



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO
CAMPUS I

JOSILDO FERNANDES DE MEDEIROS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO
FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS ORÇAMENTOS PÚBLICOS**

CAMPINA GRANDE – PB

2021

JOSILDO FERNANDES DE MEDEIROS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO
FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS ORÇAMENTOS PÚBLICOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas - CCJ da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito constitucional e Direito financeiro.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Henrique Salema Ferreira.

**CAMPINA GRANDE – PB
2021**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M488j Medeiros, Josildo Fernandes de.

Judicialização da saúde [manuscrito] : como meio de efetivação de direito fundamental e seus efeitos sobre os orçamentos públicos / Josildo Fernandes de Medeiros. - 2021.
50 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2021.

"Orientação : Prof. Dr. Alexandre Henrique Salema Ferreira, UEPB - Universidade Estadual da Paraíba."

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Orçamentos públicos. I. Título

21. ed. CDD 342.02

JOSILDO FERNANDES DE MEDEIROS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO
FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS ORÇAMENTOS PÚBLICOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas - CCJ da
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB),
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito constitucional e
Direito financeiro.

Aprovado em: 04 / 06 / 2021.

BANCA EXAMINADORA:

ALEXANDRE HENRIQUE
SALEMA
FERREIRA:42098505434

Assinado de forma digital por
ALEXANDRE HENRIQUE SALEMA
FERREIRA:42098505434
Dados: 2021.06.18 09:04:34 -03'00'

Prof. Dr. Alexandre Henrique Salema Ferreira (Orientador).
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



Prof. Esley Porto
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB



Prof.^a Dra. Milena Barbosa de Melo
Universidade Estadual da Paraíba – UEPB

Dedico a Deus, pelo seu amor incondicional e cuidado comigo em todos os momentos.

A minha família, em especial aos meus pais, por todo esforço e dedicação.

Aos meus amigos e aos colegas de curso, por toda ajuda e amizade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, sem Ele, nada seria possível.

Aos meus pais por todo estímulo, esforço e força, muitas vezes fazendo do vosso sacrifício o meio para garantir nosso sucesso, sempre foram minha base e que a cada um de seus gestos, sempre me incentivam a ser uma pessoa melhor.

À minha companheira à época, Zorainy Dantas, que de certa forma acabou me incentivando a fazer junto com ela o ENEN em 2014, ocasião em que obtive êxito na aprovação e posterior ingresso nesta graduação.

À minha irmã, Josilene, que neste último ano tem me dado suporte com meus filhos, para me deixar mais livre para as atividades do curso.

Aos meus filhos, que muitas das vezes ficaram privados de minha presença em momentos que estava me dedicando aos estudos.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio, que de alguma forma contribuíram e fizeram parte de minha formação acadêmica, em especial aos colegas: Walter Porto, Ítalo Felippi, Jair Ranieri, Emerson Lira, Judson Rodrigues e Marcos “Gotinha”, que estiveram muitas vezes conectados presencialmente ou on-line por inúmeras horas e momentos, compartilhando conhecimentos na execução de atividades no decorrer do curso.

Ao Centro Acadêmico Sobral Pinto, que tantas informações e eventos nos proporcionaram ao longo do curso.

À coordenação do curso, por toda compreensão, assistência e acolhimento.

Aos professores do Curso de Direito da UEPB, em especial, aos que contribuíram ao longo desses quase seis anos, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Ao meu orientador, Professor Alexandre Henrique Salema, e à professora Aureci Gonzaga Farias, com seus conhecimentos e experiências inigualáveis, sem os quais este trabalho nem teria saído do papel.

Aos funcionários da UEPB, pela presteza, boa vontade e atendimento quando nos foi necessário.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo Investigar como a judicialização da saúde afetou o orçamento público da saúde do Município de Campina Grande-PB, no lapso temporal de 2015 a 2019. Para tanto, fizemos o estudo de literaturas sobre o recorrente aumento da provocação do Poder Judiciário como meio para a efetivação do direito fundamental à saúde, em que pese à omissão da prestação de medicamentos/procedimentos de alto custo pelo Poder Público e a necessidade de intervenção do Estado-juiz como forma de efetivação de direito fundamental e seus efeitos sobre os orçamentos públicos. Partimos de uma abordagem histórica quanto ao surgimento do SUS, identificamos as competências constitucionais dos entes federativos quanto à promoção da saúde. Utilizamos um caráter descritivo, com abordagem qualitativa, através do método dedutivo, mostraremos o fenômeno da judicialização da saúde e seus efeitos nos orçamentos públicos em nível de Brasil e, em seguida, convergindo para a questão a nível local no período supracitado. O trabalho buscou através de uma pesquisa de campo, junto ao gestor municipal da saúde da PMCG, mostrar a realidade deste fenômeno a nível local. Procuramos verificar os possíveis fatores que tem causado este aumento e quais as possíveis soluções. Por fim, buscamos junto ao gestor municipal sua visão e os dados que possam identificar tal fenômeno. O tema nos despertou interesse por sua relevância ao garantir judicialmente o direito fundamental à saúde dos indivíduos, mas ao mesmo tempo ao afetar as despesas públicas da saúde provocando problemas na execução dos orçamentos e políticas públicas dos entes federados, prejudicando desta forma a garantia deste direito a toda coletividade.

Palavras-chave: Judicialização. Direito fundamental à Saúde. Financiamento do Sistema Único de Saúde. escassez de recursos.

ABSTRACT

The present research work aims to Investigate how the judicialization of health affected the public health budget of the Municipality of Campina Grande-PB, in the period between 2015 and 2019. To this end, we carried out a study of literature on the recurrent increase in provocation of the Judiciary as a means for the realization of the fundamental right to health, in spite of the omission of the provision of high-cost medicines / procedures by the Public Power and the need for intervention by the Judge-State as a way of effecting the fundamental right and its effects on public budgets. We start from a historical approach to the emergence of SUS, identifying the constitutional competences of federative entities in terms of health promotion. We use a descriptive character, with a qualitative approach, through the deductive method, we will show the phenomenon of the judicialization of health and its effects on public budgets in Brazil, and then converging to the issue at the local level in the aforementioned period. We try to verify the possible factors that have caused this increase and what are the possible solutions. Finally, we seek from the municipal manager his vision and data that can identify such a phenomenon. The topic aroused our interest because of its relevance in judicially guaranteeing the fundamental right to health of individuals, but at the same time affecting public health expenditures, causing problems in the execution of the budgets and public policies of federated entities, thus jeopardizing the guarantee of this right. to the whole community.

Keywords: Judicialization. Fundamental Right to Health. Financing of the Unified Health System. Scarcity of resources.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DE SUA ORIGEM À CONSTITUIÇÃO DE 1988.	14
2.1	O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).....	16
2.2	O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O SUS.....	20
3	A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA.	24
4	JUDICIALIZAÇÃO: CAUSAS X EFICÁCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	31
5	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAUDE NO MUNICIPIO DE CAMPINA GRANDE E SEUS EFEITOS SOBRE O ORCAMENTO DA SAUDE	38
5.1	CARACTERÍSTICAS DO SETOR DA SAÚDE	39
5.1.1	<i>EFEITOS DA TECNOLOGIA NA AREA DA SAÚDE</i>	39
5.1.2	<i>MERCADO CONSUMIDOR</i>	40
5.1.3	<i>A OFERTA DETERMINA A DEMANDA</i>	40
5.2	A ROTINA DE JUDICIALIZAÇÃO	40
5.2.1	<i>HABILITAÇÕES</i>	40
5.2.2	<i>OFERTA INEXISTENTE</i>	41
5.2.3	<i>ALTO CUSTO</i> – Custo de aquisição x tabela SIGTAP (sistema de gerenciamento da tabela de procedimentos, medicamentos e Órteses, Próteses e Materiais Especiais - OPM do SUS).....	41
5.2.4	<i>ESCALA REDUZIDA</i>	42
	REFERÊNCIAS	44
	ANEXOS	48

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento formal da saúde como um direito humano fundamental é relativamente recente tanto no direito internacional como nos direitos internos dos Estados.

No plano internacional, a Carta das Nações Unidas, de 22 de outubro de 1945, além de reorganizar a governança global após a 2ª Guerra Mundial, foi expressa ao afirmar que as Nações Unidas devem favorecer níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social. Conforme disposto na Carta, as Nações Unidas devem buscar a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos e o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Desde a sua criação a Organização das Nações Unidas tem sido um importante vetor para a aprovação de documentos jurídicos internacionais que reconhecem e estabelecem algumas garantias jurídicas de proteção do direito à saúde, tais como a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi generosa no reconhecimento da saúde como um direito fundamental, tendo dedicado diversos dispositivos para a sua proteção, notadamente os artigos 6º e 196 a 200 (BRASIL, 1988).

