.º 8.080/1990.

3.2.1.2 O Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Primeira Turma, recentemente enfrentou e analisou questão referente à judicialização da saúde, notadamente sob o viés da assistência farmacêutica, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1657156/RJ.

A matéria envolvida na insurgência recursal foi afetada pela sistemática dos recursos repetitivos, nos moldes determinados pelo diploma processual civil, o que resultou na fixação do Tema de nº 106-STJ.

Posteriormente houve a adequação do tema fixado, passando-se a adotar a seguinte redação: “Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”.

Essa observação se mostra de curial importância a fim de que se atente para o fato de que a matéria enfrentada, ao menos em sede daquela insurgência recursal, se limita exclusivamente a medicamentos não constantes das listas e políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Consignou-se, em princípio, que embora a matéria discutida no Recurso Especial em comento guarde similitude com a que é objeto de deliberação no âmbito do STF, conforme explorado alhures, inexistente impedimento ao julgamento pelo STJ, em razão da inexistência de determinação de suspensão pela Suprema Corte.

Observou-se, outrossim, que nesse último caso a matéria se revela mais abrangente na medida em que não se restringe, como ocorre nos Recursos Extraordinários, às questões de medicamentos de alto custo (RE 566.471/RN) ou não aprovados pela ANVISA (RE 657.718/MG).

Para mais, registrou-se a existência de 8.841 processos sobrestados nos Tribunais locais e regionais, em aguardo à deliberação do STJ.

Pois bem. Em análise à questão de fundo o STJ, através de voto da lavra do Relator do REsp, Ministro Benedito Gonçalves, registrou inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes, notadamente no que se refere à suposta ingerência do Judiciário em questões inerentes ao Poder Executivo, por considerar que nos casos que tais, donde se busca a garantia a prestações de direitos sociais, é legítima a intervenção na implementação de políticas públicas.

Naquele julgado o STJ conclui que a questão de fornecimento de medicamentos já possui pacífica jurisprudência interna, bem assim no STF, no sentido de que é possível a determinação de fornecimento de medicamentos não incorporados nos atos normativos do SUS.

Por outro lado, cuidou de apontar e especificar os requisitos necessários para o acolhimento judicial de tais pretensões.

O primeiro deles é a demonstração de imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, por meio de laudo médico circunstanciado e fundamentado, devidamente expedido por médico que assiste o paciente, bem assim a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS, para aquele caso concreto.

No voto condutor do acórdão em análise, consignou-se que a I Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça orientou, por meio do Enunciado nº 15, que o laudo médico deve conter, ao menos, as seguintes informações: a) o medicamento indicado contendo a sua Denominação Comum Brasileira ou, na falta, a Denominação Comum Internacional; b) o seu princípio ativo, seguindo, quando pertinente, do nome de referência da substância; c) posologia; d) modo de administração; e) período de tempo do tratamento, e; e) em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

O segundo requisito apontado pelo Tribunal da Cidadania é a comprovação da hipossuficiência financeira daquele que requer o medicamento. Em outros termos, é imprescindível, na visão dos julgadores, que a aquisição do fármaco implique o comprometimento de sua própria subsistência ou de sua família.

Ressalvou-se, naquela situação, que não está a se exigir comprovação de pobreza ou estado de miserabilidade, mas tão só a incapacidade de arcar com os custos correspondentes à aquisição do medicamento necessário ao tratamento da enfermidade.

Como terceiro requisito cumulativo, entendeu-se pela necessidade de que o medicamento pretendido tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária –

ANVISA, em razão da imposição legal contida no artigo 19-T, inciso II da Lei nº 8.080/1991. (BRASIL, 1991).

Por considerar a realidade de que existiam, como de fato ainda persistem, milhares de processos pendentes de julgamento, o STJ houve por bem modular os efeitos da deliberação, nos termos previstos na etiqueta contida no artigo 927, §3º do Estatuto Processual Civil, a fim de determinar que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do julgamento daquele Recurso Especial. (BRASIL, 2015)

Naquela mesma ocasião, após pedido de vista, a Ministra Assusete Magalhães consignou que as limitações do Estado, referentes à ausência de recursos orçamentários, humanos e materiais, para a efetivação de políticas públicas, denominada teoria da reserva do possível, invoca o princípio da razoabilidade para que o atendimento de uma demanda individual ao Poder Público não comprometa o direito de toda uma coletividade.

Registrou todavia, entender que as limitações incidentes sobre determinadas políticas públicas, que repercutem na garantia de direitos sociais, não impedem sua vindicação na via judicial, por ausência de afronta aos princípios da separação dos Poderes e da reserva do possível.

3.2.2 Panorama das decisões concessivas de medicamentos de alto custo pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Em razão do recorte regional realizado no objeto de pesquisa do presente trabalho, imperiosa é uma análise acerca do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em sede de demandas através das quais são perpetradas medidas concessivas de assistência farmacêutica.

Insta registrar, em proêmio, que atualmente o TJ-GO é composto por trinta e seis desembargadores, dos quais dez encontram-se alocados em duas Câmaras Criminais, pois, com competência material restrita, enquanto vinte e quatro Desembargadores, integram as seis Câmaras Cíveis, com competência residual.

Em uma pesquisa manual realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, através dos parâmetros “medicamentos” e “Estado de Goiás”, foi possível constatar que no ano de 2017 foram julgados os méritos de 259 (duzentos e cinquenta e nove) ações de mandado de segurança, todas impetradas em busca de decisões concessivas de assistência farmacêutica contra o Secretário de Estado da Saúde, ou, por vezes, contra o próprio Estado.

Importa consignar que para a consulta foi adotado um recorte temporal no ano de 2017, por ser o mais atual e totalmente esgotado período e, portanto, com maior possibilidade de evidenciar os dados mais próximos de uma realidade anual.

Em todos esses Mandados de Segurança (num total de 259) o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por qualquer de suas Câmaras Cíveis, concedeu total ou parcialmente a medida vindicada, reconhecendo, pois, a obrigação do ente estatal no atendimento do pleito de dispensação de medicamentos.

Importante registrar, outrossim, que para os parâmetros utilizados, três mandados de segurança foram extintos sem resolução de mérito, por razões, pois, de cunho processual e/ou procedimental.

Doutro norte, não foi constatado nenhum caso em que a segurança tenha sido denegada.

Há de se considerar, ratifica-se, que os dados levantados referem-se unicamente às demandas cujo mérito foram efetivamente enfrentadas, não se considerando as decisões provisórias, concedidas em caráter liminar ou não, que garantem a título de medida antecipatória o direito à percepção dos medicamentos vindicados.

Outrossim, não se pode ignorar que a afetação da matéria pela sistemática do julgamento de recursos repetitivos, pelo STJ, conforme consignado alhures, pode ter refletido em diminuição do julgamento meritório das referidas ações mandamentais.

Em uma análise mais detalhada dos fundamentos dos acórdãos exarados pelo Tribunal goiano, é possível verificar que todas as suas Câmaras Cíveis pacificaram o entendimento segundo o qual a saúde é um direito fundamental assentado constitucionalmente e, pois, uma obrigação do Estado.

Como forma de se realizar uma análise por amostragem, foi colhido um julgado de cada uma das seis Câmaras Cíveis que compõem o Tribunal goiano, todos no mês de dezembro de 2017. Como resultado dessa consulta foi possível constatar:

Os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível entendem ser obrigação das autoridades públicas assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, conforme preconiza o artigo 196 da Constituição Federal. (Mandado de Segurança nº 5293758-45.2017.8.09.0000)

Outrossim interpretam que a Administração Pública possui o dever, e não a mera faculdade, de fornecer o medicamento indispensável ao tratamento do paciente, não podendo obstar o cumprimento de seu mister, sob o fundamento de existência de critérios técnicos exigidos por portaria editada pelo Ministério de Estado da Saúde, pois esta não retira a eficácia das regras constitucionais sobre os direitos fundamentais. (Mandado de Segurança nº 5293758-45.2017.8.09.0000)

Em relação à 2ª Câmara Cível daquele Tribunal, por meio do julgamento do Mandado de Segurança nº 5366396-76.2017.8.09.0000, o posicionamento adotado é de que, uma vez configurado no bojo dos autos do processo a necessidade ao fármaco prescrito, deve o ente estatal prestar o devido atendimento, sob pena de afrontar as normas constitucionais que asseguram o direito à saúde. Para aquele colegiado, não pode o Estado alegar dificuldades financeiras, pois o fornecimento de medicamentos e tratamentos imprescindíveis à saúde do enfermo é obrigação imposta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Segundo o voto condutor daquele acórdão (Mandado de Segurança nº 5366396-76.2017.8.09.0000), os medicamentos não constantes das relações do Sistema Único de Saúde, ou a existência de terapias similares por ele oferecidas, não exime o Poder Público da obrigação de fornecê-la, em atenção à norma insculpida no artigo 196 da Constituição Federal.

No mesmo sentido é o entendimento perfilhado pelos Desembargadores da 3ª Câmara Cível do TJ-GO, para os quais ao Estado compete a administração e gestão do Sistema Único de Saúde conjunta e solidariamente a União, o Distrito Federal e Municípios, devendo, pois, promover a saúde e bem-estar dos cidadãos. (Mandado de Segurança nº 5203349.23.2017.8.09.0000).

Ademais, entendem esses julgadores que as autoridades públicas devem assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, garantido na Constituição Federal, incumbindo-lhes fornecer, gratuitamente, a terapia medicamentosa ou tratamento de que necessitem os cidadãos. (Mandado de Segurança nº 5203349.23.2017.8.09.0000).

A 4ª Câmara Cível do mesmo tribunal registrou, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 5150885-22.2017.8.09.0000, que a negativa da autoridade competente em

fornecer o medicamento que o substituído necessita, recomendado por profissional habilitado, configura ato abusivo e viola direito líquido e certo, de modo que se justifica a concessão da ordem em casos que tais.

Segundo registro de julgamento colhido junto à 5ª Câmara Cível (Mandado de Segurança nº 5296021.50.2017.8.09.0000) os Desembargadores que compõem aquele colegiado concluíram, à unanimidade, ser dever constitucional, e não mera faculdade do Estado, o fornecimento de medicamentos indispensáveis para quem deles necessita, não podendo se furtar, o Estado, do cumprimento desta obrigação.

