

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIOSLEY MACEDO DOS SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS
FINANÇAS PÚBLICAS**

**BRASÍLIA/DF
2017**

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS FINANÇAS PÚBLICAS

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE IMPACT ON PUBLIC FINANCE

DIOSLEY MACEDO DOS SANTOS

SUMÁRIO

Introdução. 1. Direitos Sociais e Políticas Públicas. 1.1. Judicialização das Políticas Públicas e Inefetividade Constitucional. 2. Acesso à saúde como direito fundamental de segunda geração e a competência dos entes federados por sua garantia. 2.2. O federalismo do SUS. 3. Impacto das decisões judiciais concessivas de medidas positivas em busca da efetivação do direito à saúde. 4. O Julgamento dos Recursos Extraordinários 566471/RN e 657718/MG pelo Supremo Tribunal Federal.

RESUMO

O presente artigo científico se propõe a discutir os reflexos da judicialização do direito à saúde, bem como avaliar as perspectivas sociológicas e econômicas para, ao final, traçar um estudo sobre a efetividade da judicialização das políticas públicas. O problema de pesquisa consistiu na análise de em que medida a interferência do poder judiciário como garantia individual impacta os interesses coletivos e difusos. Para tanto, o artigo científico tem como objetivo o estudo da judicialização do direito à saúde e o impacto nas finanças públicas. O método utilizado para se proceder à análise do tema foi o bibliográfico, buscando-se comprovar se as concessões de direitos por meio da judicialização do direito à saúde, de fato, impactam nas finanças públicas se não for avaliado com cautela os limites impostos pela norma regulamentadora.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização do Direito à Saúde. Lei do SUS. Direito Constitucional.

ABSTRACT

The present scientific article proposes to discuss the reflexes of the judicialization of the right to health, as well as to evaluate the sociological and economic perspectives, in order to draw a study on the effectiveness of the judicialization of public policies. The research problem is to what extent the interference of the judiciary as an individual guarantee impacts collective and diffuse interests. To this end, the project will have as its objective the study of the judicialization of the right to health and the impact on public finances from a restricted perspective, applying them to the reality experienced by the Courts. The method used is bibliographic, seeking to prove that the judicialization of the right to health, in fact, impact on public finances.

KEYWORDS: Judicialization of the Right to Health. SUS Law. Constitutional Right.

INTRODUÇÃO

Constata-se no Brasil um aumento significativo de decisões judiciais obrigando o poder executivo a fornecer serviços de saúde. Os tribunais brasileiros têm sido muito receptivos ao atender as demandas individuais pleiteadas que requerem a concessão de insumos, leitos, medicamentos e tratamentos sob o argumento do princípio da solidariedade entre os entes federados.

Dessa forma, são crescentes as demandas judiciais da sociedade pela efetiva consolidação e concretização dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal frente à ineficiência do Poder Legislativo, exigindo a adoção por parte do Poder Judiciário de uma postura mais proativa em relação à interpretação da Constituição.

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 dos cidadãos para efetivação desse direito fundamental, o que configura a judicialização de política pública.

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.

O objeto do presente artigo funda-se no estudo bibliográfico com levantamento de dados acerca do impacto nas finanças públicas decorrente de pleitos concedidos pelo poder judiciário sem a devida observância dos requisitos instituídos na Lei do SUS.

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 por meio 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.

O presente artigo tem como problema de pesquisa discutir a relação entre Macro Justiça e Micro Justiça na medida em que a resposta dada pelo Poder Judiciário, no tocante às demandas individuais, afeta à justiça distributiva. Neste contexto, o trabalho subdivide-se em quatro títulos, quais sejam, a apresentação ampla da dimensão prestacional do direito à saúde; a relevância da concretização do direito à saúde como garantia fundamental instituído pela Constituição Federal de 1988; a análise da importância da aplicação da Lei Orgânica de Saúde (Lei n.º 8.080/90), que estabelece acerca da estrutura, modelo operacional, organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS); e por fim, um estudo dos Recursos Extraordinários 566471/RN e 657718/MG que tramitam no Supremo Tribunal Federal cuja matéria engloba a judicialização da saúde.

1. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, antes de se discutir a atuação do Poder Judiciário na luta pela concretização dos direitos sociais, necessário se faz conceituá-los e situá-los dentro da Constituição Federal de 1988, bem como identificar o tratamento oferecido a eles pelo Poder Constituinte Originário.

Segundo, José Afonso da Silva, os direitos sociais, se inserem dentro dos direitos fundamentais, sendo entendidos como:

[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

(SILVA, 2002, p. 199).

A Constituição Federal, ao delinear os direitos sociais, trouxe uma espécie de divisão entre eles; a primeira relacionada ao seu caráter prestacional, na qual se referem ao direito à saúde, moradia, assistência social, seguridade social, educação e a segunda associada ao direito de defesa tais como fixação da jornada de trabalho, liberdade de filiação sindical e a igualdade de tratamento entre trabalhador empregado e o trabalhador avulso. Todavia o objeto deste trabalho será voltado a análise dos direitos sociais, especificamente ao direito a saúde, que exige uma prestação positiva por parte do Estado.

Esses direitos nasceram como uma forma de exteriorização do princípio da dignidade humana, pois almejam construir melhores condições de vida à população e se legitimam através de quatro funções a de garantir a liberdade; a democracia; a paz e de igualdade material. Nesse sentido, leciona Jörg Neuner, *in verbis*:

- a) a função de assegurar a liberdade, na medida em que esses direitos constituem uma condição fundamental para o exercício da liberdade individual, já que a liberdade jurídica pode cair no vazio se faltam os seus pressupostos fáticos; b) a função de assegurar a democracia, pois não são apenas condição da liberdade individual e garantes de sua defesa, mas igualmente condição e garantes da participação no processo geral de produção legislativa do Direito, já que o princípio democrático também ameaça cair no vazio se os cidadãos forem privados de formação e informação, de certo grau de independência econômica e social e de outras necessidades existenciais; 42 c) a função de assegurar a paz, ao passo que servem à integração e à estabilidade e também com isso contribuem, em elevada medida, para a segurança jurídica; d) a função de tratamento igualitário, na medida em que visam, por fim, a uma relativização de situações de desequilíbrio e uma equiparação material dos cidadãos.