Se a saúde é um direito fundamental reconhecido tanto pelo Direito Internacional quanto pela Constituição brasileira, qual o exato contorno deste direito? Quais os deveres do Estado e dos cidadãos para que o direito à saúde seja concretizado? É fato da vida que todos um dia vamos morrer, e que a nossa saúde certamente sofrerá abalos ao longo de nosso percurso nessa Terra. Qual seria, então, a compreensão jurídica a ser dada à expressão “saúde é direito de todos”, utilizada no Art. 196 da Constituição? Qual seria a extensão do dever do Estado de promover, proteger e recuperar a saúde das pessoas.

Esse conjunto de questões vem causando, no campo da efetivação do direito à saúde, algumas situações que caracterizam problemas a serem enfrentados pelo Sistema judiciário brasileiro.

O direito à saúde foi inserido em nossa Constituição no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. Nessa perspectiva, a Carta Magna, em seu Art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, nos termos do art. 196:

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

As políticas que trata o artigo supramencionado da CF/88 têm por objetivo principal distribuir os recursos dos entes de forma a garantir melhor aplicabilidade nas principais necessidades da população.

Na prática, o direito à saúde vem sendo negligenciado pelos entes federativos quando se trata de procedimentos/medicamentos de alto custo que não são disponibilizados através do SUS, assim conceitua André da Silva Ordacgy (2007):

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde”.

O caráter programático da regra expressa na Lei Fundamental tem sido complementado pelas decisões do Judiciário, evitando que o Poder Público deixe de atender as justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Sendo o direito à saúde indissociável do direito à vida, torna-se inconcebível a recusa no fornecimento gratuito de remédios e/ou tratamentos a paciente em estado grave e sem condições financeiras de custear as respectivas despesas.

Neste sentido, complementa Ordacgy (2007), que é:

Inquestionável que esse direito à saúde deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas aos casos de risco à vida ou de grave lesão à higidez física ou mental, mas deve abranger também a hipótese de se assegurar um mínimo de dignidade e bem-estar ao paciente.

É diante desta situação negligente do Estado, que os indivíduos são levados a buscar a tutela jurisdicional como forma eficaz de garanti-lo através de decisões judiciais que determinam o custeio de tratamentos médicos e medicamentos não ofertados pelo Sistema Único de Saúde, inclusive através do sequestro judicial de recursos públicos disponíveis em contas bancárias das Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios, prejudicando, por evidente, a execução orçamentária dos valores previamente dotados pelos entes federativos em seus orçamentos públicos anuais. A este fenômeno dá-se o nome de Judicialização da saúde, que segundo (SANTOS L, TERRAZAS F.2014) nada mais é do que o fenômeno do acesso à prestação do direito à saúde pelas vias judiciais.

Nas últimas décadas, sob a justificativa de que o sistema de saúde está em crise e como forma de garantir o direito à saúde e à vida, tem-se verificado um aumento exponencial deste tipo de tutela em procedimento judicial.

Conforme descrito por Amaral (2001), Sarlet (2015) e Alexy (2008), os direitos sociais não podem ser ilimitadamente exigidos e concedidos por via judicial, por isso o judiciário deveria considerar nestas decisões o binômio: efetivação do direito (mínimo existencial) *versus* a escassez de recursos. Por evidente, a escassez de recursos nos remete à questão da reserva do possível, entendido como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (ALEXY, 2008, p. 323), se utilizando para tanto dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade (ÁVILA, 2014, p.185-187), como norteadores, sob pena de, ao conceder tutelas individuais, acabar ferindo o princípio da isonomia¹, uma vez que a saúde é considerada um direito

¹ José Afonso da Silva dispõe em seu livro que o princípio da igualdade não tem tido tantas discussões como o princípio da liberdade uma vez que, a isonomia constituiu o signo fundamental da democracia. Por não admitir privilégios e distinções permitidos em um Estado liberal o princípio acaba destoando diretamente dos interesses da burguesia que visa o domínio de classes. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 23º ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 210.

coletivo². Ademais, assim como Alexy (2008), Ávila (2014) entende que a ponderação deve ser guiada pelo princípio/postulado da proporcionalidade, como um método racional para se alcançar a decisão mais justa acerca do conflito de bens e dos interesses constitucionais (ALVARENGA, 2018).

Destacamos também que “Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução” (2020). O estudo, elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50%. O levantamento foi divulgado em 18/03/2019, durante a III Jornada de Direito da Saúde, em São Paulo (JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL, acessado em 20 de nov. de 2020).

Segundo o Ministério da Saúde, seus gastos com demandas judiciais somaram mais de R\$ 5 bilhões, em um período de oito anos. Motivo pelo qual o tema tem ganhado grande relevância entre os estudiosos do direito.

Devemos destacar que este direito não tem caráter absoluto, pois deve obedecer a limites constitucionais. É neste aspecto que residem os debates, pois de um lado, o Poder Judiciário não pode deixar de julgar as demandas que a ele são apresentadas, de outro, as três esferas de governo do Poder Executivo têm seus orçamentos públicos anuais comprometidos em face da obrigatoriedade do cumprimento das decisões judiciais impostas. A busca deste direito através da justiça faz parte das relações sociais, mas o excesso de demandas desestabiliza o planejamento e execução orçamentaria das políticas públicas, em especial a prestação dos serviços de saúde prestados de forma universal a toda a sociedade.

O direito como se apresenta neste caso, através de suas decisões judiciais, ao invés de apresentar uma solução, estaria trazendo problemas sociais para os entes federados e para a própria sociedade? Deparamo-nos, então, com a questão das externalidades das decisões judiciais, no sentido de

² **Direitos coletivos** constituem direitos transindividuais de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária, sendo seus sujeitos indeterminados, porém determináveis. Há também a indivisibilidade do direito, pois não é possível conceber tratamento diferenciado aos diversos interessados coletivamente, desde que ligados pela mesma relação jurídica.

que toda e qualquer decisão judicial portar de forma inata desdobramentos sociais, econômicos e políticos.

É neste contexto que reside a importância do presente trabalho, que tem como principal objetivo, investigar como a judicialização da saúde afeta o orçamento público dos entes federativos responsáveis pela concretização do direito à saúde, em especial no Município de Campina Grande.

Especificamente, esta pesquisa tem um caráter descritivo, com abordagem qualitativa, com uso, inclusive, de dados quantitativos referentes às despesas públicas com saúde decorrentes das decisões judiciais. O método utilizado será o dedutivo, mostrando o fenômeno da judicialização da saúde e seus efeitos nos orçamentos públicos em nível de Brasil e, em seguida, convergindo para a questão em particular do Município de Campina Grande.

No primeiro capítulo utilizaremos o método procedimental histórico, utilizando-se técnica bibliográfica, usando como suporte a leitura de material científico e bibliográfico publicados em livros e na rede mundial de computadores, para conceituar o direito à saúde e compreender a sua eficácia como direito fundamental constitucional no Brasil, explicando o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), as políticas públicas e legislações por ele utilizadas na dispensação de medicamentos/procedimentos de alto custo.

Já no segundo capítulo, identificaremos as competências e deveres constitucionais dos entes federados destinadas a promover e assegurar o direito à saúde no Brasil.

Por sua vez, no terceiro capítulo, discorreremos sobre os prováveis fatores que vem favorecendo o aumento da judicialização da saúde no Brasil, a fim de analisar a eficácia da tutela jurisdicional na concretização do direito à saúde.

Por fim, no quarto capítulo, mostraremos como ocorre a judicialização da saúde no Município de Campina Grande – PB, mostrando na visão do gestor municipal, quais as principais causas que levam o cidadão a judicializar demandas a fim de ter assegurado seu direito constitucional à saúde. Inicialmente tínhamos a pretensão de mostrar números referentes a este aumento de demandas judiciais do nosso município, porém isso não foi possível uma vez que os agentes públicos estavam envolvidos neste período

com os desdobramentos da pandemia do COVID-19, de forma que não obtivemos em tempo hábil estes números.

Em substituição, fomos recebidos na Secretaria de Finanças do Município, pelo subsecretário de finanças, que também é responsável pelas tratativas da gestão da saúde municipal com a finalidade de verificar a visão do gestor acerca do tema, descrevendo possíveis fatores que levam a tais procedimentos na garantia deste direito fundamental.

2 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DE SUA ORIGEM À CONSTITUIÇÃO DE 1988.

No período do Brasil colônia e império, mesmo diante de condições precárias, de dimensões continentais e do grande fluxo de pessoas dirigindo-se ao nosso país, não houve incentivo à melhoria das condições sanitárias. Posteriormente, mesmo com a transferência da Corte para cá, os problemas de saúde de nossa sociedade permaneceram sem solução.