Registra ainda, por meio do mesmo Acórdão, que o fato de o medicamento prescrito não constar na relação do SUS, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (RESME) ou nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, não exime o ente estatal de fornecê-lo em atenção ao disposto do artigo 196 da Constituição Federal.

Por fim, os magistrados integrantes da 6ª Câmara Cível do Tribunal goiano, no mesmo sentido, registraram quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 5117595-16.2017.8.09.0000, que a saúde é um direito previsto a todos, conforme determina o artigo 196 da Constituição. Para além, perfilharam entendimento de que nos termos da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) o fornecimento de tratamento médico está garantido a todos que dele necessitam. Para os Desembargadores, comprovado o direito líquido e certo do impetrante, no caso concreto o substituído processual pelo Ministério Público, é de assegurar-lhe o fornecimento dos medicamentos, através do Sistema Único de Saúde-SUS, em observância à Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça.

Atento à necessidade de se pensar a judicialização da saúde, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por meio do Termo de Cooperação Técnica nº 001/2012, celebrado com a Justiça Federal em Goiás, Secretaria de Estado da Saúde, Secretaria de Saúde do Município de Goiânia e o Comitê Executivo Estadual, criou a Câmara de Saúde do Judiciário.

A criação de tal departamento de assessoramento seguiu a Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça.

O Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário visa assessorar os magistrados, através da emissão de pareceres e esclarecimentos técnicos e científicos, por meio de consultas formuladas pelos membros do Poder Judiciário com atuação em sede de procedimentos relativos à saúde.

3.4 IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – PANORAMA GERAL

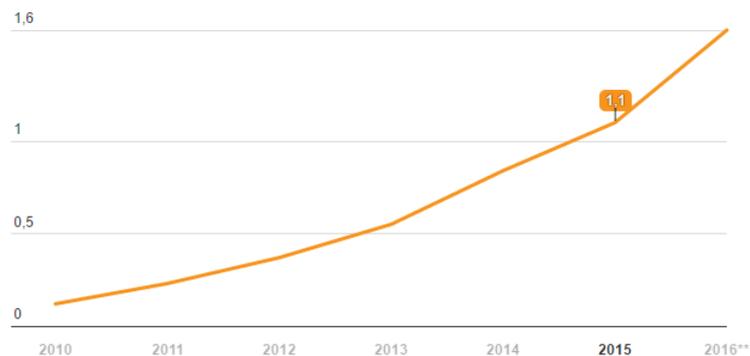
A judicialização repercute profunda alteração do fluxo de atendimento das demandas de saúde, sobretudo se se considerar as opções adotadas quando da identificação da política pública específica, o que acaba por inviabilizar uma racionalidade sistêmica dos serviços de saúde.

O economista André Medici (2009, p. 17) observa que recentemente o SUS tem sido alvo de ataque de cobrança judiciais para o pagamento de procedimentos, medicamentos e terapias de alto custo que muitas vezes não estão disponíveis nos Estados e Municípios. Aponta que, segundo a Agência Brasil, as compras de remédios por ordem da Justiça consumiram R\$ 526 milhões nas esferas federal, estadual e municipal em 2007. Revela que somente no Ministério da Saúde os gastos com ações judiciais fecharam o ano em R\$ 30 milhões, valor suficiente para realizar 3 milhões de consultas médicas e 75 mil partos normais.

Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, em seu sítio eletrônico, os custos gerados pela judicialização de ações tendentes à garantia de acesso à saúde sofre um crescente aumento desde o ano de 2010. A projeção, à época da coleta dos dados, era alcançar, ao final do ano de 2016, a cifra de R\$ 1,6 bilhão.

CUSTOS DA JUDICIALIZAÇÃO

Gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais, em R\$ bilhões*



+1.233% com relação a 2010

*Depósitos e aquisições de medicamentos

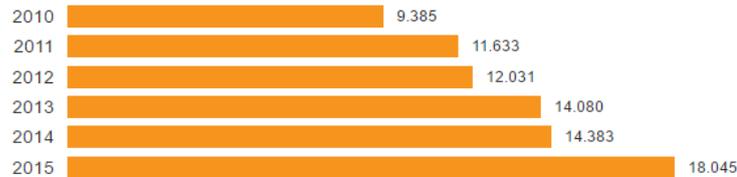
**Projeção

Fonte: Ministério da Saúde
Confira mais infográficos da [Folha](#)

O quantitativo de ações ajuizadas no Estado de São Paulo mostra, igualmente, crescimento considerável, posto que, com base nas informações divulgadas pela Secretaria Estadual de Saúde, apresentaram, numericamente, um aumento de 92%, se comparados os dados de 2015 com os colhidos em 2010.

AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO

Condenações do Estado de SP em processos na área da saúde



+92% com relação a 2010

Fonte: Secretaria Estadual de Saúde de SP
Confira mais infográficos da [Folha](#)

A tabela a seguir demonstra os gastos com judicialização da saúde nas Secretarias Estaduais de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina, nos anos de 2013 e 2014.

Secretaria estadual	2013	2014
SP	373.524.045,80	394.468.176,76
MG	232.421.409,00	221.020.083,00
SC	128.681.490,41	156.957.764,20
Total	734.626.945,21	772.446.023,96

Fonte: Dados informados pelas secretarias estaduais de saúde no âmbito dos processos de fiscalização que compõem esta FOC (TC 016.918/2015-0: Secex-SP; TC 016.741/2015-3: Secex-MG; TC 016.757/2015-7: Secex-SC)

A judicialização da saúde, pois, possui características particulares que afetam a organização federativa do Sistema Único e que precisam ser melhor compreendidas, a fim de se evitar o agravamento das finanças públicas do Estado, qualquer que seja o ente federado em questão.

Para Medici (2009, p. 17) o fenômeno da judicialização da saúde tem sido um dos principais fatores recentes que potencializa a iniquidade financeira entre ricos e pobres no acesso ao SUS. Segundo aponta o economista, as inúmeras ações que tramitam no Judiciário restringem a liberdade dos Estados e municípios em alocar recursos públicos em saúde segundo prioridades pactuados, devido aos bloqueios judiciais realizados no orçamento das secretarias de saúde.

O Tribunal de Contas da União, atento a tal realidade, efetuou auditoria operacional com o objetivo de identificar o perfil, o volume e os impactos das ações judiciais na área de saúde. Pretendeu-se, naquela oportunidade, investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos e entidades, dos três poderes, em prol da mitigação dos efeitos negativos gerados pela judicialização nos orçamentos e acessos dos usuários à saúde.

O relatório do TCU fez menção ao estudo realizado por Alicia Ely Yasmim e Siri Gloppen, publicado em 2011, com base nas experiências de países como a Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Índia e África do Sul, todos considerados como de baixa ou média renda, e com considerável quantidade de ações judiciais envolvendo o direito à saúde.

Do estudo se colhe que na última década o quantitativo de demandas judiciais referentes à saúde é diverso em cada país, sendo que o Brasil ocupa a segunda posição, com uma média anual de 40 mil processos, segundo dados coletados até o ano de 2010. Em um cálculo da litigância *per capita* em cada país, o número estimado de processos para cada milhão de habitantes, no Brasil, chegou ao índice de 206.

Nos países latino-americanos, identificou-se que a maior parte das demandas são individuais, objetivando, principalmente a dispensação de medicamentos.

Uma das justificativas, segundo aponta o estudo, é a considerável facilidade de acesso à justiça, combinado com a alta probabilidade de sucesso, que no Brasil, segundo identifica, é superior a 80%.

Ademais, outros fatores influenciam o crescente índice de judicialização da saúde, tais como: a) a revolução na tecnologia da informação; b) a revolução de direitos pós/guerra fria; c) o desenvolvimento de novas tecnologias farmacêuticas e de novos tratamentos médicos; e d) a baixa capacidade de pagamento dos sistemas e dos planos de saúde em relação à oferta de novos tratamentos e a demanda por eles. (TC 009.253/2015-7)

O trabalho do TCU envolveu nove Secretarias de Controle Externo, localizadas nos seguintes Estados: Amapá, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

Com base nas informações colhidas da análise de dados dos sistemas de justiça, apresentou-se a seguinte tabela, composta dos números de processos por tribunal e por ano:

	Tribunal	2013	2014	Total
Justiça Estadual	TJSP	20.740	24.347	45.087
	TJRS	12.544	16.578	29.122
	TJMG	10.483	14.620	25.103
	TJSC	6.047	11.535	17.582
	TJPR	2.218	3.464	5.682
	TJRJ	3.883	1.743	5.626
	TJMT	1.727	3.527	5.254
	TJDFT	825	1.737	2.562
	TJAP	20	70	90
	Total	58.487	77.621	136.108
Justiça Federal	TRF-1 ^a	4.818	7.156	11.974
	TRF-4 ^a	983	2.451	3.434
	TRF-5 ^a	646	629	1.275
	TRF-3 ^a	448	561	1.009
	TRF-2 ^a	409	255	664
	Total	7.304	11.052	18.356

Fonte: Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Segundo aponta o relatório TC 009.253/2015-7 do TCU, os dados da tabela devem ser confrontados com a extensão da jurisdição de cada tribunal. Os nove Tribunais de Justiça considerados possuem jurisdição apenas nos territórios dos respectivos estados e do DF, enquanto os cinco Tribunais Regionais Federais têm, juntos, jurisdição sobre o território nacional.

Percebe-se, da interpretação dos dados, que os processos federais não ultrapassam o patamar de 12% do total de processos ajuizados nos quatorze tribunais mencionados, o que induz à conclusão de que a judicialização da saúde seja mais intensa na seara da justiça estadual do que na justiça federal.

Segundo notícia veiculada no sitio do CNJ na rede mundial de computadores (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a->

judicializacao-da-saude, acessado em 24.10.2018), o Secretário de Controle Externo da Saúde do TCU, Marcelo André Barboza da Rocha afirmou em entrevista que os gastos da União e dos Estados cresceram 1.300% devido às demandas judiciais por fornecimento de medicamentos, entre os anos de 2008 a 2015. Afirmou mais, que nesse período as despesas do Ministério da Saúde com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão.