(NEUNER, 2006, p. 150-152).

Uma peculiaridade dos direitos sociais é a de criar para o Estado o dever de ofertar condições de fruição de direitos pela população de modo a reduzir as desigualdades sociais existentes; a assegurar semelhantes condições de desenvolvimento populacional e permitir maior atuação dos cidadãos na esfera política.

Os direitos sociais, inseridos na Constituição de 1988, são considerados pela doutrina¹ como normas de eficácia limitada, nas quais não são dotadas de eficácia plena para seu integral desenvolvimento, já que dependia de norma para regular sua aplicabilidade. A referida concepção impedia o controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas do Estado direcionadas a concretização de direitos sociais, por haver entendimento de que a atuação positiva do Judiciário adentraria nas esferas de atribuições do Legislativo e Executivo.

Com efeito, pertinente é trazer à tona o conceito de políticas públicas de Valdir Ferreira de Oliveira Júnior:

Políticas públicas são mandamentos finalísticos, normas jurídicas que estabelecem ou fomentam metas, objetivos, fins ou programas a serem cumpridos processualmente no futuro, já determinando um comportamento presente e/ou desencadeando uma ação inicial que culminará no objetivo final

¹ Nota: doutrinadores tais como Gilmar Ferreira Mendes; José Afonso da Silva; Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Luís Roberto Barroso.

proposto pelo seu enunciado textual (programa normativo). Exemplo: art. 3º da Constituição Federal – objetivos fundamentais.

(OLIVEIRA JUNIOR, 2010, p. 23).

As políticas públicas constituem instrumentos da ação governamental, ou seja, como destaca Maria Paula Dallari Bucci, “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” (BUCCI, 2002, p. 241). Em realidade, há um componente prático e finalístico na ideia de política pública como “programa de ação governamental para um setor da sociedade ou um espaço geográfico” (MULLER, 1998, p. 16), buscando a concretização de determinados objetivos e metas.

O direito das políticas públicas opera uma modificação substancial do raciocínio jurídico em direção ao imperativo da eficácia, entrando na era da pós modernidade. No Estado social de direito, as políticas públicas devem ser concebidas não mais no sentido de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral tanto para a ação dos indivíduos e organizações, como do próprio Estado. Nesse sentido, os princípios diretores têm um papel essencial para a implementação do direito de políticas públicas, sobretudo em matéria de direitos sociais.

Cabe o controle judicial de omissões do Poder Público na execução das políticas públicas pertinentes ao direito à saúde. Isso significa que cabe ao Judiciário, por meio de ações judiciais, determinar que os governos adotem medidas efetivas em matérias concernentes do direito à saúde já instituído por norma. Em realidade, o Judiciário impõe a execução das políticas públicas que já foram estabelecidas na Constituição, em leis ou formuladas e adotadas pelo próprio governo. O Poder Público tem, portanto, o dever de agir para alcançar os objetivos e metas previstos em normas constitucionais e infraconstitucionais.

Todavia, o posicionamento em relação à atuação do Judiciário na efetivação de direitos sociais inverteu-se no sentido de que estes direitos agora são considerados direitos fundamentais que merecem a tutela do Estado, cabendo à sociedade socorrer-se do Judiciário para ter garantida sua dignidade.

Neste sentido, entende Júlia Ximenes:

Ainda que possamos trazer as estratégias de alguns atores no fenômeno da judicialização das políticas públicas, ou seja, da utilização do Poder Judiciário por grupos que buscam alcançar interesses específicos, inclusive por parte dos “perdedores”, trata-se também de uma nova arena para defesa de “subcidadãos”, minorias e movimentos sociais. Os movimentos sociais são

responsáveis pela politização de vários temas que permitiram a reivindicação de novos direitos, ampliando os tradicionais espaços públicos de cidadania e participação, incluindo o Poder Judiciário.

(XIMENES, 2011, p. 10).

Além disso, observa-se que, no Brasil, apesar de se vivenciar um regime democrático, a credibilidade dos representantes a cada dia é menor, trazendo a população insatisfação quanto às instituições políticas, que por vezes não trabalha para realizar a vontade popular. Situação diferente é a vivenciada pelos membros do Judiciário quando atua de maneira ativa para garantir direitos sociais.

Dentro dessa perspectiva, deve-se visualizar que a verdadeira democracia não se resume ao voto livre, a liberdade de convicção, a alternância de poder e a liberdade de associação, pois ela deve estar atrelada ao usufruto de direitos sociais nos quais permitam o exercício da cidadania, podendo obter a proteção jurisdicional como meio de preservação das condições do funcionamento da democracia.

Insta consignar, também, que a Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário a competência de pacificar os litígios através da aplicação das leis que entre elas estão os direitos sociais insculpidos pela norma constitucional, ou seja, essa situação permite que o Judiciário controle o poder estatal, posto que estaria desenvolvendo sua função precípua de aplicação do direito as demandas que lhe são apresentadas.

Diante de um novo modelo de democracia contemporânea, o neoconstitucionalismo surgiu limitando a democracia apenas representada pelo direito da maioria e permitindo uma maior participação de grupos minoritários no cenário político, possíveis em razão da conferência do status de norma jurídica a Constituição.