Diante de inúmeras mortes provocadas pelas epidemias de doenças graves como febre amarela e varíola, na Constituição de 1824, surgem as primeiras menções ao direito à saúde, através de seu art. 179, XXXI: “A Constituição também garante os socorros públicos” (ARANTES, 2020).

Nos períodos subsequentes, em que se pode dividir a história brasileira como a República Velha, A Era Vargas, A República Populista, A Ditadura Militar e A Redemocratização, houve perceptível omissão do Estado na garantia e efetivação dos serviços de saúde, permitindo e mesmo incentivando o crescimento dos serviços particulares de saúde (BALERA, 2013, p.46).

No ano de 1966, realizou-se a Assembleia Geral das Nações Unidas, em que se reconheceu a saúde como um direito inerente ao ser humano, devendo ser garantidas pelo Estado as prestações mínimas necessárias à dignidade de seus cidadãos, que deveriam ser atingidos de forma igualitária (BALERA, 2013, p.46).

Em 1986, ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde (STROZENBERG, 2016, .310-334), um marco histórico para o direito à saúde no Brasil, uma vez que a saúde foi, pela primeira vez, debatida como um direito. Além disso, as discussões versaram sobre a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e sobre as diretrizes de financiamento a serem implementadas no setor, incluindo a reforma sanitária.

Conforme o relatório final da 8ª Conferência *Nacional de Saúde*. Relatório Final, 2011, o direito à saúde passou a consistir na:

“Garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.”

A partir disso, o direito à saúde ganhou maior atenção estatal, até ser consagrado como direito fundamental no Texto Constitucional de 1988 que traz, especificamente em seu art. 196 que:

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

Assim sendo, com a criação do referido dispositivo, o direito à saúde passa a ser considerado um direito subjetivo de todos os cidadãos, impondo ao Estado uma prestação positiva como forma de garantir a efetivação desse direito.

Essa prestação positiva esperada e exigida do Poder Público está expressa pelo art. 197 da CRFB/88:

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

Desse modo, depreende-se do referido dispositivo a essencialidade inerente ao direito à saúde, haja vista ser um direito fundamental, pelo que se permite a atuação do Poder Judiciário nas situações em que o Poder Público for omissivo em cumprir sua prestação por meio da implementação de políticas públicas (WATANABE, 2011, P.16-17).

Há que se destacar que o direito à saúde possui uma dimensão individual, na medida em que pode se efetivar por meio de ações específicas por parte do Poder Público, como também possui uma dimensão coletiva, que se expressa por meio das políticas públicas voltadas à coletividade (VENTURA SIMAS, 2010).

Além disso, o dispositivo que trata da garantia do direito à saúde não distingue o grau de atuação dos entes federados, que possuem competência comum para cuidar da saúde e da assistência pública, com base no que dispõe o art. 23, II da CRFB/88 in verbis:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”;

Porém, não foram definidos os âmbitos de atuação específicos de cada ente, nem a forma como deve se dar essa atuação.

No tocante à garantia do direito à saúde mediante a implementação de políticas públicas, vale destacar que a Administração Pública, deverá agir com base nos critérios de conveniência e oportunidade, no exercício do poder discricionário, a fim de alocar os recursos públicos de acordo com as demandas sociais.

Necessário, ainda, destacar que as políticas públicas devem ser desenvolvidas de modo a beneficiar a todos e a cada um, isto é, não há que se falar em distinção entre os cidadãos, sendo a saúde um direito universal. Desta forma, o governo deve adotar medidas que permitam acesso mais amplo aos serviços públicos, como já fez, anteriormente com a política de quebra de patentes de medicamentos (MENDES, 2014. p. 644).

Observando-se a realidade brasileira, é possível verificar que a falta de efetividade dos direitos sociais está intimamente ligada à precariedade de implementação de políticas públicas, tendo em vista que esta garantia já se encontra devidamente protegida por dispositivos legais. O problema tornou-se muito mais de execução do que de inexistência de políticas públicas (MENDES, 2014. p. 644).

2.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

A Constituição Federal de 1988 instituiu, em seu texto, o modelo básico de organização da prestação do serviço público de saúde no Brasil, sendo um sistema único, descentralizado, responsável por garantir atendimento integral e com participação da população, conforme dispõe o art. 198, incisos I a III da Constituição do Brasil:

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

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

III - participação da comunidade.

As atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) são elencadas no art. 200 da CRFB/88, que assim Prescreve:

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

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Além daquilo previsto na constituição, o SUS encontra fundamento legal na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), que estabelece diretrizes para o seu funcionamento. Dentre elas, a referida lei determina a participação da iniciativa privada no SUS em caráter complementar, sendo essa uma alternativa necessária diante da escassez de recursos públicos.

O SUS inclui ações e serviços públicos de saúde, sendo organizado de forma hierarquizada e descentralizada. O gestor nacional do Sistema é o Ministério da Saúde, responsável por formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações, juntamente com o Conselho Nacional de Saúde³.

Os Conselhos de Saúde possuem âmbitos de atuação diferentes (nacional, estadual e municipal), são órgãos colegiados e atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas públicas. Além disso, os Estados e Municípios contam com a presença de Secretarias de Saúde, que

³ O **Conselho Nacional de Saúde** (CNS) instância máxima de deliberação do Sistema Único de **Saúde** – SUS – de caráter permanente e deliberativo, tem como missão a deliberação, fiscalização, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas de **saúde**..

controlam as ações e os serviços de saúde em seu âmbito respectivo.

Outros Conselhos e Comissões também fazem parte do SUS, cada um com sua atribuição específica, permitindo um melhor gerenciamento das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Ainda no plano infraconstitucional, o SUS encontra-se disciplinado também pela Lei n. 8.124/1990, que dispõe acerca da participação da comunidade na gestão do Sistema, bem como sobre a aplicação de recursos financeiros na garantia do direito à saúde.

Em resumo, foi criada uma estrutura normativa específica para o SUS, em complementação à disposição constitucional acerca do tema, conforme expõe Marques (2012, p.116-117):

Podemos destacar que os principais marcos normativos após a Constituição Federal são: a Lei 8078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e organiza o Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor; a Lei 8080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, organizando o Sistema Único de Saúde; Decreto nº 109/91, que reorganiza o Ministério da Saúde, trazendo para sua estrutura o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social; a Portaria 1565/94, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabelecendo as bases para a descentralização dos serviços e ações; a Lei 9782/99, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; o Decreto 793/93, que estabelece a obrigatoriedade de colocação da denominação genérica de medicamentos e a Lei 9787/99, que transforma parte de suas fundamentações em Lei.

A atribuição de competência relativa à saúde é comum entre os entes federativos. Em outras palavras, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidariamente (OHLAN, 2010, p.29-44), pela efetividade do direito à saúde, sendo o governo federal o principal financiador do sistema público de saúde, atuando por meio do Ministério da Saúde.

Já os Estados devem promover suas próprias políticas, atuando por meio das Secretarias de Estado de Saúde, financiados por seus próprios recursos e pelos recursos repassados pela União. Além disso, os Estados devem repassar recursos aos Municípios, para que estes também desenvolvam suas políticas no âmbito municipal (BRASIL. Ministério da Saúde, Acesso em 23 de maio de 2018).

Com o advento da Emenda Constitucional 29/2000, tornou-se possível a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal a fim de garantir a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”, conforme prevê o art. 34, VI, “e”, da CRFB/88.

A referida Emenda determinou, ainda, a forma como os entes federativos passariam a aplicar seus recursos financeiros em serviços e ações de saúde, conforme legislação complementar. Somente doze anos após a criação da EC 29/2000, foi publicada a Lei n. 141/2012, que regulamenta a destinação e controle de valores mínimos à saúde, por parte da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Igualmente, a Lei n. 141/2012 dispõe, em seu art. 12, que “os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde”. E prossegue, em seu art. 13, determinando que os recursos da União previstos na Lei sejam transferidos aos demais entes da Federação, na forma determinada, observados os critérios determinados pelo Chefe do Poder Executivo da União, bem como as necessidades de saúde e a realidade social da população, conforme art. 17 do mesmo diploma legal.

Diante de todo exposto, compreendemos que o SUS é norteado, principalmente, pelos princípios da regionalização, hierarquização e descentralização, além da universalização, equidade e integralidade. A saúde, como direito inerente ao cidadão, requer do Estado uma atuação efetiva, atendendo às demandas sociais de acordo com a necessidade, por meio de ações integradas.