A reportagem veiculou a seguinte figura, a fim de demonstrar os dados apresentados:

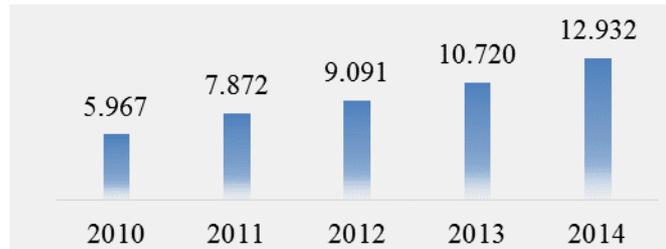


Fonte: CNJ - <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>, acessado em 24.10.2018.

O relatório conclui haver, nos últimos anos, uma tendência de aumento gradual do número de processos individuais relativos à saúde pública no Brasil, majoritariamente na justiça estadual, com foco no fornecimento de medicamentos e tratamento médico hospitalar, mediante forte atuação da advocacia privada e da Defensoria Pública.

Mesmo no âmbito da Justiça Federal, é possível se verificar o crescente número de demandas que judicializam o direito à saúde, sobretudo com base nos dados a seguir apresentados:

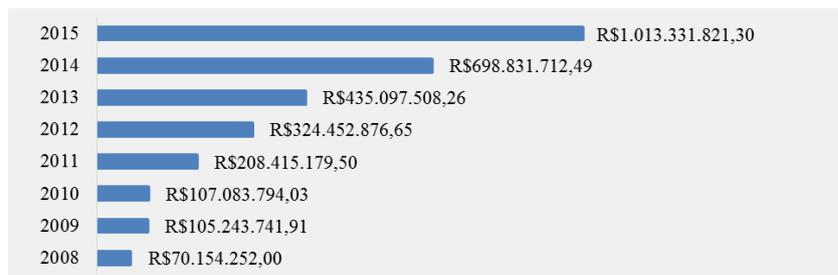
Quantidade de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde entre os anos de 2010 e 2014.



Fonte: Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde (DLOG/MS) (peça 104, pág. 11).

O Tribunal de Contas aponta que o aumento do número de processos reflete, proporcionalmente, um aumento no gasto público destinado às políticas de saúde. Na tabela abaixo é possível constatar que os valores gastos no cumprimento de decisões judiciais na área de saúde aumentaram significativamente, passando de 70 milhões de reais em 2008 para mais de um bilhão de reais em 2015.

Valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais, de 2008 a 2015:



Fonte: DLOG/MS (peças 84, 91, 104 e 120).

O relatório ressalta que os dados apresentados na tabela acima referem-se apenas às despesas contabilizadas pelo Ministério no que refere à aquisição de medicamentos e insumos a fim de cumprir deliberação judicial, não considerando, portanto, os casos em que o cumprimento da decisão ocorreu por meio de retirada de medicamento de programa já existente.

A conclusão do TC 009.253/2015-7, do Tribunal de Contas da União, revela algumas informações importantes para a interpretação da realidade gerada pelos impactos da judicialização do direito à saúde, sobretudo se se considerar os pedidos de dispensação de fármacos. Dentre elas destacam-se:

- I – as ações judiciais versam predominantemente sobre mecanismos curativos de saúde (medicamentos, tratamentos, insumos etc.), em oposição a mecanismos preventivos;
- II - a litigância é predominantemente individual e a taxa de sucesso é alta, com antecipação de tutela sem pedido de informações, na maioria dos casos;
- III - não obstante a forte atuação do CNJ para tratar sistematicamente a matéria, a maioria das decisões judiciais pesquisadas não toma como referência os normativos do CNJ e nem menciona os NAT-JUS, criados para assessorarem os magistrados nesses assuntos;
- IV - a judicialização da saúde é consideravelmente mais intensa na Justiça Estadual;
- V - dentre os tribunais estaduais com maior número de processos, citam-se os de São Paulo, do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, sendo a maior parte das demandas por fornecimento de medicamentos, seguida de tratamento médico-hospitalar;
- VI - as causas envolvem geralmente valores acima de 60 salários mínimos na Justiça Federal e 40 salários mínimos na Justiça Estadual;
- VII - a maior parte das ações são ajuizadas por advogados, seguidos de perto por defensores públicos;
- VIII - existem milhares de processos sobrestados no Poder Judiciário, aguardando o julgamento do STF a respeito de oito temas com repercussão geral na área de judicialização da saúde. O de maior impacto na quantidade de processos sobrestados é o que envolve o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo.

3.4 EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE GOIÁS ENTRE OS ANOS DE 2015 E 2017

Os dados demonstram que o impacto da judicialização da saúde é mais intenso no nível estadual, se comparado com o nível federal, seja em razão do maior quantitativo de demandas ajuizadas, seja em virtude do gasto total com itens judicializados. Outrossim, fatia considerável dos gastos contabilizados refere-se à dispensação de fármacos, estejam eles ou não nas relações do Sistema Único de Saúde.

Busca-se, através da presente pesquisa, traçar análise acerca dos efeitos financeiros da judicialização da saúde, notadamente no que se refere à dispensação de medicamentos pelo Estado de Goiás, nos anos de 2015 a 2017.

Para tanto, porém, faz-se necessário de inopino entender a realidade da atuação estatal da dispensação de medicamentos, por força de decisão judicial, no âmbito do Estado de Goiás.

O Ministério Público do Estado de Goiás e a Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás firmaram em 2012, com posteriores aditivos, um Termo de Cooperação Técnica (TCT) visando regular procedimento para a dispensação de medicamentos, insumos e correlatos para pacientes com parecer favorável da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde-CATS, instalada através do Centro de Apoio Operacional da Saúde e coordenado pelo Parquet estadual.

O TCT objetivou o fornecimento de medicamentos de alto custo pela Secretaria Estadual de Saúde, em cumprimento aos pareceres favoráveis do CATS, através da Central de Medicamentos de Alto Custo – Juarez Barbosa.

O valor pecuniário dispensado pela Secretaria de Saúde para o cumprimento do TCT seria oriundo do Tesouro Nacional, limitado inicialmente ao montante mensal de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), sendo que as sobras não seriam acumuladas para os meses subsequentes.

O TCT possuía, pois, uma previsão inicial de limitação de gastos de 36 milhões por ano, mas a cada ano, o que se verificou, foi a majoração desse valor, sendo que em 2015 foram gastos mais de 44 milhões com despesas referentes àquele termo, conforme revelarão os dados a seguir apresentados.

O convênio impôs aos participantes as seguintes obrigações: a) realização conjunta, mediante deliberação comum, de palestras, estudos, simpósios e/ou eventos semelhantes, sobre prescrições médicas, dispensação de medicamentos, e temas afins; b) permuta de material bibliográfico nas áreas de interesse comum; c) realização de atividades associadas à mútua cooperação, a exemplo de campanhas e confecção de material de cunho informativo destinado à população; e d) propostas de diretrizes com vista à formação de políticas públicas que contemplem a adequação de dispensação de medicamentos em todo o Estado de Goiás.

Teve, pois, o claro propósito de simplificar o procedimento para a perpetração de fornecimento de medicamentos de alto custo, dispensando-se a necessidade de busca pela

tutela jurisdicional garantidora do direito invocado, além de assegurar maior efetividade no atendimento do direito fundamental do cidadão necessitado da assistência farmacêutica.

Do ponto de vista do Estado, firmou-se na consolidação da jurisprudência pátria, que há muito já havia reconhecido a responsabilidade solidária de todos os entes federativos pelo fornecimento de medicamentos à população, para comprometer-se, via TCT, à dispensação de medicamentos de alto custo.

Objetivou-se, naquele momento, evitar ou reduzir a judicialização de demandas destinadas ao fornecimento de fármacos, a fim de promover um atendimento mais célere e efetivo ao paciente, em homenagem ao direito constitucional à saúde.

Por outro lado, no âmbito do Poder Executivo goiano, por meio do Despacho GAB n.º 008259/2012, fixou-se que, após o custeio dos fármacos que extrapolassem sua competência, deveria a Secretaria de Saúde, em homenagem ao princípio da indisponibilidade do interesse público, envidar esforços em prol do ressarcimento junto ao ente federado a quem competia o fornecimento segundo o regramento do SUS, com espeque na etiqueta do artigo 285 do Código Civil brasileiro. (BRASIL, 2002)

Os resultados obtidos em razão do convênio que originou o Termo de Cooperação Técnica em referência, notadamente no que se refere aos anos de 2015 a 2017, podem ser analisados nos quadros abaixo:



CENTRAL ESTADUAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

NÚMERO DE PACIENTES ATENDIDOS, POR MEIO DO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA - T.C.T./MP-GO, ANO 2015						
ANO	PACIENTES ATENDIDOS CEAF*	VALOR GASTO CEAF*(R\$)	PACIENTES ATENDIDOS FORA CEAF*	VALOR GASTO FORA CEAF* (R\$)	TOTAL DE PACIENTES ATENDIDOS	VALOR TOTAL (R\$)
2015	1.332	7.822.422,08	2.481	36.722.590,11	3.813	44.545.012,19
Total Geral	1.332	7.822.422,08	2.481	36.722.590,11	3.813	44.545.012,19

*C.E.A.F. Componente Especializado da Assistência Farmacêutica/Ministério da Saúde

PACIENTES TCT



**SECRETARIA
DE ESTADO DA SAÚDE**



CENTRAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

RELATÓRIO DO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA / TCT – 2016

MÊS	QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS DO PROGRAMA CEAF, ATENDIDOS PELO TCT.	VALOR (R\$)	QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS DO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO ATENDIDOS PELO TCT.	VALOR (R\$)	TOTAL DE PACIENTES ATENDIDOS	VALOR TOTAL (R\$)
JANEIRO	973	830.357,63	1.106	2.880.923,77	2.079	3.711.281,40
FEVEREIRO	1.017	834.911,01	1.148	3.084.758,25	2.165	3.919.669,26
MARÇO	1.082	947.959,81	1.211	3.871.768,43	2.293	4.819.728,24
ABRIL	1.130	923.328,05	1.240	3.294.631,32	2.370	4.217.959,37
MAIO	1.133	894.238,39	1.201	3.311.614,61	2.334	4.205.853,00
JUNHO	1.140	872.433,98	1.384	3.520.361,56	2.524	4.392.795,54
JULHO	1.167	911.623,65	1.360	3.646.879,18	2.527	4.558.502,83
AGOSTO	1.175	925.886,56	1.447	3.875.911,51	2.622	4.801.798,07
SETEMBRO	1.164	927.388,06	1.487	4.261.863,37	2.651	5.189.251,43
OUTUBRO	1.161	979.332,54	1.360	4.070.102,29	2.521	5.049.434,83
NOVEMBRO	1.191	960.105,02	1.398	4.023.539,22	2.589	4.983.644,24
DEZEMBRO	1.268	996.310,42	1.539	4.110.851,88	2.807	5.107.162,30
TOTAL GERAL	13.601	11.003.875,12	15.881	43.953.205,39	29.482	54.957.080,51