O neoconstitucionalismo como metodologia de interpretação representou a ruptura com o modelo tradicional de separação dos poderes, legitimando a demanda e a conseqüente prestação jurisdicional que ultrapassa a esfera individual, buscando a efetivação de direitos sociais.

(XIMENES, 2011, p. 12).

Neste contexto, para que seja mantido o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia é imperioso o combate a limitações da participação política da sociedade civil e a ausência de limites a essa atuação.

O novo constitucionalismo exige uma postura mais ativa, do Poder Judiciário, capaz de garantir a concretização de normas fundamentais, uma vez que litígios envolvendo a efetividade de direito fundamental são passíveis de análise judicial, seja por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, no qual se deve decidir com base em princípios consagrados pela norma fundamental.

Além disso, os intérpretes da Constituição devem estar comprometidos com a justiça social, que preconiza a realização dos direitos fundamentais pelo Judiciário, diante da omissão do legislador ou administrador, pois o art. 3º, da CF/1988, legitimou a jurisdição social ao fixar vários objetivos para ser alcançados pelo Estado brasileiro.

Nesse diapasão, poderá o magistrado, no desempenho de suas funções, aplicar a lei de forma literal, ou aplicá-la a partir de uma interpretação construtiva, baseada numa avaliação principiológica que tem por objetivo o desfecho mais justo para a situação.

Nessa baila de determinações judiciais, com o objetivo de determinar ao Estado o atendimento de direitos de índole prestacional, alguns questionamentos são levantados em relação à possibilidade de cumprimento dessas decisões judiciais, haja vista que o Estado não dispõe de recursos suficientes para dar plena aplicabilidade a todos os direitos sociais.

Desse modo, os direitos sociais para serem efetivamente aplicados passam a necessitar não só de uma vontade política de realização como também de disponibilidade financeira do país, na qual pode permitir uma maior ou menor garantia de bem-estar social pelo Estado, posto que este seja levado a escolher dentre as demandas populacionais aquelas que serão consideradas prioridades.

Com efeito, toda vez que o Judiciário atende determinada demanda envolvendo direitos sociais e fundamentais que envolvem a disponibilidade de recursos para seu cumprimento, parte da população deixará de ter parte de suas necessidades atendidas por não haver recursos financeiros, em decorrência de sua destinação a satisfação de outras necessidades sociais.

Sarmiento (2012, p. 4) adverte que essa acepção de ativismo judicial para efetivação dos direitos pode ter seu objetivo deturpado em razão dos excluídos socialmente não conseguirem acesso à justiça, fato que pode tornar as demandas judiciais instrumentos de destinação de verbas públicas a apenas aos detentores de maior disponibilidade econômica, impedindo uma postura judicial direcionada à garantia da igualdade material.

Diante dessa situação, outras dúvidas podem ser arguidas em relação ao controle jurisdicional de políticas públicas, tais como a sua legitimidade democrática para escolha das prioridades sociais a serem eleitas pelos demais poderes, a capacidade do Judiciário para avaliar o real impacto de suas sentenças nos cofres públicos e a efetividade de suas decisões em relação aos mais necessitados.

Os questionamentos suscitados têm sido iterativamente debatidos em relação a decisões judiciais ligadas ao direito à saúde, haja vista que essa atuação judicial passou a comprometer uma grande parcela do orçamento dos entes públicos destinados à saúde pública, demonstrando tanto uma face positiva do Judiciário no que tange aos direitos fundamentais quanto uma face negativa na qual houve erro na análise da razoabilidade do pedido concedido, por exemplo, em casos de condenação do ente político ao pagamento de tratamento ou cirurgia no exterior que não possui resultado comprovado.

Entretanto, tais afirmações não podem permitir que o Judiciário tivesse um papel alheio ao de tutela dos direitos sociais, ao contrário, ele deve decidir de maneira proporcional, razoável, visando o gozo dos direitos sociais pelos indivíduos menos abastados, o alcance da igualdade material na distribuição das políticas públicas de Estado e a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

Nesta seara, para que se tenha uma democracia verdadeira, na qual não seja necessária uma crescente atuação ativa do Judiciário em relação à efetivação de direitos sociais, deve o cidadão querer ter uma maior participação na política, já que a delegar ao poder Judiciário o trabalho de atendimento da vontade popular, torna a sociedade passiva na busca junto aos seus representantes por um Estado proponente de políticas públicas que almejem a garantia de uma vida digna.

1.1. Judicialização das Políticas Públicas e Inefetividade Constitucional

Diante da crise de legitimidade do poder Legislativo que tem-se vivenciado há alguns anos no Brasil, importante se revela a discussão acerca do papel que deve desempenhar o poder Judiciário em relação à inércia do poder Legislativo no cumprimento de sua função precípua que é de legisferar.

No Brasil, não só se padece de uma ineficaz representação democrática como tem-se vivido em um Estado Democrático de Direito em que assiste-se a um Poder Legislativo omissivo quanto à regulamentação de temas que envolvam a efetividade de temas de índole

constitucional tais como direitos fundamentais e sociais. Nesse sentido, expõe Rodolfo Viana Pereira que:

Por último, a queda no desempenho prestacional das instituições representativas também é outro vetor gerador de insatisfação com o sistema democrático como um todo. Em linhas gerais, o problema se qualifica como um distúrbio comunicacional, a partir do momento em que as instâncias representativas encontram sérias dificuldades em absorver as demandas sociais, metabolizá-las e fornecer respostas adequadas. A interrupção do fluxo de comunicação caracteriza, então, um processo de desajuste entre tarefas, expectativas e resultados. Em alguns contextos nacionais marcados por fortes clivagens socioeconômicas, o descompasso tem sido exponenciado em função da incapacidade dos órgãos e instituições tradicionais em atuar efetivamente na resolução de tais problemas, bem como em convencer a opinião pública acerca dos seus esforços. O resultado final converte-se em acréscimo dos níveis de insatisfação em relação às funções representativas, contribuindo para aumentar ainda mais o fosso entre as instituições políticas e o cotidiano dos cidadãos.