Entretanto, na realidade social brasileira, segundo (MARQUES, 2012, p. 124):

Um dos principais desafios para o Sistema Único de Saúde é resolver os problemas histórico-estruturais do sistema de saúde, com destaque para a superação das profundas desigualdades em saúde, com o respeito à diversidade regional e local, vindo a acarretar uma mudança substantiva no papel do Estado nas três esferas de governo, o fortalecimento da gestão pública com finalidades diferenciadas no âmbito nacional, estadual e municipal, a definição de competências

para cada esfera de governo e o desenvolvimento de ações, no intuito de articular princípios nacionais de política com decisões e parâmetros locais e regionais.

Passados mais de 20 anos da implementação do Sistema, apesar do que propunha o legislador, o que se vê, praticamente, é a ineficiência na prestação dos serviços e dificuldades na efetivação dos tratamentos, especialmente no que tange à obtenção de medicamentos, conforme será exposto adiante.

Um problema grave no SUS é que da forma que ele foi instituído, não permite o controle do risco moral⁴ e da seleção adversa⁵, como ocorre nos planos de saúde privados, de modo que os usuários com comportamento inadequado quanto ao uso exagerado do sistema, risco moral, fica sem qualquer controle, por não haver um fator limitador, não havendo aplicação de mecanismos que controlem a seleção adversa para limitar este uso, o que faz com que o usuário o utilize sem mesmo contribuir para manutenção do sistema diretamente, isso pode ser visto nos casos de acidentes de moto, que traz um custo enorme para o SUS sem fazer qualquer contrapartida para alimentar financeiramente o sistema para custear os gastos decorrentes de seu mau comportamento no trânsito, o que prejudica o uso pelos usuários que assim não procedem. Isto torna o sistema oneroso.

2.2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O SUS

Inicialmente, cabe destacar que o fornecimento de medicamentos aos usuários do SUS encontra previsão na Lei n. 8.080/90, que em seu art. 6º

⁴ O risco moral consiste em uma mudança de comportamento. Segundo Coelho de Sá, ele representa um aumento no uso do plano de saúde por parte dos usuários, pois como o custo é baixo, o indivíduo começa a utilizar em maior quantidade do que utilizaria se não possuísse o plano. (COELHO DE SÁ, 2012)

⁵ A seleção adversa ocorre em razão da atração de pessoas com risco elevado e expulsão daquelas de risco baixo. Dessa forma, os indivíduos que possuem uma maior chance de utilizar o plano, como crianças e idosos, vão elevar o preço, enquanto que os jovens, que normalmente não utilizam com tanta frequência, vão optar por deixar o plano em razão do preço. Portanto, a seleção adversa impacta no conceito de mutualismo, em que as pessoas de baixo risco que possuem o plano ajudam as de alto risco no pagamento. No caso de existirem apenas pessoas de risco elevado existiriam no plano, elevando muito o prêmio a ser pago. Assim, segundo Coelho de Sá (2012), a seleção adversa consiste em indivíduos que contratam o plano de saúde por apresentarem uma grande chance de precisar do plano no futuro. Muitas vezes, paga um prêmio menor do que pagaria se já possuísse a doença. Dessa forma, quanto maior o risco de precisar do plano, maior a chance de possuí-lo.

dispõe:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) De vigilância sanitária;
- b) De vigilância epidemiológica;
- c) De saúde do trabalhador; e.
- d) De assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Os medicamentos disponibilizados pelo SUS devem integrar o conjunto do tratamento de que necessita o beneficiário. A fim de regular esse fornecimento, foram editadas uma série de elementos normativos, que determinam desde quais medicamentos podem ser disponibilizados, até a forma como é realizada a aquisição, produção e dispensação desses medicamentos.

A princípio, aqueles necessários ao tratamento dos pacientes atendidos na rede pública devem ser dispensados de forma gratuita. Para a disponibilização a preço acessível aos usuários da rede privada, foi instituído, por meio do Decreto Nº. 5.090/2004, o Programa da Farmácia Popular do Brasil, que se desenvolveu através de convênios entre os entes, a fim de que as medicações fossem obtidas pelos cidadãos a baixo custo.

O controle dos medicamentos fornecidos no país é realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei n. 9.782/1999, sendo uma autarquia de regime especial, sediada no Distrito Federal e atuante em todo o território brasileiro, por meio de núcleos em portos, aeroportos etc.

Assim, seu art. 8º, §1º, I, determina que os “medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processo e tecnologias”, sejam submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela ANVISA. Dessa forma, todos os medicamentos disponibilizados no Brasil devem ser registrados na referida Agência.

Além disso, no que se refere à assistência farmacêutica existente no Brasil, é necessário destacar que o Ministério da Saúde tem grande atuação em ações desenvolvidas para garantir o acesso aos medicamentos demandados pela população. O fornecimento de medicações pelo SUS para seus usuários se dá por meio de três variantes: Componente Básico da

Assistência Farmacêutica (CBAF)⁶, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF)⁷ e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)⁸.

O Componente Básico de Assistência à Saúde possui, em sua lista, medicamentos voltados aos programas de saúde da Atenção Básica, isto é, voltados ao atendimento inicial dos usuários. Na atenção básica, os objetivos principais são de prevenção, tratamento de doenças mais simples ou direcionamento de pacientes com enfermidades de maior complexidade para atendimentos mais específicos.

No componente Estratégico, busca-se a prevenção e tratamento de doenças endêmicas, ou seja, de alta incidência em determinada região. Nesse componente, a aquisição dos medicamentos é feita pela União, através do Ministério da Saúde, que repassa aos Estados e, se necessário, são repassados aos Municípios. Como exemplo, verifica-se a existência de programas de combate à tuberculose, ao HIV, à hanseníase, entre outros.

Já o componente Especializado preocupa-se com a garantia de acesso aos medicamentos disponibilizados. Esse componente guarda íntima relação com a atenção básica, tendo em vista que o tratamento se inicia naquele nível. Dessa forma, a fim de garantir a integralidade do tratamento, conta-se com a integração de todos os entes responsáveis pela efetividade dos programas de saúde disponibilizados pelo Sistema Único.

Os componentes supracitados integram a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Essa Relação engloba todos os medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, servindo como bases para os municípios, observadas as realidades particulares de cada um. É importante que se verifique em qual Componente está inserido o medicamento

⁶ O **Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF)** destina-se ao fornecimento dos medicamentos e insumos para o tratamento precoce e adequado dos problemas mais comuns e/ou prioritários, passíveis de atendimento em nível **básico**, incluindo aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos.

⁷ O **Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF)** caracteriza-se pela garantia do acesso a medicamentos, imunobiológicos e demais insumos em saúde para tratamento de doenças de perfil endêmico, com impacto socioeconômico e outras consideradas como de caráter estratégico pelo Ministério da Saúde, no âmbito do SUS.

⁸ O **Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)** visa garantir, no âmbito do SUS, o acesso ao tratamento medicamentoso, de doenças raras, de baixa prevalência ou de uso crônico prolongado com alto custo unitário, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT, publicados pelo Ministério da Saúde - MS.

pleiteado, uma vez que a dispensação dos medicamentos pode variar de acordo com a sua classificação.

Os medicamentos são divididos em duas categorias: os básicos ou essenciais e os excepcionais. Os essenciais são os utilizados para o tratamento de doenças mais corriqueiras, de modo que devem estar disponíveis no SUS de forma permanente. Já os medicamentos excepcionais são indicados para doenças mais graves ou raras.

Todas as divisões de categorias de medicamentos e seu fornecimento giram em torno da criação de políticas públicas que levem em conta os recursos disponíveis para atingir o objetivo final. Dessa forma, a Organização Mundial de Saúde (OMS) forneceu uma lista de medicamentos essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas, a fim de orientar os países. Com relação aos medicamentos de alto custo, não houve qualquer orientação, de modo que cada país pudesse avaliar sua realidade social, verificando as necessidades de sua população (WHO - World Health Organization, 1997, citado por ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de, 2013. p. 15).

Por óbvio, a RENAME sofre alterações periódicas buscando adequar-se à realidade social do país. Há que se destacar que essa relação de medicamentos tem o papel de garantir, paralelamente à assistência farmacêutica, a racionalização do uso de recursos públicos principalmente através da utilização de medicamentos mais baratos que possuam a mesma eficácia (BRASIL. Ministério da Saúde, 2017. Acesso em 24 de mai. de 2018).

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA

A Teoria da Separação dos Poderes conhecida, também, como Sistema de Freios e Contrapesos, foi consagrada pelo pensador francês *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu*, na sua obra “O Espírito das leis”, de 1748, onde tratou de modelos de governo fazendo críticas a monarquia absolutista. Montesquieu realizou uma reflexão bastante clara acerca da separação dos poderes, ao ponto que eles deveriam operar de forma independente e ao mesmo tempo com harmonia.