*Estouro do TCT se deu no dia 09/08/2016

Rua 16 esq. com a Rua 12 n° 97 Centro CEP: 74015-020 - PABX (62)3201-7453 FAX (62)3201-7442

PACIENTES TCT



**SECRETARIA
DE ESTADO DA SAÚDE**



CENTRAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

RELATÓRIO DO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA / TCT – 2017						
MÊS	QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS DO PROGRAMA CEAF, ATENDIDOS PELO TCT.	VALOR (R\$)	QUANTIDADE DE ATENDIMENTOS DO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO ATENDIDOS PELO TCT.	VALOR (R\$)	TOTAL DE PACIENTES ATENDIDOS	VALOR TOTAL (R\$)
JANEIRO	1.268	1.016.143,19	1.538	4.319.879,84	2.806	5.336.023,03
FEVEREIRO	1.279	1.091.783,71	1.334	4.198.362,04	2.613	5.290.145,75
MARÇO	1.339	1.113.944,65	1.559	4.869.859,85	2.898	5.983.804,50
ABRIL	1.400	1.062.037,21	1.399	6.022.223,28	2.799	7.084.260,49
MAIO	1.409	1.207.312,95	1.567	5.608.318,22	2.976	6.815.631,17
JUNHO	1.422	1.208.892,55	1.502	5.100.006,90	2.924	6.308.899,45
JULHO	1.438	1.183.802,39	1.543	5.444.028,96	2.981	6.627.831,35
AGOSTO	1.425	1.139.781,42	1.832	5.037.311,34	3.257	6.177.092,76
SETEMBRO	1.389	974.988,22	1.985	5.424.640,40	3.374	6.399.628,62
OUTUBRO	1.298	1.129.437,26	1.890	5.947.047,55	3.188	7.076.484,81
NOVEMBRO	1.324	1.071.587,50	1.442	4.774.805,43	2.766	5.846.392,93
DEZEMBRO	1.295	1.132.802,36	1.235	4.474.783,89	2.530	5.607.586,25
TOTAL GERAL	16.286	13.332.513,41	18.826	61.221.267,70	35.112	74.553.781,11

Rua 16 esq. com a Rua 12 n° 97 Centro. 74015-020 – Goiânia-Goiás (62)3201-7439

Página 1

Pois bem, no ano de 2015 o Estado de Goiás despendeu a monta de R\$ 7.822.422,08 (sete milhões oitocentos e vinte e dois quatrocentos e vinte e dois reais e oito centavos) para atender 1.332 (mil trezentos e trinta e dois) pacientes integrantes do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica-CEAF¹, do Ministério da Saúde. No mesmo exercício foram atendidas as necessidades medicamentosas de 2.481 pessoas fora do CEAF, o que gerou uma despesa de R\$ 36.722.590,11 (trinta e seis mil setecentos e vinte e dois quinhentos e noventa reais e onze centavos).

O valor total despendido pela Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, para atendimento do Termo de Cooperação Técnica firmado com o Ministério Público Estadual, tanto para a assistência de pacientes incluídos no CEAF, ou não, no ano de 2015, resultou

¹ A Portaria nº 1.554, de 30.07.2013, do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde, dispõe em seu artigo 2º que o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

num total de R\$ 44.545.012,19 (quarenta e quatro milhões, quinhentos e quarenta e cinco mil, doze reais e dezenove centavos).

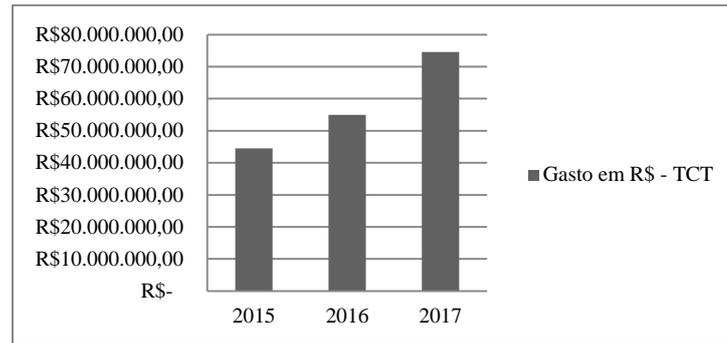
Em 2016 foram despendidos R\$ 54.957.080,51 (cinquenta e quatro milhões novecentos e cinquenta e sete mil e oitenta reais e cinquenta e um centavos), para atender o total de 29.482 (vinte e nove mil quatrocentos e oitenta e dois) cidadãos, no que se refere ao fornecimento de medicamentos pela Central Juarez Barbosa.

Desse valor, R\$ 11.003.875,12 (doze milhões três mil oitocentos e setenta e cinco reais e doze centavos) foram despendidos para o atendimento de 13.601 (treze mil seiscentos e um) pacientes do programa CEAF. Doutra parte, para atender um número pouco maior, qual seja de 15.881 (quinze mil oitocentos e oitenta e um) pacientes, o Estado de Goiás desembolsou a monta de R\$ 43.953.205,39 (quarenta e três milhões novecentos e cinquenta e três mil duzentos e cinco reais e trinta e nove centavos).

No ano seguinte, desta feita em 2017, conforme demonstra o relatório, do total R\$ 74.553.781,11 (setenta e quatro milhões quinhentos e cinquenta e três mil setecentos e oitenta e um reais e onze centavos), da verba do TCT, despendidos para atender as necessidades de medicamentos de 35.112 (trinta e cinco mil cento e doze) pessoas, foram utilizados R\$ 13.332.513,41 (treze milhões trezentos e trinta e dois mil quinhentos e treze reais e quarenta e um centavos) para o atendimento de 16.286 (dezesseis mil duzentas e oitenta e seis pessoas), todas do programa CEAF. Outrossim, da verba do TCT foi gasto o montante de R\$ 61.221.267,70 (sessenta e um milhões duzentos e vinte e um mil duzentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), destinados à 18.826 cidadãos não atendidos pelo CEAF.

Em todos esses períodos, pois, quais sejam, 2015, 2016 e 2017, o que se verifica é que a Secretaria Estadual de Saúde acabou por superar a previsão orçamentária inicial de R\$ 36.000.000,00 para atender o Termo de Cooperação Técnica firmada com o Ministério Público Estadual. Outrossim, o que se depreende é que os gastos aumentaram consideravelmente ao longo desses três anos, bem assim o número de pacientes que se reportaram ao meio disponibilizado para a busca de assistência farmacêutica.

Em linhas de arremate dos dados apresentados, o que se verifica é que, a despeito da previsão inicial orçamentária de R\$ 36.000.000,00, no ano de 2015 o Estado de Goiás destinou a monta de R\$ 44.545.012,19 para tal finalidade, sendo que em 2016 o valor atingiu o patamar de R\$ 54.957.080,51, enquanto que em 2017 foi de R\$ 74.553.781,11.



No ano de 2018, por sua vez, até o mês de junho já foi apurado um gasto de R\$ 35.407.601,71 (trinta e cinco milhões quatrocentos e sete mil seiscentos e um reais e setenta e um centavos), para atendimento de 15.352 (quinze mil trezentos e cinquenta e duas) pessoas.

O valor de R\$ 6.070.098,28 (seis milhões setenta mil noventa e oito reais e vinte e oito centavos) foi destinado ao atendimento do programa CEAF, para 7.719 (sete mil setecentos e dezenove) pessoas, enquanto que as despesas alcançaram a margem de R\$ 29.337.503,43 (vinte e nove milhões trezentos e trinta e sete mil quinhentos e três reais e quarenta três centavos) para 7.633 (sete mil seiscentos e trinta e três) pacientes fora do programa.



CENTRAL ESTADUAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

RELATÓRIO DO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA / TCT - 2018							TOTAL		
MÊS	ATENDIMENTOS DO TCT, FEITOS NO PROGRAMA CEAF	PACIENTES DO TCT, ATENDIDOS NO PROGRAMA CEAF	VALOR CEAF (R\$)	ATENDIMENTOS DO TCT NO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO	PACIENTES DO TCT, ATENDIDOS NO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO	VALOR TCT (R\$)	ATENDIMENTOS	PACIENTES	(R\$)
JANEIRO	1.496	1.287	1.062.925,37	1.388	1.167	4.373.614,36	2.884	2.454	5.436.539,73
FEVEREIRO	1.538	1.258	1.025.003,58	1.211	1.035	3.553.072,47	2.749	2.293	4.578.076,05
MARÇO	1.478	1.223	963.678,47	1.492	1.233	5.387.595,19	2.970	2.456	6.351.273,66
ABRIL	1.455	1.281	968.876,91	1.611	1.403	5.146.310,06	3.066	2.684	6.115.186,97
MAIO	1.492	1.331	1.016.470,91	1.718	1.467	5.315.537,17	3.210	2.798	6.332.008,08
JUNHO	1.501	1.339	1.033.143,04	1.473	1.328	5.561.374,18	2.974	2.667	6.594.517,22
JULHO							0	0	0,00
AGOSTO							0	0	0,00
SETEMBRO							0	0	0,00
OUTUBRO							0	0	0,00
NOVEMBRO							0	0	0,00
DEZEMBRO							0	0	0,00
TOTAL GERAL	8.960	7.719	6.070.098,28	8.893	7.633	29.337.503,43	17.853	15.352	35.407.601,71

Poder-se-ia questionar a relevância da análise dos dados resultantes do Termo de Cooperação Técnica firmado pela Secretaria Estadual de Saúde com o Ministério Público do Estado de Goiás para o presente trabalho, em sede do qual se busca discutir os efeitos econômicos da judicialização da assistência farmacêutica.