(PEREIRA 2008, p. 137).

Nessa seara, cabe destacar a classificação tricotômica de José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais e as enumera em: normas de eficácia plena, que são aquelas dotadas de aplicabilidade imediata e independem de regulamentação normativa para sua aplicação e normas de eficácia contida, que também são dotadas de aplicabilidade imediata, contudo podem ter sua eficácia e aplicabilidade reduzidas por normas infraconstitucionais e as normas de eficácia limitada ou reduzida que não são dotadas de aplicabilidade imediata necessitando de regulamentação pelo legislador ordinário para produzirem efeitos, são as que instituem os princípios institutivos e definem os princípios democráticos.

Todavia, a discussão engendrada pela doutrina nacional em torno da eficácia jurídica das normas constitucionais pouco se debateu acerca da produção efetiva de seus efeitos e o que assevera o próprio José Afonso da Silva:

Aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e dia respeito a sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica.

(SILVA 2003, p. 13).

Ao tratar-se do conceito de efetividade traz-se à discussão o conceito de Luís Roberto Barroso, que relaciona o termo a eficácia social, pois significa a concretização da norma no mundo dos fatos, *in verbis*:

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma - retratou como sendo “o fato dela de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.

(BARROSO, 2006, p. 82-83).

Dispõe Barroso, também, que a doutrina da efetividade surgiu como um meio de enfrentar a insinceridade normativa e a supremacia política que inviabilizavam a supremacia constitucional, tendo sido, inclusive, responsáveis pela propulsão dos estudos voltados para teoria dos direitos fundamentais.

O autor supramencionado colaciona, ainda, os pressupostos para um Direito Constitucional marcado pela efetividade, quais sejam: senso de realidade, ou seja, o legislador deve normatizar o alcançável e que seja materialmente possível; técnica legislativa na qual deve haver a correta visão da posição ocupada pelos indivíduos, bens jurídicos e condutas exigíveis; vontade política, pois deve o Poder Público ter o desejo de concretizar o comando constitucional e por último o exercício da cidadania que preconiza a realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais por meio de sua exigência através de articulação política e medidas judiciais:

A Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em investem os jurisdicionados; tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.

(BARROSO, 2006, p. 86).

Ante o exposto, é possível perceber que a consagração da doutrina da efetividade trouxe maior importância ao Judiciário brasileiro, que passou a ter um papel de destaque na

concretização dos princípios e normas, haja vista que a efetividade de seus comandos passou a ser uma preocupação jurídica, já que o direito constitucional tornou-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico, além de ter aberto as portas da adoção de uma postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal.

2. ACESSO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA GERAÇÃO E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS POR SUA GARANTIA

Segundo Bernardo Fernandes, os direitos fundamentais seriam, “a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva” (FERNANDES, 2010, p. 230). 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 se faz 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 José Maurício Conti:

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.

(CONTI, 2010, p. 367).

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.

Sobre os direitos e garantias fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet 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”.

(SARLET, 2014, p. 534).

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 garantia prevista no art.196 da Constituição Federal estabelece que a saúde “é 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”.

Entretanto, é importante salutar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, tendo em vista que o desenvolvimento das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo poder Legislativo.

Neste sentido, explica Maria Paula:

O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.

(BUCCI, 2002, p. 31).

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

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) o direito à saúde impõe ao Estado a criação de todo um aparato de proteção (v.g., as normas penais que vedam lesões corporais, morte, charlatanismo, etc.), assim como a criação de uma séria de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde (campanhas de vacinação pública, atuação da vigilância sanitária, controle de fronteiras, participação nos Conselhos e Conferências de Saúde, entre outros), situação na qual se está em face de um direito social na sua condição de direito prestacional em sentido amplo, tanto como direito de proteção, quanto na condição de direito à organização e ao procedimento.

(SARLET, 2014, p. 542).

A questão da judicialização do direito à saúde é um tema polêmico 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, obedecer a norma regulamentadora, restando, pois, ao intérprete a integração prática da norma constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet observa que:

É certamente na condição de direito a prestações materiais, entretanto, 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.

(SARLET, 2014, p. 196).

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.

Vislumbra-se, por meio de uma rápida análise dos fundamentos lançados quando do deferimento dos pleitos liminares atinentes ao chamado direito à saúde, que a grande maioria ampara na lógica de ser este um direito fundamental de todos os cidadãos e, pois, uma obrigação do Estado. Ademais, firmam-se na etiqueta legal inserta no art. 23, II da Constituição da República, segundo a qual “é **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

A disposição que fixa a competência comum entre os entes federados, todavia, não deve ser interpretada de forma isolada, mas sim de maneira sistêmica, sobretudo em conjunto com a norma insculpida no artigo 198 do próprio texto constitucional.

Isso porque a disposição contida no artigo 198 é clara ao prever que as ações e os serviços públicos de saúde integram a uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único orientado por três diretrizes, quais sejam: descentralização com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e, por fim, participação da comunidade.

A conclusão que pode ser extraída do referido dispositivo é a indiscutível carga de ‘descentralização coordenada’ atribuída às políticas de saúde, por meio da definição de um modelo baseado em uma rede regionalizada e hierarquizada, porém com direção única em cada esfera de governo.

(CONTI, 2010, p. 368).