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

O princípio da separação dos poderes ganhou força no cenário mundial com a Revolução Francesa, e posteriormente, alcançou diversas constituições, como foi o caso da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, que consolidou este princípio em seu art. 2º, em que há a garantia de que são Poderes da União, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Além disso, constitui expressamente cláusula pétrea nos termos § 4º, inciso III do seu Art. 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III - a separação dos Poderes;
[...]

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

Cada um dos poderes possui funções típicas, que são preponderantes e próprias, bem como funções atípicas, ditas como secundárias, pois não são intrínsecas a determinado poder. Todos os poderes devem funcionar com

harmonia, no entanto, há limites recíprocos no exercício destas atribuições.

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

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

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

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

O primeiro passo é dado por meio do Poder Legislativo, uma vez que

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

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

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

Por isso, verificamos a necessidade de uma perfeita harmonia principalmente entre os poderes Legislativo e Executivo para uma concreta efetividade do direito à saúde, ao passo que um legisla o arcabouço normativo e garante a eficácia das normas, e o outro detém a responsabilidade de retirar do plano textual e colocar em prática tudo aquilo previsto, mediante investimentos em políticas públicas. Caso eles assim atuassem, não existiria a necessidade da intervenção jurisdicional neste âmbito, ou melhor, ainda que existissem falhas, estas seriam mínimas, e o Judiciário atuaria em raras exceções, porém não é o que vem sendo observado no momento.

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

O primeiro ponto é que o nosso país vem enfrentando uma hipertrofia legislativa⁹, há uma grande quantidade de leis que são editadas diariamente, e conseqüentemente, uma maior busca pelo atendimento dos direitos sociais e econômicos que visam os interesses da população. Frente a isso, recorre-se ao Poder Judiciário para sua concretização, no entanto, esbarra-se em uma discricionariedade jurídica, em virtude da superprodução de leis que possuem entendimentos vagos (SODRÉ, 2011). Como a célebre frase de Montesquieu nos ensina, “as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias”.

Outro ponto importante é a omissão legislativa que acaba desencadeando no ativismo judicial, o que é algo controverso, pois os magistrados não portam conhecimentos técnicos acerca do impacto de uma decisão judicial no orçamento público destinado ao desenvolvimento das políticas públicas para a coletividade, sem contar que estas decisões obrigam o executivo a descumprir normas atinentes à execução dos orçamentos. Há também omissão executiva, diante de uma má gestão da administração para o fornecimento dos insumos para a saúde, como medicamentos, manutenção de equipamentos utilizados em tratamentos, entre outros.

O art. 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde seja garantida por meio de políticas sociais e econômicas, ao contrário do que muitos vêm entendendo, que seria através de decisões judiciais. Por isso, faz-se necessário que o Executivo continue sendo o principal órgão a determinar a alocação dos recursos, como previsto constitucionalmente, efetuando com maior eficiência a conexão entre as necessidades da população e os investimentos públicos.

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

⁹ Esta tendência **legislativa** de aumento da esfera da intervenção penal decorre da criminalização de novas condutas, ou seja, novos tipos penais e recrudescimento dos já existentes, culminando na produção desenfreada das leis penais incriminadoras. De acordo com estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, desde 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal) até o dia 30/09/2017, foram editadas 5.679.157 (cinco milhões, seiscentos e setenta e nove e cento e cinquenta e sete) normas na esfera federal, estadual e municipal. Isto reflete, em média, 555 normas editadas todos os dias ou 798 editadas por dia útil.

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Há também uma crítica do ponto de vista técnico¹⁰ em relação à desarmonia dos poderes públicos, o Judiciário em geral não possui capacitação com métodos de avaliação técnica, ressalvadas alguns poucos instrumentos especializados, como o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde em Natal e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde no Rio de Janeiro, que são alternativas à judicialização do direito à saúde. Na maior parte dos casos, ainda que tenha a presença de laudos médicos, este Poder desconhece se determinado remédio é realmente eficaz em tratamentos, por exemplo, isto é papel cabível ao Poder Público (BARROSO, 2008, p. 27).

Deste modo, entendemos que há uma ingerência do Poder Judiciário no que de fato cabe a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. A consequência disto, é uma eventual violação da proporcionalidade entre os poderes. Ainda que tenhamos o art. 5º, inc. XXXV, tratando sobre a inafastabilidade da jurisdição, é cediço que a implementação e efetivação das

¹⁰ Assim esclarece Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 22-3: “O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macro políticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (habeas corpus, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração”.

políticas públicas são tarefa dos demais poderes supracitados, e não do Judiciário.

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

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

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

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

A lei supracitada também se preocupou em firmar a repartição de competência no tocante à matéria. A direção nacional do SUS tem competência, *ipsis verbis*, para “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional”, de acordo com o art. 16, inc. XIII da Lei n. 8.080/1990. E ainda, a promoção da descentralização no que concerne a abrangência estadual e municipal dos serviços e ações de saúde.

Já a direção estadual do SUS possui atribuições para execução da descentralização para os Municípios destes serviços e atividades, além de

promoção ao apoio técnico e financeiro e concretização de maneira suplementar as ações da saúde (art. 18, incisos I e III, Lei n. 8.080/1990).

A Lei n. 8.080/1990 também dispõe sobre o financiamento do sistema descentralizado, a qual prevê em seus artigos 34 e 35 que os recursos da Seguridade Social serão transferidos para o Fundo Nacional de Saúde no primeiro instante, e em seguida, aos fundos de saúde de cada âmbito de governo, sobre fiscalização dos conselhos de saúde correspondentes. Trataremos no próximo tópico de forma mais esmiuçada sobre o financiamento da saúde.

4 JUDICIALIZAÇÃO: CAUSAS X EFICÁCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Sendo a saúde um direito constitucional fundamental, e sendo o Estado responsável por políticas públicas que garantam a sua efetivação para todos os cidadãos, diante da ineficiência do Poder Público em cumprir suas atribuições relativas ao direito à saúde, resta ao Poder Judiciário atuar na garantia desse direito em três diferentes hipóteses, conforme descreve (Mânica, 2011, p.7):

- i. Na inércia do Poder Legislativo em regulamentar questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa);
- ii. No descumprimento pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa) e;
- iii. No caso em que a regulamentação do direito à saúde limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa).

A judicialização na saúde no Brasil se tornou uma prática tão corriqueira que cria efeitos colaterais indesejáveis para todos os participantes do sistema público. Uma das razões é que, na maioria das vezes, a decisão judicial privilegia o pleito do indivíduo em desacordo aos direitos da coletividade.

Apesar da grande quantidade de doenças endêmicas presentes no Brasil, a questão relativa ao tratamento de doenças ganhou mais atenção da população e do governo com o surgimento da AIDS. Essa doença vitimou uma quantidade enorme de pessoas, fazendo aumentar o número de demandas judiciais que buscavam assegurar tratamento digno aos pacientes. Nestes casos, os juízes enfrentam, em suas decisões, um conflito entre a sobrevivência do paciente, no seu direito individual à saúde e a escassez dos recursos públicos, que seria utilizado para realizar as políticas públicas de saúde no âmbito da coletividade.

O ajuizamento de tais demandas tornou-se cada vez mais frequentes, abrindo precedentes para a busca pelo tratamento de outras enfermidades que, assim como a AIDS, requerem tratamento de alto custo, que o paciente é incapaz de suportar por seus próprios meios. Incluem-se aqui também os medicamentos para câncer, hepatites e doenças raras, casos em que o indivíduo vê no Poder Judiciário, a única chance de garantir sua sobrevivência após o diagnóstico.

Há que se considerar que, na realidade social brasileira, em razão da desigualdade social, parcela da população sofre com doenças “modernas”, enquanto a outra parte ainda sofre com doenças endêmicas relacionadas à miséria (AMARAL, 2001. p. 35). Essa realidade indica que ainda há muito que se fazer pela saúde no Brasil, especialmente no combate às doenças que acometem a população mais pobre.

Atualmente, diante da conhecida crise que acomete a saúde no país, os Tribunais têm concedido mais facilmente tutelas individuais para a obtenção de medicamentos, muitas vezes sem a precedente análise da real eficácia do medicamento, com fundamento na garantia do direito à saúde e à vida.

Apesar da evidente necessidade dessa atuação, há quem defenda a necessidade se verificar o caso concreto, sob pena, em última análise, de violação do princípio da isonomia (MONTEIRO, 2018, p.35). A concessão de tutelas específicas por parte do Poder Judiciário garante a assistência individualizada aos pacientes que recorrerem à via judicial, muito embora a saúde seja considerada um direito coletivo.