Todavia, o que se verifica na prática, é que tais dados refletem diretamente no orçamento público do Estado de Goiás, inclusive no que se refere aos efeitos da judicialização, posto que o TCT funciona como um método alternativo na busca judicial do medicamento. Em outros termos, não fosse o TCT, as demandas por medicamentos fatalmente desaguariam no Poder Judiciário.

Nesses termos, pois, os gastos com TCT devem ser considerados como consequência da judicialização em potencial, posto que, não fosse tal termo, as demandas represadas representariam judicialização efetiva do direito à assistência farmacológica, inclusive pela iniciativa do próprio Ministério Público Estadual.

Por outro norte, os valores desembolsados pelo Estado de Goiás, com o objetivo de atender as demandas por medicamentos são também afetados diretamente, e de maneira mais objetiva, pelas decisões judiciais concessivas dos pleitos de assistência farmacológica.

Tal fato se dá em razão da grande e crescente quantidade de busca pelo Poder Judiciário em prol da prestação positiva por parte do Estado no fornecimento dos medicamentos, estejam eles ou não inseridos nas listas e relações do Sistema Único de Saúde.

Pelos dados colhidos junto à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás, percebe-se que no ano de 2015 o ente estatal arcou com gasto de R\$ 19.908.787,05 (dezenove milhões novecentos e oito reais setecentos e oitenta e sete reais e cinco centavos) referentes à judicialização da saúde, seja com pacientes atendidos pelo CEAF, ou fora dele.

Naquele período, R\$ 4.919.306,56 (quatro milhões novecentos e dezenove mil trezentos e seis reais e cinquenta e seis centavos) foram dispendidos para atender um total de 5.489 (cinco mil quatrocentos e oitenta e nove) pacientes inseridos no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica do Ministério da Saúde.

O restante, qual seja, R\$ 14.989.480,49 (quatorze milhões novecentos e oitenta e nove mil quatrocentos e oitenta reais e quarenta e nove centavos) foram investidos para atender à deliberações judiciais concessivas de liminares ou ordens meritórias de fornecimento de medicamentos fora da listagem do CEAF, para o atendimento de 2.348 pacientes.

PACIENTES MS



SECRETARIA
DE ESTADO DA SAÚDE



CENTRAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

RELATÓRIO DE AÇÕES JUDICIAIS – 2015						
MÊS	QUANTIDADE DE PACIENTES DO PROGRAMA CEAF, ATENDIDOS POR MANDADO DE SEGURANÇA.	VALOR (R\$)	QUANTIDADE DE PACIENTES DO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO, ATENDIDOS POR MANDADO DE SEGURANÇA.	VALOR (R\$)	TOTAL DE PACIENTES ATENDIDOS	VALOR TOTAL (R\$)
JANEIRO	499	423.704,91	173	2.118.612,21	672	2.542.317,12
FEVEREIRO	499	415.264,78	166	639.231,85	665	1.054.496,63
MARÇO	518	476.177,63	209	1.021.587,34	727	1.497.764,97
ABRIL	499	442.141,28	171	652.337,17	670	1.094.478,45
MAIO	503	438.128,51	164	800.899,55	667	1.239.028,06
JUNHO	481	472.201,54	181	653.422,02	662	1.125.623,56
JULHO	480	441.180,61	206	4.711.960,31	686	5.153.140,92
AGOSTO	446	386.061,85	200	999.648,18	646	1.385.710,03
SETEMBRO	404	368.068,35	176	873.100,89	580	1.241.169,24
OUTUBRO	385	357.031,72	233	640.844,65	618	997.876,37
NOVEMBRO	386	348.188,45	245	1.361.910,43	631	1.710.098,88
DEZEMBRO	389	351.156,93	224	515.925,89	613	867.082,82
TOTAL GERAL	5.489	4.919.306,56	2.348	14.989.480,49	7.837	19.908.787,05

Rua 16 esq. com a Rua 12 n° 97 Centro CEP: 74015-020 – Goiânia-Goiás (62)3201-74392

Página 1

Em 2016 foram gastos R\$ 26.461.244,91 (vinte e seis milhões quatrocentos e sessenta e um mil duzentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos) com dispensação de medicamentos pelo Estado de Goiás, via CEMAC Juarez Barbosa, por força de ordem judicial.

Desse total, R\$ 3.872.373,62 (três milhões oitocentos e setenta e dois mil reais trezentos e setenta e três reais e sessenta e dois centavos) foram referentes aos 4.585 (quatro mil quinhentos e oitenta e cinco) pacientes atendidos pelo programa CEAF que buscaram medida judicial para ver garantido o acesso ao fármaco.

Doutro tanto, 3.828 (três mil oitocentos e vinte e oito) pacientes fora do CEAF foram beneficiados por medidas judiciais, o que culminou em um gasto de R\$ 22.588.871,29 (vinte e dois milhões quinhentos e oitenta e oito mil oitocentos e setenta e um reais e vinte e nove centavos).

PACIENTES MS



**SECRETARIA
DE ESTADO DA SAÚDE**



CENTRAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

RELATÓRIO DE AÇÕES JUDICIAIS – 2016						
MÊS	QUANTIDADE DE PACIENTES DO PROGRAMA CEAF, ATENDIDOS POR MANDADO DE SEGURANÇA.	VALOR (R\$)	QUANTIDADE DE PACIENTES DO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO ATENDIDOS POR MANDADO DE SEGURANÇA.	VALOR (R\$)	TOTAL DE PACIENTES ATENDIDOS	VALOR TOTAL (R\$)
JANEIRO	389	322.456,71	240	3.967.684,95	629	4.290.141,66
FEVEREIRO	396	335.023,33	252	975.721,87	648	1.310.745,20
MARÇO	388	307.629,29	255	1.218.470,70	643	1.526.099,99
ABRIL	386	321.540,22	248	924.191,54	634	1.245.731,76
MAIO	389	348.517,43	296	1.498.820,95	685	1.847.338,38
JUNHO	385	322.720,78	323	797.198,29	708	1.119.919,07
JULHO	391	328.599,73	323	1.258.181,56	714	1.586.781,29
AGOSTO	384	333.307,92	388	3.712.145,22	772	4.045.453,14
SETEMBRO	379	324.782,54	378	1.292.875,66	757	1.617.658,20
OUTUBRO	368	279.894,75	349	1.205.890,29	717	1.485.785,04
NOVEMBRO	361	313.216,30	370	1.655.080,42	731	1.968.296,72
DEZEMBRO	369	334.684,62	406	4.082.609,84	775	4.417.294,46
TOTAL GERAL	4.585	3.872.373,62	3.828	22.588.871,29	8.413	26.461.244,91

Rua 16 esq. com a Rua 12 n° 97 Centro CEP: 74015-020 - PABX (62)3201-7453 FAX (62)3201-7442

Página 1

No ano de 2017 o Estado, por força de mandado judicial, investiu R\$ 33.561.152,99 (trinta e três milhões quinhentos e sessenta e um mil cento e cinquenta e dois reais e noventa e nove centavos) para fornecimento de medicamentos para 9.727 (nove mil setecentos e vinte e sete pacientes).

Naquele ano foram atendidas as necessidade medicamentosas de 4.438 pacientes no programa CEAF, o que resultou no desembolso de R\$ 3.913.040,38 (três milhões novecentos e treze mil quarenta reais e trinta e oito centavos).

Outrossim, 5.289 pacientes fora do CEAF foram beneficiados por decisões judiciais, que impuseram ao ente uma despesa na ordem de R\$ 29.648.112,61 (vinte e nove milhões seiscentos e quarenta e oito mil cento e doze reais e sessenta e um centavos).



SECRETARIA
DE ESTADO DA SAÚDE



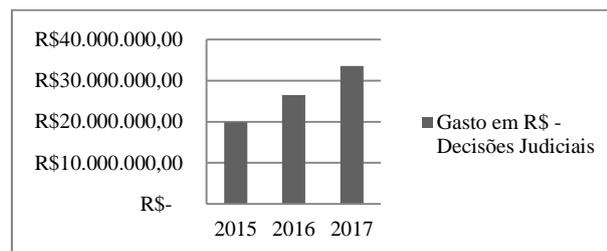
CENTRAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

RELATÓRIO DE AÇÕES JUDICIAIS – 2017						
MÊS	QUANTIDADE DE PACIENTES DO PROGRAMA CEAF, ATENDIDOS POR MANDADO DE SEGURANÇA.	VALOR (R\$)	QUANTIDADE DE PACIENTES DO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO, ATENDIDOS POR MANDADO DE SEGURANÇA.	VALOR (R\$)	TOTAL DE PACIENTES ATENDIDOS	VALOR TOTAL (R\$)
JANEIRO	369	331.097,74	356	1.384.892,69	725	1.715.990,43
FEVEREIRO	381	377.066,83	339	2.666.700,37	720	3.043.767,20
MARÇO	373	331.040,35	425	2.355.461,91	798	2.686.502,26
ABRIL	371	350.779,82	389	1.521.377,66	760	1.872.157,48
MAIO	377	358.808,30	485	2.555.947,07	862	2.914.755,37
JUNHO	374	387.522,42	512	4.860.272,34	886	5.247.794,76
JULHO	378	334.155,72	471	2.106.682,66	849	2.440.838,38
AGOSTO	390	323.647,64	522	2.185.051,13	912	2.508.698,77
SETEMBRO	404	261.654,53	494	4.283.003,27	898	4.544.657,80
OUTUBRO	341	280.630,32	462	1.948.120,80	803	2.228.751,12
NOVEMBRO	336	270.059,72	418	1.685.998,39	754	1.956.058,11
DEZEMBRO	344	306.576,99	416	2.094.604,32	760	2.401.181,31
TOTAL GERAL	4.438	3.913.040,38	5.289	29.648.112,61	9.727	33.561.152,99

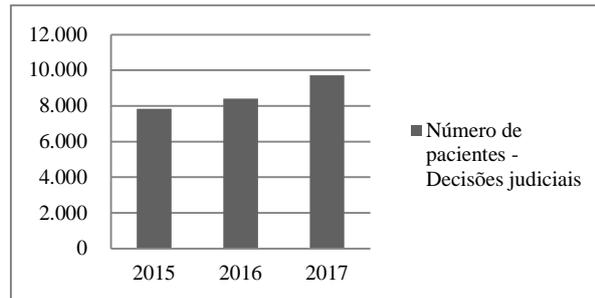
Rua 16 esq. com a Rua 12 n° 97 Centro CEP: 74015-020 – Goiânia-Goiás (62)3201-74392

Página 1

Em síntese dos dados colhidos e apresentados nas tabelas acima, o que se verifica é um aumento vertiginoso no gasto com judicialização da saúde, notadamente no que se refere ao fornecimento de medicamentos. Isso porque, enquanto em 2015 o Estado acabou por desembolsar a monta de 19,9 milhões, em 2016 o valor alcançou a margem de 26,4 milhões, e já em 2017 atingiu a marca de 33,5 milhões.