Dessa forma, a responsabilidade solidária prevista no artigo 23, II da Constituição Federal, que serve de amparo para grande parte das decisões concessivas de fármacos de alto custo ou outros tratamentos médicos e de saúde, vige no sentido institucional, no afã de impor aos entes federados a organização de sistema público de saúde.

Lado outro, uma vez instituído o sistema público de saúde com a correspondente adoção das respectivas políticas públicas, individualizar-se-á a responsabilidade de cada um dos entes federados, que passará a ser, pois, subsidiárias entre eles.

O legislador constituinte, ao prever a responsabilidade comum entre os entes federados, o fez no intuito de constituir um sistema único de saúde, com organização regionalizada e hierarquizada. A partir da constituição desse sistema único, busca-se a delimitação de competências e a divisão das respectivas responsabilidades pelo atendimento ao direito fundamental assegurado pelo artigo 6º da Constituição Federal.

Observa-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência concorrente para legislar acerca da proteção e defesa da saúde, nos exatos moldes das etiquetas previstas nos artigos 24, XII e 30, II da Constituição Federal de 1988.

Enquanto à União compete o estabelecimento das normas gerais, aos Estados restou competência para suplementar a legislação federal. Aos Municípios, por sua vez, cabem legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo, entretanto, suplementar a legislação federal e estadual.

Doutro norte, na seara administrativa, a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios possuem competência comum para formular e executar as políticas públicas de saúde, o que impõe a necessidade de que haja cooperação em busca do equilíbrio e bem-estar em âmbito nacional.

Nesse sentido, dispõe o parágrafo único do artigo 23 que as “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional”.

Não obstante,

O federalismo brasileiro é estruturado de forma centrípeta, com a concentração do poder central, situando os Municípios numa base financeiramente mais frágil, que lhes impõe uma dependência dos Estados-membros e da União. Mesmo assim, criou-se um federalismo solidário dentro da organização do SUS, atribuindo aos Municípios a condição de executores diretos das ações de saúde, sem estabelecer regras claras que imponham aos Estados e à União a realização automática de repasses para que haja um fluxo financeiro constante de custeio da saúde.

(DRESCH, 2014, p. 31).

Para Fernanda Dias Menezes de Almeida,

Caberá a tais leis fixar as bases políticas e as normas operacionais disciplinadoras da forma de execução dos serviços e atividades cometidos concorrentemente a todas as entidades federadas, para assegurar que não haja dispersão de esforços.

(ALMEIDA 2014, p. 751).

Dessa forma, será objeto da norma especificar o que compete a cada esfera política na prestação dos serviços de saúde, considerando-se as reais possibilidades administrativas e orçamentárias.

2.2. O Federalismo do SUS

Em 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90), que estabelece acerca da estrutura, modelo operacional, organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

O SUS ainda está em aperfeiçoamento no Brasil. Embora exista uma variedade de regras e normas administrativas que regulamentam a matéria, é certo que há reiteradas inovações normativas que problematizam a compreensão do sistema. Entre as normas que regulam o financiamento e a execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito da rede de saúde pública no Brasil, ressalta-se a Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 141/2012, a Lei n.º 8.080/2000, a Lei n.º 8.142/2000, o Decreto 7.508/2011, o Pacto pela Saúde (Portaria GM/MS n.º 399/2006 e as Portarias GM/MS n.º 1554/2013 e n.º 1555/2013).

O SUS é concebido como conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta (BARROSO, 2009, p.7). Entre as suas principais atribuições está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais.

(SARLET, 2014, p. 197).

Continua, o jurista:

A concepção de igualdade substancial (inclusive no que diz com a observância das diferenças) pode levar à restrição da gratuidade das prestações (pelo menos sua compreensão próxima de uma tendencial gratuidade, tal como passou a estabelecer a Constituição Portuguesa após uma revisão quanto a este

ponto), tendo sido, de resto, objeto de algum reconhecimento seja no que diz com algumas políticas públicas, seja na esfera jurisprudencial e doutrinária.

(SARLET, 2014, p. 197).

Referido diploma legal estabelece com clareza solar que “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CF”, e deverá obedecer aos princípios que institui, entre eles, a “organização dos serviços públicos de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos”.

A organização do sistema único de saúde de forma a se evitar a duplicidade na prática de atos buscando a mesma finalidade, evidencia a preocupação do legislador com o acúmulo de esforços por parte de mais de um ente federado em busca do atendimento da mesma necessidade.

Deveras, sua intenção foi evidenciar que o sistema único ali definido se baseava em um modelo de atendimento à população com diferentes níveis de complexidade técnica, buscando evitar uma sobreposição de ações que levariam a um maior desperdício dos recursos destinados no SUS.

(CONTI, 2010, p.369).

Para Paulo Gonet Branco (2009, p.849) “(...) como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismos que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforço e recursos”.

O instrumento criado pelo legislador para o controle da eficácia da política pública, bem como para se evitar conflitos e desperdício de esforços e recursos é justamente a repartição de competências entre os entes federados, na lógica instituída pelo chamado “federalismo do SUS”.

Ademais, o artigo 36 da Lei Orgânica da Saúde prevê:

O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde nos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

(BRASIL, 1990).