Diante dessa perspectiva, importa tratar da finitude dos recursos destinados à obtenção de medicamentos, seja por via judicial ou administrativa. Deve-se analisar a relação entre a garantia do direito à saúde e seus respectivos impactos nos orçamentos públicos, observado o princípio da reserva do possível.

O referido princípio surgiu no Direito Alemão, em uma decisão conhecida como *Numerus Clausus Entscheidung (BverfGE, nº 33, 303 (S. 333), apud SARLET, Ingo Wolfgang. 2015, Op. cit. p. 295).*, proferida em demanda proposta por estudantes que buscavam a admissão (em escolas com vagas limitadas em curso de medicina. Na decisão, o Tribunal entendeu que o oferecimento das vagas era limitado pelos recursos disponíveis, dentro dos limites da razoabilidade.

Essa relação é analisada frequentemente pelos Tribunais Superiores, em razão da quantidade de ações ajuizadas, no poder judiciário, pelos cidadãos em busca da efetivação do direito à saúde por parte do Poder Público. Isso ocorre porque cabe ao Poder Público a realização de políticas públicas que garantam a efetivação do direito.

A prestação dos serviços estatais que são, na verdade, a materialização

do direito constitucionalmente previsto depende da disponibilização de recursos financeiros públicos, que deve ser analisada juntamente à realidade de escassez desses recursos. Com o aumento da judicialização de demandas que envolvem o direito à saúde, cabe, cada vez mais, ao Poder Judiciário a ponderação entre esses dois pontos cruciais: a efetivação do direito versus a escassez de recursos (AMARAL, 2001. P.146-147).

A falta de recursos disponíveis é uma das teses de defesa de um Estado que não tem sido capaz de cumprir suas obrigações no que se refere à efetivação de direitos. Nesse sentido, discute-se acerca da legitimidade do Poder Judiciário de interferir na aplicação desses recursos, dando certa preferência àqueles que a ele recorrerem, em detrimento dos que não recorreram à via judicial.

Para alguns filósofos, como Robert Alexy (SIMIONI, 2015. p.177-193), os direitos sociais não podem ser ilimitadamente exigidos e concedidos por via judicial. Essa exigência deve levar em consideração a possibilidade estatal de dispor de recursos financeiros, a fim de que as decisões não acarretem grandes impactos orçamentários que prejudiquem a atuação da Administração Pública.

Segundo Robert Alexy (Alexy, 2008. p. 323), as decisões judiciais devem ser ponderadas com o princípio da reserva do possível, definido por ele como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Em outras palavras, os direitos sociais devem ser ponderados com a capacidade que o poder público possui de efetivar esses direitos, observada a realidade social e os interesses do particular.

Considerando a controvérsia que gira em torno do tema, parte da doutrina entende que a escolha das prioridades orçamentárias bem como a realização de políticas públicas não deve sofrer interferência do Poder Judiciário em razão do poder discricionário inerente à Administração Pública desde o momento da elaboração das leis orçamentárias, atividade privativa do Poder Executivo, até a aplicação do orçamento (MÂNICA, 2011. P. 92).

Levando-se em conta a realidade social do país, na escolha de aplicação de recursos o Poder Executivo deve observar os critérios de conveniência e oportunidade, de modo a garantir maior efetividade na prestação dos serviços e, conseqüentemente, na manutenção dos direitos

sociais previstos no texto constitucional. Nesse sentido, (MÂNICA, 2011. P. 93) entende a atuação discricionária como um fator limitante da atuação do Poder Judiciário no orçamento público.

Para Ingo Sarlet (SARLET, 2015. P.296), a aplicação da reserva do possível deve considerar uma dimensão tríplice: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

Em outras palavras, o princípio da reserva do possível exige uma melhor aplicação dos recursos disponíveis, a fim de garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tal princípio é visto como um garantidor de tais direitos, funcionando, ao mesmo tempo, como balizador da atuação jurisdicional.

O direito à saúde, como direito social e, portanto, de segunda dimensão, exige prestação estatal, isto é, depende de sua atuação direta para que seja efetivado. Para isso, requer investimento público e disponibilidade orçamentária para a realização de políticas públicas que permitam a efetivação dessas garantias.

No âmbito jurisprudencial, a aplicação do princípio da reserva do possível e a limitação do Poder Judiciário no que tange à sua interferência no Poder Executivo ainda é uma questão controvertida. Não há pacificação de entendimento quanto à possibilidade de intervenção, nem como essa intervenção deve ocorrer, diante de um cenário em que se busca cada vez mais a efetividade dos direitos fundamentais.

Num contexto de crise, considerando a necessidade prestacional desse direito, cada vez mais a atuação do Poder Judiciário tem sido essencial. Passou-se a admitir a intervenção judicial na realização de políticas públicas sob a alegação de garantia dos direitos previstos na Constituição Federal, que se sobrepõe à atuação discricionária do Poder Executivo.

No que se refere à supremacia dos direitos fundamentais, não há qualquer divergência na doutrina ou jurisprudência. Ambos defendem que tais direitos se sobrepõem a qualquer outro princípio de fato ou de direito (MÂNICA 2011, P. 93).

Contra-pondo-se a esse entendimento, aplicada à realidade social brasileira, a cláusula da reserva do possível é invocada como limitadora da atuação estatal por considerar o que é financeiramente possível. Sendo assim, a atuação do Poder Judiciário deixou de ser limitada pelo Princípio da Separação dos Poderes, devendo observar, agora, as possibilidades financeira e orçamentária do ente público.

O aspecto econômico que passou a permear a teoria da reserva do possível deve ser levado em consideração na medida em que as decisões judiciais possam impactar diretamente nos recursos de que dispõe o Estado. Esse impacto pode gerar um desequilíbrio orçamentário, de modo que o poder público terá que lidar com outro problema além da escassez de recursos.

No entanto, a atuação do Poder Judiciário tem sido cada vez mais recorrente e efetiva no que se refere a bloqueio de recursos públicos a fim de garantir efetividade na prestação de serviços, aqui se tratando especialmente do fornecimento de medicamentos de alto custo. Tais medicamentos possuem maior burocracia para serem adquiridos. Some-se a isso a escassez de verbas públicas destinadas a esse fim. Nesse contexto, o cidadão vê-se desamparado em razão da sua incapacidade financeira de custear o tratamento e da omissão estatal, valendo-se da vida judicial para garantir seu direito fundamental: sua saúde.

Sendo assim, é possível questionar se a escassez de recursos se deve ao binômio: gastos-arrecadação ou à má administração. Nesse contexto, a intervenção judicial deve funcionar como um sistema de ponderação de interesses público e privado, garantindo o direito à saúde e, em última análise, o direito à vida, pautando sua atuação no equilíbrio entre as partes.

Considerando que os recursos não são suficientes para atender a todas as demandas da população, cabe ao administrador tomar decisões alocativas, isto é, definir a quem atender, como atender, bem como critérios de atendimento e quais os objetivos a serem atingidos. A principal consequência das dessas decisões é priorizar certos serviços a expensas de outros (AMARAL, 2001. p. 147-150).

Haja vista que o Estado não dispõe de recursos suficientes para atender a todas as demandas que lhe são propostas, não há que se falar em direito absoluto à saúde. Essa característica somente pode ser imputada ao direito à

saúde e, por consequência, ao tratamento adequado, quando considerados os critérios de alocação de recursos definidos pelo Administrador Público.

No caso da saúde, a questão da escassez deve ser tratada ainda de forma mais delicada, considerando que o aumento no custo dos tratamentos e a alta demanda geram o problema da seleção de pacientes, visto que não há recursos suficientes para todos. Esse problema interfere diretamente na liberdade médica de prescrever os medicamentos que julgam necessários ao tratamento do paciente, sendo balizados por uma realidade de limite orçamentário.

Quando a questão é levada ao âmbito judicial, torna-se ainda mais difícil para o julgador o indeferimento do que lhe é requerido, tendo em vista que as situações analisadas de forma isolada não são prejudicadas pela falta de recursos. Em outras palavras, não há situação para a qual não haja recurso, se analisada isoladamente (AMARAL, 2001. P.37).

Um dos maiores problemas relativos à saúde, na atualidade, é a alocação dos recursos, baseada principalmente em critérios econômicos, que acaba gerando a propositura de ações, individuais ou coletivas, que sobrecarregam o Judiciário cada vez mais. Isso porque, em última análise, as decisões alocativas na área da saúde geram riscos à vida do indivíduo que teve o seu direito negado.