Demais disso, outro dado relevante de se observar é o crescente número de pessoas que se utilizaram de medidas judiciais como forma de perpetrar a assistência farmacêutica do Estado de Goiás. Em 2015 foram atendidos os pleitos e respectivas determinações judiciais para beneficiar 7.837 pacientes. No ano seguinte o número subiu para 8.413, enquanto que em 2017, 9.727 pacientes foram atendidos.



Não é demais destacar que até a metade do ano de 2018, o Estado de Goiás dispensou medicamentos a 4.960 (quatro mil novecentos e sessenta pacientes) em razão da judicialização, o que culminou em R\$ 17.867.568,63 (dezesete milhões oitocentos e sessenta e sete mil quinhentos e sessenta e oito reais e sessenta e três centavos de despesa).

Foram atendidos os pleitos de 2.239 (dois mil duzentos e trinta e nove mil) pacientes pelo programa CEAF, com um gasto de R\$ 1.936.504,19 (um milhão novecentos e trinta e seis mil quinhentos e quatro reais e dezenove centavos).

Dois mil setecentos e vinte e um pacientes (2.721) fora do CEAF foram beneficiados por decisões judiciais, gerando uma despesa de R\$ 15.931.064,44 (quinze milhões novecentos e trinta e um mil sessenta e quatro reais e quarenta e quatro centavos).



CENTRAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO JUAREZ BARBOSA

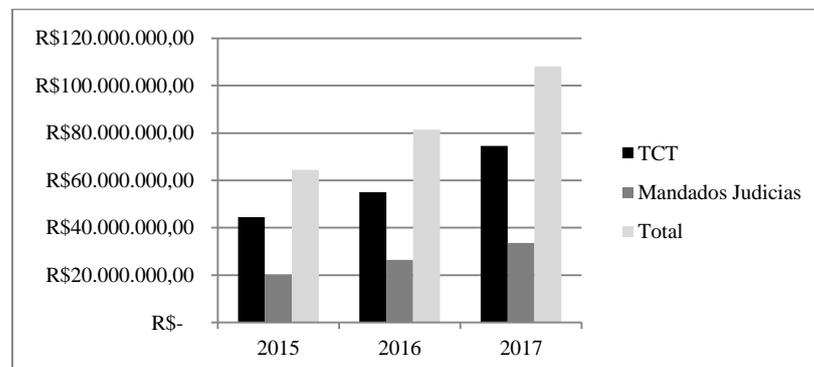
RELATÓRIO DO MANDADO DE SEGURANÇA / MS – 2018							TOTAL		
MÊS	ATENDIMENTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA, FEITOS NO PROGRAMA CEAF	PACIENTES DO MANDADO DE SEGURANÇA, ATENDIDOS NO PROGRAMA CEAF	VALOR CEAF (R\$)	ATENDIMENTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA NO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO	PACIENTES DO MANDADO DE SEGURANÇA, ATENDIDOS NO SETOR DE JUDICIALIZAÇÃO	VALOR MS (R\$)	ATENDIMENTOS	PACIENTES	(R\$)
JANEIRO	388	345	309.337,87	574	427	3.990.179,73	962	772	4.299.517,60
FEVEREIRO	417	353	345.145,57	524	411	1.870.148,57	941	764	2.215.294,14
MARÇO	425	373	276.814,78	553	426	2.252.827,72	978	799	2.529.642,50
ABRIL	421	377	300.990,82	634	464	3.315.936,31	1.055	841	3.616.927,13
MAIO	437	392	349.105,44	666	495	2.180.738,88	1.103	887	2.529.844,32
JUNHO	442	399	355.109,71	652	498	2.321.233,23	1.094	897	2.676.342,94
JULHO							0	0	0,00
AGOSTO							0	0	0,00
SETEMBRO							0	0	0,00
OUTUBRO							0	0	0,00
NOVEMBRO							0	0	0,00
DEZEMBRO							0	0	0,00
TOTAL GERAL	2.530	2.239	1.936.504,19	3.603	2.721	15.931.064,44	6.133	4.960	17.867.568,63

Rua 16 esq. com a Rua 12 nº 97 Centro. 74015-020 – Goiânia-Goiás (62)3201-7439

Nesses termos, pois, o que se percebe é que, além dos gastos despendidos em razão do Termo de Cooperação Técnica firmado com o Ministério Público Estadual, que acabou por impedir que pleitos por assistência farmacêutica fossem aportados no Poder Judiciário, o Estado de Goiás ainda assim sofreu significativa influência e impacto financeiro em seu orçamento, ambos gerados por força de decisões judiciais proferidas com base no direito à saúde e assistência farmacológica.

A junção das despesas arcadas pelo Estado de Goiás com o TCT, que representam represamento de ações judiciais, com os gastos gerados para o cumprimento das deliberações/mandados judiciais atingem patamares ainda mais preocupantes para a finanças estatais conforme se pode depreender da tabela e do gráfico abaixo, que condensam as informações colhidas junto à Secretaria Estadual de Saúde.

	TCT	Mandados Judiciais	Subtotal
2015	44.545.012,19	19.908.787,05	64.453.799,24
2016	54.957.080,51	26.461.244,91	81.418.325,42
2017	74.553.781,11	33.561.152,99	108.114.934,10
		Total	253.987.058,76



As informações colhidas junto à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás dão conta, outrossim, dos valores do orçamento destinado ao atendimento das necessidades daquela pasta, inclusive para fazer frente as despesas necessárias para atendimento das políticas públicas, além de outros gastos.



SECRETARIA
DE ESTADO DA SAÚDE



VALORES PARA ACOMPANHAMENTO DA VINCULAÇÃO	2014	% DE EXECUÇÃO	2015	% DE EXECUÇÃO	2016	% DE EXECUÇÃO	2017	% DE EXECUÇÃO
RECEITA LIQUIDA	13.693.285.261,62		14.551.851.176,18		15.449.703.387,05		15.872.228.586,99	
VINCULAÇÃO A EXECUTAR	1.643.194.231,39		1.746.222.141,14		1.853.964.406,45		1.904.667.430,44	
RECOMPOSIÇÃO REALIZADA	80.384.868,39		117.046.847,75		253.970.601,41		239.638.815,80	
VALOR EMPENHADO	1.656.922.033,70	12,10%	1.757.038.760,06	12,07%	1.858.288.559,90	12,03%	1.731.053.465,04	10,91%
VALOR LIQUIDADADO	1.497.084.437,17	10,93%	1.639.020.000,61	11,26%	1.660.774.568,69	10,75%	1.310.173.381,54	8,25%
VALOR PAGO	1.366.848.485,05	9,98%	1.343.718.912,67	9,23%	1.488.172.631,00	9,63%	979.310.713,92	6,17%
SALDO DE RESTOS A PAGAR	130.235.952,12	0,95%	295.301.087,94	2,03%	172.601.937,69	1,12%	330.862.667,62	2,08%
RESTOS APAGAR NÃO PROCESSADOS	159.837.596,53	1,17%	118.018.759,45	0,81%	197.513.991,21	1,28%	420.880.083,50	2,65%
TOTAL DE RESTOS A PAGAR	290.073.548,65		413.319.847,39		370.115.928,90		751.742.751,12	
DUODÉCIMO	12,10%		12,07%		12,03%		10,91%	

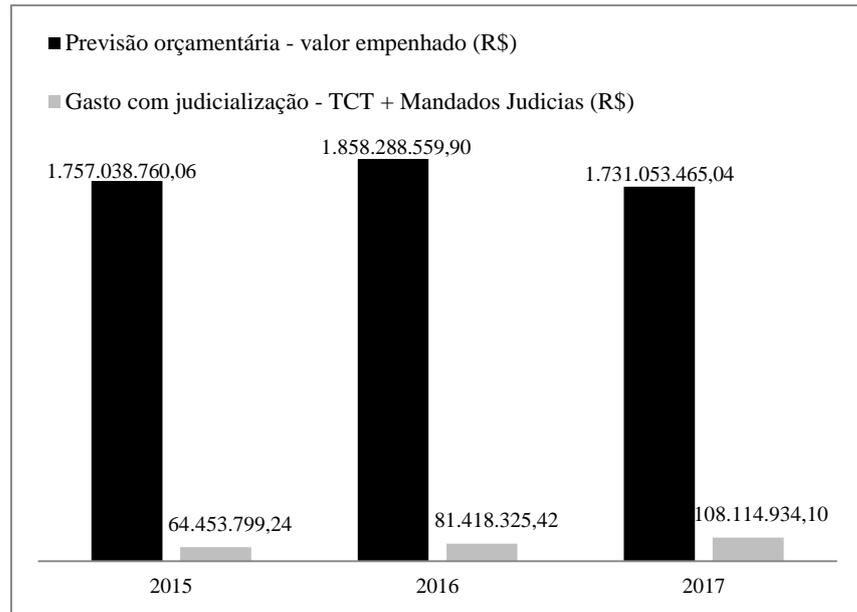
* FONTE: Relatórios LRF - CGE, SIOPS e SIOFINet

Tomando-se por termo comparativo os valores apresentados sobre a rubrica de valor empenhado, correspondentes ao duodécimo da saúde, é possível verificar de maneira objetiva o impacto causado pela judicialização da saúde, leia-se, pelos valores oriundos de despesas anuais em razão do TCT e das ordens judiciais de fornecimento de medicamentos.