O texto normativo em comento cuidou, outrossim, de definir a atribuição de cada um dos entes federados, e o fez da maneira doravante exposta:

À direção Nacional do SUS, nos termos do artigo 16 da Lei Orgânica da Saúde, compete:

formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; participar na formulação e na implementação das políticas: a) de controle das agressões ao meio ambiente; b) de saneamento básico; e c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho; definir e coordenar os sistemas: a) de redes integradas de assistência de alta complexidade; b) de rede de laboratórios de saúde pública; c) de vigilância epidemiológica; e d) vigilância sanitária; participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana; participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador; coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica; estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios; estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano; promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde; formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais; identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde; controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal; estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

À direção estadual do SUS, nos termos do artigo 17 da Lei n.º 8.080/1990, por sua vez, compete:

promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS); prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; coordenar e, em caráter

complementar, executar ações e serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) de vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; e d) de saúde do trabalhador; participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana; participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico; participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho; em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa; estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde; formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano; colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Por fim, o artigo 18 da Lei em comento atribui à direção municipal:

planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho; executar serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; d) de saneamento básico; e) de saúde do trabalhador; dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las; formar consórcios administrativos intermunicipais; gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros; colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde; normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Necessário consignar, outrossim, que ao Distrito Federal competem as atribuições dos Municípios e dos Estados, nos exatos termos constantes da etiqueta legal inserta no artigo 19 da Lei Orgânica da Saúde.

Dessa forma, na lógica federativa do Sistema Único de Saúde, não há se falar em competência comum entre os entes federados, posto que cada qual possui atribuição muito bem delimitada pela lei de regência, somente surgindo responsabilidade para um determinado ente,

no que tange à competência de outrem, em caso de flagrante omissão, o que caracteriza, conforme outrora consignado, suas responsabilidades subsidiárias.

3. IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCESSIVAS DE MEDIDAS POSITIVAS EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A nova ordem constitucional estabelecida a partir de 1988, que alçou o direito à saúde ao status de direito fundamental de segunda geração, aliada aos avanços normativos advindos da necessidade de regulamentar tal direito, acabou por refletir um aumento significativo de pleitos judiciais perpetrados na busca da efetivação desses direitos, sobretudo se observar-se pelo viés das demandas judiciais individuais.

Com a evolução do direito à saúde o Poder Judiciário brasileiro se vê, não raramente, provocado no sentido de garantir prestações positivas por parte do Estado, das maneiras mais diversas possíveis, tais como: fornecimento de medicamentos de alto custo; fornecimento de fármacos não integrantes da lista do SUS ou registrados na ANVISA; internações de urgência ou emergência; disponibilização de equipamentos, próteses, procedimentos ou dietas; entre outras formas.

Dúvidas não existem de que o direito à saúde, uma vez alçado ao patamar de direito fundamental de segunda geração deve ser atendido e resguardado pelo próprio estado, como forma de garantir, inclusive, a dignidade da pessoa humana, um dos pilares do atual sistema constitucional brasileiro.

Ocorre, porém, que as decisões judiciais concessivas de pleitos urgentes relacionados ao direito à saúde acabam por impactar o orçamento e as despesas públicas, posto que nem sempre está o Judiciário atento à regra da competência instituída pelo federalismo do Sistema Único de Saúde.

As decisões judiciais proferidas sem se considerar as regras de repartição de competência geram impacto no orçamento, já que criam despesas fora das rubricas orçamentárias. A busca pela tutela jurisdicional individual em casos como tais tem o condão de gerar desequilíbrio na distribuição competências dentro do próprio sistema.

Sob a ótica das políticas públicas, a estrutura federativa adquire relevante aspecto, haja vista que ser ou não uma federação importa na compreensão da divisão de competências entre níveis de governo.

Um provimento jurisdicional que ordene o atendimento público de determinada necessidade médica fora do estabelecido pelas normas e regulamentos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou à revelia das políticas públicas traçadas dentro das limitações orçamentárias do Poder Público – age em desfavor de toda a coletividade, pois atende a uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema e subverte, portanto, os próprios direitos fundamentais, que, a princípio, pretendeu garantir.

(CASTRO, 2012, p. 44).

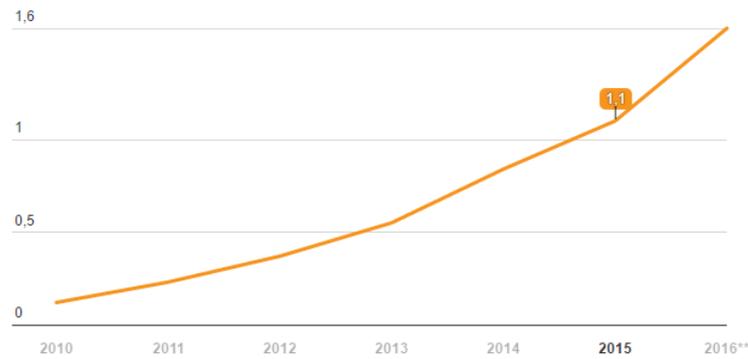
Entre os efeitos mais gravosos gerados pela judicialização da saúde, pode-se evidenciar a desigualdade de acesso aos benefícios concedidos pelo Sistema Único de Saúde, isso porque, os mais esclarecidos ou favorecidos economicamente, disporão de um maior acesso aos remédios jurídicos processuais garantidores do exercício do direito fundamental, em claro detrimento da classe desfavorecida financeiramente, que dependeria do próprio Estado (através das Defensorias Públicas ou Ministérios Públicos) para garantir-lhe o acesso ao Poder Judiciário (portanto, Estado), a fim de atingir uma prestação positiva pelo mesmo Estado (através do Poder Executivo).

Outrossim, o exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário, como forma de tutelar o direito de acesso à saúde acaba por gerar um elevado grau de incerteza para o gestor público, posto que este é surpreendido por deliberações judiciais, muitas das vezes concedidas *inaldita altera pars*, obrigando-lhe, inclusive sob pena de responsabilização pessoal e prisão civil, a comprometer parte do orçamento público para garantir o fornecimento do fármaco ou do atendimento médico, não raras vezes, restando-lhe utilizar inclusive de prestadores de serviços privados, em razão da emergência da medida concedida.