Os critérios utilizados na alocação dos recursos públicos são tratados pela justiça distributiva. Para o filósofo Michael Walzer (WALZER, 1983. p. 5, apud AMARAL, 2001, Op. cit. p. 166), a justiça é uma construção humana, de modo que não pode ser entendida por um único sentido. Diante da escassez de recursos, devem ser feitas escolhas baseadas na necessidade e na prioridade dos indivíduos, observado o compromisso de se atingir um bem comum.

Em outras palavras, a questão da dificuldade de alocação de recursos deve ser enfrentada, para que as escolhas passem a ser cada vez mais coerentes com a realidade social. Enfrentando essas dificuldades, Luís Roberto Barroso desenvolveu, em parecer (BARROSO, 2008. P. 320-344) acerca do tema, alguns critérios bastante razoáveis para a atuação do Judiciário nessa matéria.

Para Barroso, nas ações individuais, o Poder Judiciário deve ater-se a

determinar apenas o fornecimento de “medicamentos constantes as listas de dispensação elaborada pelos entes federativos”. O Ministro explica que os Poderes Executivo e Legislativo, ao elaborarem as listas de medicamentos, avaliaram as necessidades, os recursos disponíveis, bem como os aspectos técnicos que determinam a eficácia e utilização dos fármacos. Assim, não cabe ao Poder Judiciário interferir nas políticas públicas determinadas pelos órgãos governamentais.

Já no âmbito das ações coletivas ou em ações abstratas de controle de constitucionalidade, Barroso admite o debate acerca da alteração das listas de dispensação e eventual decisão que determine a inclusão de medicamentos nessas listas, caso necessário. Nesse sentido, estabelece que, nessas ações, é possível compreender melhor a realidade social, incluindo as necessidades e a disponibilidade financeira, permitindo melhor alocação desses recursos.

Além disso, as referidas ações produzem efeito *erga omnes*, preservando a igualdade de tratamento dos pacientes e permitindo melhor planejamento estatal para a prestação do serviço público. Barroso destaca, ainda, outros parâmetros complementares de atuação do Judiciário, a fim de orientar as decisões relativas à matéria:

- (i) O Judiciário só pode determinar a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos;
- (ii) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil;
- (iii) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo;
- (iv) O Judiciário deverá considerar o medicamento indispensável para a manutenção da vida. (BARROSO, 2008. P. 341-342).

Por fim, o Ministro defende a tese de que o legitimado passivo nessas ações é o ente responsável pela inclusão do medicamento em sua lista, vinculando-se, por isso, à dispensação do fármaco. No entanto, explica que, apesar de cada ente ser responsável pela sua própria lista de medicamentos, o Judiciário tem entendido que a responsabilidade dos entes é solidária, por tratar-se de competência comum.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MUNICÍPIO DE CAMPINA GRANDE E SEUS EFEITOS SOBRE O ORÇAMENTO DA SAÚDE

Com a finalidade de melhor compreender a Judicialização da saúde em no Município de Campina Grande, fomos recebidos, na sede administrativa da PMCG, no dia 17 de novembro de 2020, pelo senhor Felipe Motta Benevides Gadelha, que possui graduação e mestrado em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, atualmente ocupa o cargo de Secretário Adjunto de Finanças na Prefeitura Municipal de Campina Grande (set de 2017 – até o momento, 3 anos 3 meses), bem como é consultor (2007 – 2011, 4 anos) e também Secretário Executivo (jan. de 2012 – até o momento, 8 anos 11 meses) no SAS (Sistema de Assistência Social e Saúde) - Hospital João XXIII, Prontocor, Life Center. Tendo vasta experiência na gestão pública e privada na área de saúde, também responde pelas tratativas da subsecretaria de saúde do nosso município.

Neste sentido, tentamos trazer a visão do gestor municipal acerca do tema aqui pesquisado nos itens a seguir, gostaríamos de trazer também números que pudessem retratar esse aumento de demandas judiciais na saúde em nossa cidade, o que não foi possível em virtude da Pandemia da COVID-19, uma vez que os responsáveis pelo setor se encontravam bastante ocupados no combate aos efeitos da mesma, o que impossibilitou o levantamento destes valores. Em três oportunidades inclusive nos foi prometido o fornecimento destes números, mas em nenhuma delas cumpriram. A prática aqui verificada fere inclusive a transparência dos orçamentos públicos, pois os dados deveriam está catalogados e disponíveis através dos portais da transparência, por se tratarem de despesas extraordinárias ao orçamento público municipal, o que fere os princípios orçamentários da Clareza e da Publicidade, elencados por James Giacomoni (GIACOMONI, 2007, Pág. 83):

Princípio da clareza. O orçamento público, ao cumprir múltiplas funções – algumas não técnicas – deve ser apresentado em linguagem clara e compreensível a todas aquelas pessoas que, por força de ofício ou por interesse, precisam manipulá-lo. É uma regra de difícil observação, pois, devido exatamente aos seus variados papéis, o orçamento reveste-se de uma linguagem complexa, acessível apenas aos especialistas. (...)

Princípio da publicidade. Por sua importância e significação e pelo interesse que desperta, o orçamento público deve merecer ampla publicidade. Formalmente, o princípio é cumprido, pois, como as

demais leis, é publicado nos diários oficiais. A publicidade ideal, porém, envolve as mesmas questões ligadas à clareza. Resumos comentados da proposta orçamentária deveriam ser amplamente difundidos, de forma que possibilitassem ao maior número possível de pessoas inteirar-se das realizações pretendidas pelas administrações públicas.

5.1 CARACTERÍSTICAS DO SETOR DA SAÚDE

A área da saúde possui algumas características peculiares que influenciam na judicialização, conforme a seguir descrito.

5.1.1 EFEITOS DA TECNOLOGIA NA ÁREA DA SAÚDE

Como decidir se novas terapias devem ser incorporadas ao sistema de saúde? Como avaliar se é possível assumir o custo adicional de novas tecnologias em um sistema único de saúde, levando em conta também as necessidades e perspectivas de seus usuários?

No Brasil, novos medicamentos e produtos para a saúde gerados localmente ou no exterior passam pela avaliação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que analisa criteriosamente seu uso, para autorizá-lo no país. Para serem incorporadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), no entanto, novas tecnologias passam por um segundo crivo, a avaliação de tecnologias em saúde (ATS), em um processo orquestrado pelo Ministério da Saúde. Isso impossibilita ao gestor público a sua contratação e disponibilização aos cidadãos. Enquanto isso não ocorre, os cidadãos acabam judicializando as demandas para ter este acesso.

Por outro lado, o uso de tecnologias em novos medicamentos, procedimentos cirúrgicos e em diagnósticos de alta complexidade, que envolvem alta tecnologia e alto custo, diferente da maioria dos setores, onde o uso da tecnologia normalmente traz economia, aqui há um aumento exacerbado do custo, tornando-se solução para os pacientes e um “problema” para os entes que veem muitos recursos sendo retirados do orçamento pela judicialização.

5.1.2 *MERCADO CONSUMIDOR*

5.1.2.1 *LONGEVIDADE*

Na busca pelo envelhecimento saudável, a cada dia o ser humano busca na medicina e na ciência novos produtos e meios para se antecipar às doenças trazendo maior longevidade na vida.

5.1.2.2 *DIAGNOSTICO*

Dentro do contexto da busca pela longevidade, o diagnostico se torna cada vez mais importante, pois é através dele que podemos nos antecipar na cura de doenças, porém, alguns procedimentos inovadores por utilizarem alta complexidade, implicam no uso de alta tecnologia, com alto custo para o consumidor/paciente.

5.1.3 *A OFERTA DETERMINA A DEMANDA*

Na área de saúde, temos que a porta de entrada dos gastos reside na oferta, e não na demanda, por exemplo, se temos numa comunidade 1000 pessoas doentes de determinada enfermidade, se não tiver um médico no posto que possam atendê-los, isso não implicará em gastos e onerações ao orçamento, porém, com a disponibilização deste profissional, as demandas crescem demasiadamente agregando novas despesas ao mesmo.

5.2 *A ROTINA DE JUDICIALIZAÇÃO*

Na visão do gestor municipal, estes são os principais fatores que determinam a rotina da judicialização da saúde no Município de Campina grande:

5.2.1 *HABILITAÇÕES*

Segundo o gestor, em nível de Estados e municípios, existem órgãos que fazem o controle das demandas judiciais, bem como dos procedimentos, que são chamados de regulação. Já na esfera federal, também existe a regulação, porém ela não trabalha com regulação de procedimentos, mas sim com a regulação dos credenciamentos dos serviços.