Voltando os olhos para o ano de 2015, é possível verificar que de um valor empenhado de R\$ 1.757.038.760,06, foram gastos pelo Estado de Goiás, a título de judicialização do direito à assistência farmacêutica, a monta de R\$ 64.453.799,24. Conclui-se, pois, que naquele ano o impacto foi na ordem de aproximadamente 3,66%.

No ano seguintes (2016), empenhado o valor R\$ 1.858.288.559,90, foram desembolsados pelo ente federado a quantia de R\$ 81.418.325,42, o que reflete um impacto de aproximadamente 4,38%.

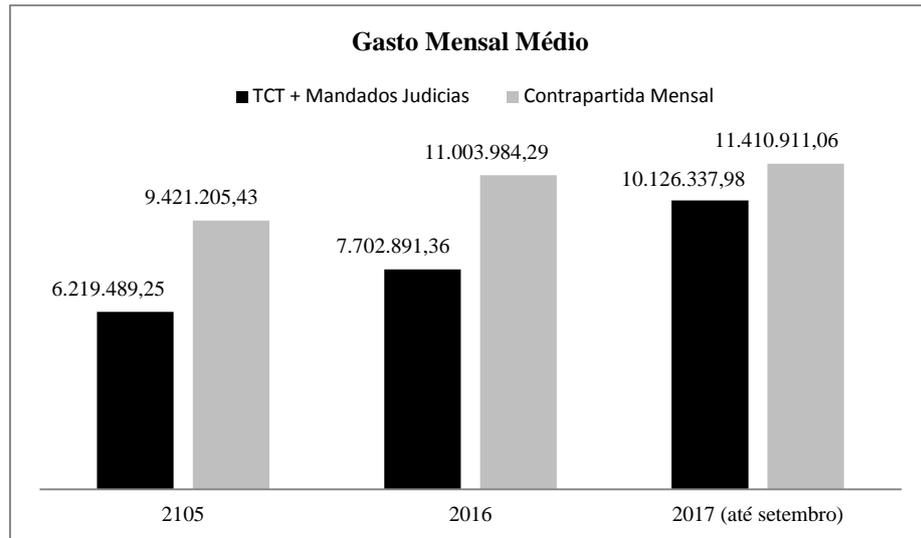
Já em 2017 verifica-se outro aumento das consequências financeiras geradas pela intervenção do Judiciário nas políticas públicas de fornecimento de medicamentos do Estado de Goiás, haja vista que empenhado o valor de R\$ 1.731.053.465,04, desse foi destinado R\$ 108.114.934,10 para cumprimento das ordens judiciais, o que descortinou um impacto de aproximadamente 6,24%.



Por outro lado os impactos são ainda maiores se se analisar os efeitos da judicialização para além da assistência farmacêutica.

Utilizando-se uma análise mais genérica, os dados apresentados abaixo demonstram em percentuais o quanto os efeitos da judicialização da saúde, repita-se, nesse caso envolvendo outras medidas que não somente o fornecimento de medicamentos, repercutem se comparados às contrapartidas por parte do Estado de Goiás:

GASTO MENSAL MÉDIO			
MÊS	2015	2016	2017
1	43.794,32	2.637.777,63	15.283.233,37
2	2.497.487,66	2.434.315,20	9.505.449,16
3	4.851.389,41	9.691.857,51	11.232.566,50
4	5.457.033,68	8.370.119,76	11.206.408,71
5	7.226.893,33	4.403.729,62	12.633.421,98
6	8.612.369,42	14.315.061,23	2.163.174,31
7	14.108.703,87	12.459.790,24	9.958.331,40
8	4.811.583,16	8.112.511,29	13.454.909,05
9	3.979.725,75	1.156.829,67	5.699.547,35
10	4.786.233,83	7.560.141,84	
11	7.285.542,44	9.572.259,51	
12	10.973.114,07	11.720.302,76	
TOTAL	74.633.870,94	92.434.696,26	91.137.041,83
Termo de Cooperação e Mandados Judiciais	6.219.489,25	7.702.891,36	10.126.337,98
Contrapartidas Mensal	9.421.205,43	11.003.984,29	11.410.911,06
contrapartidas	113.054.465,18	132.047.811,50	152.535.384,70
Razão entre TC e MJ/Contrapartidas	66,02%	70,00%	88,74%



Nesse contexto, pois, é possível verificar que os efeitos gerados pela intervenção do Poder Judiciário na destinação das finanças destinadas à implementação das políticas públicas de saúde, notadamente no que se refere à assistência farmacêutica, a despeito de pretender garantir prestação positiva por parte do Estado frente ao direito fundamental à saúde, acabam por impactar de maneira significativa a saúde financeira do planejamento adotado pelo administrado público.

Outrossim, é possível extrair que o fenômeno da judicialização, ao menos no que diz ao direito de assistência farmacêutica, se revela crescente ao longo dos três últimos anos, o que reflete a necessidade de implementação de medidas tendentes à redução dos efeitos financeiros, sob pena de se agravar a delicada situação financeira dos entes federados, no caso, do Estado de Goiás, frente à necessidade de garantir a fundamentalidade do direito à saúde.

Nesse contexto, Élidea Graziane Pinto (2016, p.5) observa ser iníquo e pouco resolutivo o fato de haver controle primordialmente centrado em examinar posições individuais de quem alega direito subjetivo público contra o Estado. Assinala que a larga escala e a reiteração, por vezes míope de respostas pontuais não retroalimenta o planejamento, tampouco corrige os erros da execução orçamentária e da gestão do SUS. Conclui que o enfrentamento tópico e posterior dos sintomas, sem correção das causas do mal-estar, acaba por agravar a avaliação ampla acerca do mau funcionamento da política pública de saúde como um todo.

CONCLUSÃO

A concretização de uma vida com dignidade, sobretudo em tempos de grave miséria, como o que atravessa grande parte da população brasileira, depende da concretização de direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito à saúde. Tais direitos corroboram para a implementação da cidadania e atendimento de necessidades básicas dos cidadãos.

Nesse desiderato é que a saúde, como direito social assentado na etiqueta contida no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, consubstancia dever do Estado, como garantidor que é das básicas condições de vida e de desenvolvimento do indivíduo. Trata-se, pois, de norma de aplicação e efetividade imediatas.

Pelo atual arranjo constitucional, é insofismável concluir que ao Estado restou promover políticas públicas, sociais e econômicas, tendentes a garantir acesso universal igualitário às ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos.

Todavia, esse direito (à saúde) não pode caracterizar um dever estatal ilimitado, irrestrito e absoluto, nem, tampouco, de exercício irracional, seja individual ou coletivamente defendido, em claro arrepio dos interesses sociais da comunidade.

Imperiosa é a análise dos direitos sociais, no presente caso, com o foco voltado à questão da saúde, sob uma perspectiva de que para cada direito corresponde um determinado custo, razão pela qual, sua concretização depende, via de regra, de alocação de recursos públicos suficientes à implementação.

Irrefragável, portanto, que os custos necessários à implementação do direito à saúde constituem, a bem da verdade, uma limitação ao seu atendimento, porquanto, depende da força financeira do Estado.

Doutro tanto, as políticas públicas destinadas à implementação do direito à saúde depende de deliberação por parte do Poder Executivo, como órgão eletivo e incumbido da realização da vontade da maioria, sem, contudo, desconsiderar os interesses e necessidades das classes que integram a minoria.

Dessa forma, no arranjo jurídico e político brasileiro, cabe ao administrador público, democraticamente, ressalvadas as competências parlamentares em matéria orçamentária, a legitimação para deliberar acerca da afetação dos recursos públicos, em claro respeito ao princípio da separação dos poderes.

Por essa razão é que o direito subjetivo a prestações positivas por parte do Estado, no que diz à saúde, não pode englobar genérica e indistintamente qualquer tipo de anseio do cidadão, devendo, pois restringir-se àquelas que se revelarem básicas ou que, no contexto da adoção de políticas públicas, tenham sido eleitas pelo administrador como prioritárias.

É nesse ínterim que irrompe a teoria da reserva do possível, com o objetivo de cingir o direito à economia, no afã de demonstrar que as necessidades, embora ilimitadas, dependem de aportes financeiros que são escassos. Daí a importância de pensar a reserva do possível tanto na definição de políticas públicas, quanto na intervenção judicial em sede de demandas que perpetram efetivação de direitos sociais (à saúde, inclusive).

Por outro lado, pensar sob a ótica do princípio da proporcionalidade também pode auxiliar na deliberação de demandas cujo objetivo seja a proteção e reconhecimento do direito à saúde em sua perspectiva positiva. Isso porque oferece base necessária para a interpretação e correta aplicação de comandos constitucionais que, apenas aparentemente, apresentam alguma inconsistência prática. Corresponde, nos termos do que já perfilhou o Supremo Tribunal Federal, a uma moeda de duas faces: se de um lado há uma proibição de excesso, por outro norte há vedação à insuficiente proteção.

No estado democrático de direito, o orçamento é instrumento de políticas públicas e serve de baliza para a concretude prática dos direitos fundamentais impostos pela ordem constitucional.

O judiciário exerce importante papel para a efetivação dos direitos sociais, porquanto atua nas hipóteses de retração dos demais poderes, seja para garantir a efetivação da prestação necessária à implementação da saúde, seja para determinar a abstenção de práticas que atentem a esse direito.

A alocação da saúde como direito fundamental do cidadão (artigo 6º da Constituição Federal) possibilitou que, na ausência ou ineficácia da política pública adotada pelo Estado, possa o cidadão aportar no judiciário em busca da efetivação daquele direito, seja em sua perspectiva positiva ou negativa.

A judicialização do direito à saúde revela-se um dos temas mais tormentosos nas discussões sobre a implementação dos direitos sociais e o correspondente reflexo nas finanças públicas, o que aponta para a ponderação como melhor forma de solucionar o conflito, repita-se, apenas aparente, entre o direito fundamental e outros princípios elencados no texto constitucional.