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 sofrem um crescente aumento desde o ano de 2010, com projeção de 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

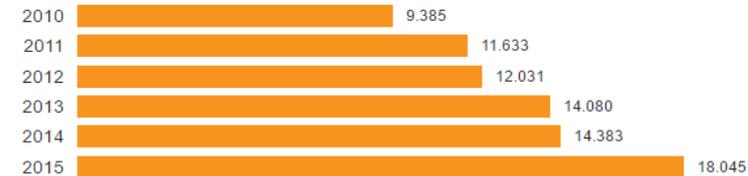
**Projeção

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%.

AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO

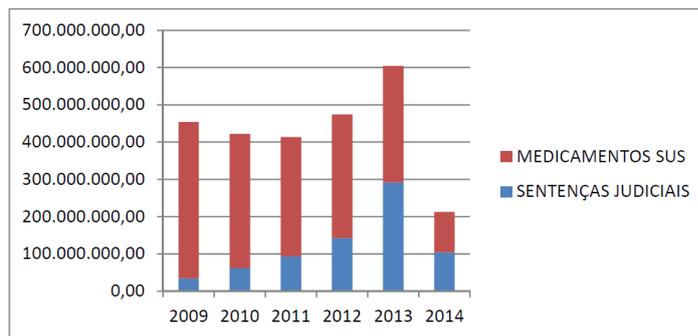
Condenações do Estado de SP em processos na área da saúde



+92% com relação a 2010

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

Voltando os olhos à situação do Estado de Minas Gerais, o que se vislumbra é um aumento significativo dos gastos para aquisição de medicamentos em razão de determinação judicial, o que, conforme gráfico abaixo, nos anos de 2013 e 2014 já haviam atingido o mesmo patamar dos valores despendidos para aquisição de medicamentos para fornecimento pelo Sistema Único de Saúde.



NOTA: Dados de 2014 referentes ao primeiro semestre. Fonte: Elaboração própria com dados das Leis Orçamentárias Anuais e do Portal da Transparência de Minas Gerais

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.

Neste sentido, Débora Costa Ferreira, elaborou um estudo empírico acerca dos diálogos institucionais que visam minimizar o impacto orçamentário da judicialização de políticas públicas.

Concluiu-se que:

(...)as regras orçamentárias constitucionais delimitam claramente os papéis de cada poder na produção de políticas públicas, tendo o Judiciário o papel de corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, mas não de interferir diretamente com sentenças mandamentais sobre o orçamento, ordens judiciais para o bloqueio e realocação de verbas judiciais são disfuncionais, contrárias ao princípio da separação dos poderes e devem ser substituídas por pressões conciliatórias com os outros Poderes e estímulo de participação popular junto aos outros Poderes, gerando aperfeiçoamentos institucionais. Desrespeitar regras orçamentárias significa desregular o equilíbrio entre os Poderes, agindo como que em uma guerra de gritos. Além disso, o cumprimento imediatista de decisões judiciais pode levar ao desperdício público e fraudes, uma vez que a aquisição não é alvo de planejamento e de processo criterioso de compra, já que, pela situação de urgência, não se submete aos procedimentos licitatórios convencionais.

(FERREIRA, 2016, P. 821)

Nesta mesma linha argumentativa, expõem Santos e Terraz:

É indiscutível o direito do cidadão de não ser prejudicado no caso de desconhecimento da divisão de responsabilidade federativa na saúde. Para superar esse impasse, cabe ao Judiciário solicitar informações ao ente demandado, conforme as pactuações federativas e determinar, quando for o caso, o chamamento ao processo do réu identificado e/ou envio do processo à justiça competente, quando for o caso. (SANTOS e TERRAZ, 2014, p. 148)

A inobservância às regras atinentes a Lei do SUS implica na violação do princípio da razoabilidade “porque não é razoável exigir de um município de cinco mil habitantes a responsabilidade por um transplante” (SANTOS e TERRAZ, 2014, p. 146).

O posicionamento definido pelo Supremo Tribunal Federal de que a responsabilidade solidária possui competência comum dos entes federativos impõe atribuições a quem não as têm disponibilizadas na rede de saúde.

A responsabilidade solidária no SUS diverge do entendimento adotado pelo STF na medida em que os municípios e estados-membros, responsabilizam-se pelo atendimento de municípios de forma cooperativa entre outros entes na rede interfederativa de saúde.

Há responsabilidade solidária no SUS, mas de outra natureza; ela diz respeito aos compromissos firmados nas instâncias intergestores da saúde (lei 12.466) em relação à rede e região de saúde e aos recursos financeiros, conforme define o decreto 7508, arts. 4º a 12. A competência comum na saúde traz para todos os entes um dever de prestação de serviços de forma conjugada não se admitindo o isolamento de um ente em seu território sem compartilhamento federativo

(SANTOS e TERRAZ, 2014, p. 146).

A responsabilidade solidária reconhecida em desatenção as normas do SUS pode proteger o cidadão individualmente, entretanto, não é o intuito da responsabilidade solidária que visa o inverso a fim de diminuir as desigualdades regionais.

É preciso ater-se de que muitas vezes apenas um medicamento não registrado pela ANVISA pode ter o custo de todos os medicamentos catalogados para a população daquele município ou estado, sendo certo de que o gestor público deve ser fiscalizado para impedir irresponsabilidades que não mantêm os medicamentos em estoque na lista da RENAME.

A questão que deve ser levada em conta é que a interferência do Judiciário nas políticas de saúde pode se constituir em medida de desajuste do sistema de saúde e de desrespeito ao papel do poder Executivo e Legislativo. Interpretar a política pública de maneira elástica ou determinar a sua construção; impor solidariedade nas responsabilidades dos entes, de modo a aprofundar as desigualdades federativas; e expandir a titularidade do direito a quem não a tem por ter escolhido a saúde privada, são atos que podem suplantam os limites da atuação judicial e colocar em riscos valores da democracia.

(SANTOS e TERRAZ, 2014, p.154).

No que tange a efetividade da judicialização da saúde também é questionável, visto que não há dados que comprovam a melhoria do funcionamento do serviço público de saúde. As decisões judiciais podem ter servido como mecanismo para combater a ineficiência e a má gestão pública. Não tendo, contudo, conhecimento de decisão judicial ter alterado incisivamente o serviço público de saúde de maneira difusa.

Não há como o gestor público gerir um sistema de saúde que tem duas portas: a das liminares judiciais, diárias, constantes e a do cidadão que pejeja na fila para ter a sua necessidade de saúde atendida. Não se perca de vista o agravo ao princípio da igualdade que determinadas decisões geram no SUS. É como afirma Fluminham que “enquanto o SUS se preocupa com a igualdade de acesso aos seus programas, mediante a edição de normas impessoais-portanto igualitárias - a jurisprudência, a pretexto de dar amparo ao direito à saúde, tolhe essa diretriz.

(SANTOS e TERRAZ, 2014, p. 156).

É imperioso destacar que as mazelas dos serviços públicos de saúde que limitam a concretização da qualidade também é um fator que não deve ser ignorado. Ocorre que, as decisões judiciais incorrem em excesso, como observado ao longo deste trabalho.

4. O JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 566471/RN E 657718/MG PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tramitam no Supremo Tribunal Federal dois Recursos Extraordinários cuja matéria engloba referente à judicialização da saúde, são eles 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 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.

O Recurso Extraordinário oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RE 657718), por sua vez, trata acerca do fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Embora o julgamento tenha sido iniciado junto à Suprema Corte, por meio de voto da lavra do Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, seu prosseguimento encontra-se suspenso, em razão de sucessivos pedidos de vista dos autos.

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 e 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.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015, RE 657718).

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 n. 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 (Lei nº 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: 1. Incapacidade financeira de arcar com o custo; 2. Demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3. Inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4. Comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; 5. Propositura de demanda em face da União.

Por fim, no que tange 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 registrados 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: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

((BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015, RE 657718).

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.

CONCLUSÃO

O tema discutido nesse trabalho é relevante para o direito constitucional, haja vista que o ativismo judicial dos intérpretes da Constituição é alvo de críticas tanto por parte do Legislativo quanto de doutrinadores nacionais e estrangeiros. Apesar de ser um assunto muito debatido, encontra-se permeado de atualidade, pois no Brasil muitas são as demandas direcionadas a todas as instâncias de poder, situação que requer do Poder Judiciário uma resposta célere e efetiva para as necessidades populacionais, nas quais por vezes permanecem embaraçadas pelos outros órgãos de poder.

No Brasil, após a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre ações envolvendo questões políticas ou direitos sociais, apenas afirmava a competência do Executivo e Legislativo para discipliná-los, regulamentá-los e implantá-los. Mas com a chegada de uma nova Constituição analítica e de objetivos fundamentais a serem cumpridos pela República, o STF imbuído da função de guardião da Lei Fundamental, adotou em seus julgados um papel de controle sobre os atos dos demais poderes eivados de vícios de legalidade ou incompatibilidade com as normas constitucionais, avançando também no que se refere a direitos sociais que exigem uma atuação positiva do Estado na sua concretização.

O aumento da busca por tutela jurisdicional tendente a garantir o acesso ao direito fundamental à saúde, sobretudo através de demandas individuais, consubstancia-se bastante elevado ao longo dos últimos cinco anos, refletindo, pois, efeitos prejudiciais nas finanças públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O acesso à saúde, como direito fundamental na sua dimensão prestacional, se torna indiscutível em razão da clareza solar apresentada pelo texto constitucional, precisa ser garantido, até porque essa é a imposição constitucional.

Todavia, essa garantia deve obedecer as balizas do sistema federativo instituído pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/1990), sobretudo no que tange à competência dos estes federados para atendê-la.

Se assim não for, o sistema único de saúde instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro, em clara consonância com a previsão do sistema constitucional vigente, mostra-se ineficaz, vez que feriria de morte a organização regionalizada e hierarquizada prevista na norma alhures mencionada e, por conseqüência, a descentralização coordenada.

Há que se estabelecer uma interpretação sistemática do texto constitucional, devidamente regulamentada pela lei ordinária, a fim de se estabelecer um sistema unitário, hierarquizado e regionalizado, mas que, concomitantemente seja capaz de garantir o acesso à dignidade da pessoa humana, uma das premissas do sistema constitucional e uma das razões pelas quais deve do estado garantir ao cidadão o acesso às condições mínimas para garantia de sua saúde e de sua família.

REFERÊNCIAS

- 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, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 65718**. Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. Julg. Em 15 set. 2015. DJe, 30 set. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 1 set. 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAPPELETTI, Maur; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- 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: 6 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: Fórum, 2012.
- CONTI, José Maurício. **Levando o direito financeiro a sério**. São Paulo: Editora Edgard Blücher, 2016.
- CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F.; BRAGA, Carlos A. Faraco (coords.). **Federalismo fiscal: questões contemporâneas**. Florianópolis: IBDF, 2010.
- FERREIRA, Débora Costa; **Diálogos Institucionais**. Brasília, 2016.
- GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 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.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.849.
- NEUNER, Jörg. **Os direitos humanos sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris. v. 1, t. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ajuris – Escola Superior da Magistratura, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **Repensando o Estado Constitucional**: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, n. 29. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SANT'ANA, João Maurício *et all.* 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.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/2012/09/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

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

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.

XIMENES, Julia Maurmann. **A judicialização das políticas pública**: ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?