A preocupação surge na medida em que se verifica, por parte dos titulares do poder jurisdicional, grande tendência em se reconhecer a fundamentalidade do direito social à saúde como sustentáculo para garantia da responsabilidade do Estado nas prestações positivas, seja nas hipóteses de iminente risco para a vida, seja para o reconhecimento ao mínimo existencial.

A atuação jurisdicional em casos que tais, deve se orientar no sentido de extrair da norma a máxima eficácia jurídica, sem, todavia, sobrepujar as divisas que lhe são impostas pelo próprio arranjo constitucional.

Os efeitos da judicialização do direito à saúde, notadamente no que diz à assistência farmacêutica, exige acurada análise por parte dos titulares da jurisdição, uma vez que, se por um lado suas atuações consubstanciam garantia fundamental ao exercício pleno da cidadania, por outro podem levantar verdadeiro estado de tensão entre os gestores públicos, enquanto administradores compelidos à implementação de prestações sociais e políticas públicas que se revelam na contramão das deliberações de gestão governamental, e, outrossim, não raras vezes, em descompasso com as possibilidades orçamentárias.

Não se pode olvidar, de mais a mais, que as decisões perfilhadas em casos de judicialização do direito à assistência farmacêutica, a bem da verdade, com certa frequência, acabam por privilegiar uma minoria com conhecimento e condições financeiras de provocar a atuação do Estado-Juiz. Muitas das vezes essa atuação revela potencial prejuízo à grande parte da população que se encontra ceifada desse acesso, seja por mera ignorância dos meios necessários, ou mesmo por impossibilidade financeira ou física, e que acaba por engrossar as filas nos nosocômios a espera da terapia necessária ao tratamento de sua moléstia.

Segundo os dados colhidos junto ao Ministério da Saúde, os custos ocasionados pela judicialização da saúde, de modo geral, sofre um crescente aumento desde 2010, e acabam por restringir a liberdade dos Estados em alocar recursos públicos segundo as prioridades constatadas pelo gestor.

Em relação ao número de demandas judiciais referentes à saúde, o Brasil assume posição de destaque se comparado com outros países considerados de baixa ou média renda, com uma média anual de 40 mil processos, segundo dados colhidos até 2010.

Dos dados colhidos junto ao Tribunal de Constas da União, ao longo da pesquisa, é possível extrair que a judicialização da saúde impacta de maneira deveras mais intensa no âmbito da justiça estadual, em sede da qual se demanda o Estado, o Distrito Federal e os Municípios.

É possível perceber tendência de aumento gradativo no número de demandas individuais relativos à saúde pública no Brasil, sobretudo na justiça estadual, com notório foco na dispensação de medicamentos e tratamento médico hospitalar.

Outrossim, por meio da capitulação de vários dados acessados durante a pesquisa, é possível os seguintes destaques: a litigância é predominantemente individual, com alta taxa de êxito; a judicialização da saúde é mais intensa na justiça estadual; a maior parte das demandas são aforadas por advogados, com forte atuação também de defensores públicos.

No Estado de Goiás é possível perceber a preocupação do Ministério Público, aliado à Secretaria Estadual da Saúde, com o crescimento vertiginoso da judicialização da saúde, principalmente no que se refere à dispensação de medicamentos, e seus respectivos efeitos. Prova disso é o Termo de Cooperação Técnica firmado ainda em 2012, com posteriores aditivos, com vista à regulação de procedimento para o fornecimento de medicamentos, insumos e correlatos aos pacientes que obtiverem pareceres favoráveis da Câmara de Avaliação Técnica de Saúde.

O objetivo principal do TCT foi o de evitar o aporte judicial de demandas cujo objeto fosse a efetivação de direitos à saúde.

O que na prática se verificou, todavia, além de efetivo atendimento dos anseios de parte dos cidadãos necessitados de assistência farmacêutica, bem assim a desnecessidade de deliberação judicial nesses casos, foi que ao longo dos anos o aporte anual inicial de 36 milhões de reais tornou-se insuficiente, o que, embora tenha evitado o crescimento quantitativo de demandas judiciais, acabou por evidenciar um aumento vertiginoso do impacto financeiro no orçamento do Estado destinado à saúde. Isso porque, conforme se levantou ao longo do estudo, atingiu elevadas montas nos anos de 2015, 2016 e 2017, as quais correspondem, respectivamente, a 44,5 milhões, 54,9 milhões e, por fim, 74,5 milhões.

Outrossim, embora a pactuação tenha refletido efeitos nos números oriundos da judicialização da assistência farmacêutica, a bem da verdade as deliberações judiciais ainda refletem relevantes consequências para as finanças públicas.

Conforme se verificou dos dados coletados junto à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás, o ente despendeu, por força de ordem judicial que o compeliu ao fornecimento de fármacos, durante os anos de 2015, 2016 e 2017, valores correspondentes, respectivamente, a 19,9 milhões, 26,4 milhões e 33,5 milhões.

Ao compilar os números referentes aos efeitos do TCT e aqueles oriundos dos gastos impostos pelo cumprimento de ordens judiciais, o impacto no orçamento público da saúde

ganha força, atingindo os seguintes patamares: 64,4 milhões, em 2015; 81,4 milhões, em 2016; e 108,1 milhões, em 2017.

Em linha de arremate, é imperioso registrar que a presente pesquisa não objetivou encontrar de maneira absoluta uma solução à complexa questão relacionada aos efeitos e impactos da judicialização da saúde, no que diz à assistência farmacêutica, ao orçamento público do Estado de Goiás, mas, isso sim, estimular o debate acerca do tema, bem assim indicar possíveis ações tendentes à minimização das consequências.

Os dados levantados durante a pesquisa conduzem a duas constatações relevantes e límpidas: há um significativo crescimento quantitativo de demandas judiciais em busca de assistência farmacêutica aforadas em desproveito do sistema público de saúde e o seu impacto no orçamento público além de não ser insignificante, revela preocupante previsão para um futuro próximo, caso não sejam implementadas medidas tendentes à mitigação desses efeitos.

REFERÊNCIAS

AFONSO, João Roberto. Orçamento Público no Brasil: História e Premência de Reforma. Joaçaba V.17,n1, p9-28, jan/abr.2016.

ALMIRO, Affonso. Questões de Técnica e de Direito Financeiro. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1957, p. 113-114.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Org.). Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

BARBOSA, Valquíria. Análise crítica do Princípio da Reserva do Possível à luz do Sistema Único de Saúde (SUS) frente a judicialização do direito fundamental à saúde. Revista Brasileira de Direitos Municipal. Belo Horizonte, ano 15, nº 54, p. 173-184, out./dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento de gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Anuário Ibero Americano de Justicia Constitucional, nº 13, p. 17-32, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, ed. 4, Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicações/12685_Cached.pdf. Acesso em: 09 jul 2018.

BALEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro, Brasília, DF, janeiro 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil brasileiro. Brasília, DF, março 2015.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde, Brasília, DF, setembro 1990.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI; GARTH apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. *A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. *Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões Judiciais na área da saúde*. 2012. 85 f. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769> Acesso em: 06 dez 2016.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos. *Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais*. In.: *Controle Externo – Estudos Temáticos*. GUERRA, Evandro Martins; CASTRO Sebastião Helvécio Ramos de (Coord). Belo Horizonte: Forum, 2012

CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, nº2 e Ano III, nº3, 2001-2002.

_____. *Desjudicialização da Saúde: uma bem necessário?* Revista IOB de Direito Público. Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público. Ano V, nº 28, jul-ago, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTI, José Maurício. *Levando o Direito Financeiro a Sério*. São Paulo: Editora Edgard Blücher, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/1TNvdTU>.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F.; BRAGA, Carlos A. Faraco (cords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial - IBDF, 2010.

DOMINGUES, José Marcos. *O desvio de finalidade das contribuições e o seu controle tributário e orçamentário no Direito Brasileiro*. In Domingues, José Marcos (coord.). *Direito Tributário e Políticas Públicas*. São Paulo: MP, 2008, p.300.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIELLO, Luiza. TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude> >. Acesso em 24 out 2018.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. Responsabilidade Fiscal: Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GIACOMONI, James. Orçamento público. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes, New York – London: W. W. Norton & Company, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o Princípio da Proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert. BAEZ; Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo, 1 ed., Florianópolis: Qualis, 2015.

LOPES, Mauricio Caldas. Judicialização da saúde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. São Paulo: Lua Nova, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz . Os Direitos Políticos, Revista de Informação Legislativa, p.44.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, Jan/Jul 2008.

MEDICE, André. Breves Considerações sobre a Relação entre Financiamento da Saúde e Direito Sanitário no Brasil In: BRASIL – Ministério da Saúde, 2009.

_____. A crise e o Setor Saúde no Brasil. Acessado em <http://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-a-crise-e-o-setor-saude-no-brasil/>, em 14/10/2018,

MELO, Ceso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006, p.251.

PINTO, Élide Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. Futuros do Brasil textos para debate, nº 10, junho 2016.

_____ ; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *Revista de Direito Administrativo Constitucional*, Belo Horizonte, v.16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016.

PIRES, José Santo Dal Bem; MOTA, Waldir Francelino. A Evolução Histórica do Orçamento Público e sua Importância para a Sociedade. *Revista Enfoque: Reflexão Contábil* nº 2, v. 25, mai/ago 2006.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Londres: Havard University Press, 1971.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Julio César de Sá. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SANT'ANA JMB; OSÓRIO-DE-CASTRO CGS, VENTURA M. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Revista Panam Salud Publica*. 2011;29(2):138-44.

SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014. p.25-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: . Acesso em:

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160-161.

TEIXEIRA, Carmem. Os princípios do Sistema Único de Saúde. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3023433/mod_resource/content/4/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf, acessado em 23 jul 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. 5. O orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. New York : New York University.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em 06 dez 2016.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2.

PINTO, Victor Carvalho. Princípio da vedação ao retrocesso social: o caso da vinculação de recursos para a saúde. Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2017/12/13/principio-da-vedacao-de-retrocesso-social-o-caso-da-vinculacao-de-recursos-para-a-saude/>>. Acesso em 21 out 2018.

YAMIM, Alicia; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011.

WANG, Daniel; VASCONCELOS, Natália Pires. OLIVEIRA, Vanessa Elias; TERRAZAS, Fernanda. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, set/out 2014.