Quando vai abrir um novo serviço, no âmbito da saúde no município, este terá que ser habilitado no Ministério da Saúde, esta habilitação é um processo longo, que muitas vezes não vale a pena, pois você acaba sendo obrigado a atender pela tabela SUS, como consequência disso, os serviços privados não habilitam, ou seja, existe a oferta pela rede privada, mas não atende pelo SUS, desta forma cria a demanda pela oferta do serviço, mas o ente público não pode contratar este serviço para o usuário, pois por lei só pode contratar aquilo que está habilitado pelo SUS, o que obriga ao usuário que dele necessita judicializar para que o ente possa pagar. Neste caso a judicialização é uma solução para aquele indivíduo, mas se torna um problema pela concentração do benéfico apenas nele, pois obriga o executivo a garantir o direito individual em detrimento ao cumprimento daquilo que foi orçado para promover o direito à saúde a toda uma coletividade.

5.2.2 OFERTA INEXISTENTE

A demanda é estatisticamente previsível, porém a oferta é às vezes inviável, como foi citado o caso de UTI's, que o SUS paga R\$ 400,00 a diária, enquanto que para o ente municipal não custa menos de R\$ 1.600,00, o que torna inviável ofertar o serviço a este valor, pois o ônus que envolve esta diferença para o ente é enorme. Ele acaba restringindo pela oferta, mesmo a demanda sendo previsível. Quem trabalha na saúde não tem a liberalidade de contratar serviços de alta complexidade que não estão habilitados pelo SUS.

5.2.3 *ALTO CUSTO* – Custo de aquisição x tabela SIGTAP (sistema de gerenciamento da tabela de procedimentos, medicamentos e Órteses, Próteses e Materiais Especiais - OPM do SUS).

O ente público, não tem liberalidade para contratar aquilo que não está dentro dos valores constantes na tabela SUS, além de muitas vezes quem disponibiliza na rede particular não tem interesse de habilitar pelo SUS por sua tabela pagar sempre abaixo do custo do serviço, por este motivo este particular que presta o serviço não o habilita pelo SUS, portanto, quem necessitar deste serviço irá judicializar.

5.2.4 ESCALA REDUZIDA

Existem procedimentos/medicamentos que são de uso pontual, sendo sua solicitação muito reduzida.

5.2.4.1 AUSÊNCIA DE DEMANDA DO SERVIÇO

Como exemplo, foi citado os pedidos de Canabidiol, que segundo ele, são poucos, e bem pontuais, sendo pedidos esporádicos.

5.2.4.2 RISCO DE CONTRATAR E A DEMANDA AUMENTAR, COMPROMETENDO O ORÇAMENTO.

Outros procedimentos apesar de existir demandas, o ente prefere não disponibilizar por envolver alta complexidade, utilizando alta tecnologia e alto custo, caso ofertem, iria comprometer o orçamento, desta forma é preferível a judicialização.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O fenômeno de judicialização da saúde mostra-se complexo, mas ao mesmo tempo é possível a sua diminuição, para tanto, se faz necessário à atuação conjunta das instituições envolvidas (Município, Estado, União, Sistema de Justiça e seus operadores), bem como um treinamento conjunto de seus profissionais, determinando critérios e medidas a serem adotados na concessão destas demandas de alto custo individuais, do contrário, as estratégias de redução da judicialização tendem a falhar. Se faz necessário intensificar o método de resolução de conflitos e instaurar, de forma definitiva, a cultura do diálogo entre os órgãos envolvidos.

O Judiciário brasileiro, inicialmente tendeu a desconsiderar o impacto orçamentário de uma decisão judicial que obriga o sistema de saúde a fornecer um determinado tratamento. Para os juízes, em geral, questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão de gasto para este fim, bem como o não pertencimento do medicamento pedido às listas de medicamentos do SUS, não são razões suficientes para se denegar o pedido de um tratamento médico, que encontra respaldo no direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal. Mas deveriam ponderar o direito à Saúde individual x O direito à saúde coletiva em suas decisões. Atualmente já se mostram bem mais preocupados com a questão visto que a quantidade de processos que abarrotam os tribunais está afetando também seus trabalhos bem como seus próprios orçamentos.

O que se percebe na prática, é que a judicialização leva a decisões que concedem procedimentos não previstos em contratos e leis e que decorrem de demandas muitas vezes equivocadas, causando desorganização no sistema, desequilíbrio orçamentário do setor, além da desigualdade de direitos.

Apesar da competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde, como consta no art. 23, II, da Constituição. O que lhes impõem responsabilidade solidária pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade, os Estados e Municípios acabam sendo os entes mais penalizados por prestarem diretamente os serviços de saúde à população.

Por fim, constatou esta pesquisa que a população de nosso município acaba por ser a mais prejudicada diante deste fenômeno, uma vez que não há

previsão no orçamento municipal de qualquer valor para este fim, com isso o que é feito na verdade pelo gestor é deixar de disponibilizar serviços que estavam orçados para os cidadãos, controlando as despesas pela oferta e não pela demanda, diante da escassez dos recursos, desta forma, as unidades de saúde sofrem com a falta de medicamentos, insumos e até profissionais, por falta de pagamento aos fornecedores e empresas contratadas em virtude dos recursos sequestrados pelas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Suhrkamp Verlag, 1986. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 5.ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

ALVARENGA **Teoria dos princípios: da definição à aplicação...** Rev. Fac. Dir. | Uberlândia, MG | v.46 | n.1 | p.157-185 | 162 jul./dez. 2018 | ISSN 1982-4513.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ARANTES, Renato Harlens. **A origem e a evolução histórica sobre a seguridade social brasileira**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43559/a-origem-e-a-evolucao-historica-da-seguridade-social-brasileira>>. Acesso em 02 de nov. 2020.

BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (coord.); COUTO, Mônica Bonetii (org.). **Comentários ao pacto internacional dos direito econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Clássica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>
Acessado em: 02 de jul. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Parecer s/n.º. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro (63), 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Assistência farmacêutica**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/assistencia-farmacautica/sobre-a-assistencia-farmacautica>> Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **8ª conferência nacional de saúde**. Relatório final, 2011. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 02 de nov. de 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Estrutura do SUS**. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>>. Acesso em 12 de jun. de 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.** Disponível em:

<http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em 24 de mai. de 2018.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Responsabilidade dos Entes.** Disponível em:

<<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>>. Acesso em 23 de mai. de 2018.

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

COELHO DE SÁ, M. **Risco moral e seleção adversa de beneficiários no mercado de saúde suplementar** In: XXXII ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO. Anais... Bento Gonçalves, 2012.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Diário oficial da república federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos

18 de março de 2019 Notícias CNJ. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/> >. Acesso em: 03 jul. 2020.

Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Disponível em:

https://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_difusos,_coletivos_e_individuais_homog%C3%AAneos > Acesso em: 02 jul. 2020.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. **Judicialização do direito à saúde: prós e contras.** In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). **Direito à Vida e à Saúde.** São Paulo: Atlas, 2010.

Gastos da união com judicialização da saúde cresceram 4.600% em dez anos.

Disponível em: <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/gastos-da-uniao-com-judicializacao-da-saude-cresceram-4600-em-dez-anos-23684050>
Acesso em 12 de jun. de 2020.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**, 14.^a ed., São Paulo: Atlas, 2007, pág. 83.

JUDICIALIZAÇÃO, **ativismo judicial e legitimidade democrática.** Thesis, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012. p. 25. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> >. Acesso em: 14 jun. 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: **Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/> > acessado em 20 de nov. de 2020.

LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acessado em 02 jul. 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde: um direito fundamental social individual**. Revista Brasileira de Direito da Saúde 1, 2011. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/saude_um_direito_fundamental_social_individual.pdf. Acesso em 15 de nov. de 2020.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva 2014.

MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. **Judicialização da Saúde: causas e consequências. Programa de Pós-graduação em vigilância sanitária**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-marcella-lobo-arruda-de-oliveira-santos>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OHLAN, Luciana. **A responsabilidade solidária dos entes da federação no fornecimento de medicamentos**. Direito & Justiça. v.36. n.1, jan./jun, 2010.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito a saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em www.dpu.gov.br. Acesso em 02 de jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição. Nova Iorque, 1946**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 02 de jul. 2020.

SANTOS L, TERRAZAS F. **Judicialização da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23° ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 210.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. **Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy**. Revista de Teorias da Justiça, da

Decisão e da Argumentação Jurídica. V.1. N.2. Minas Gerais, 2015. P. 177-193.

SODRÉ, Habacuque Wellington. **As deficiências da atuação legislativa como fator de ativismo: hipertrofia e omissão legislativa. Uma análise da sociologia jurídica sobre o caso brasileiro de ativismo judicial.** DPU nº43 – Seção Especial: teorias e estudos científicos. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/download/2057/1084>>. Acesso em: 17 Out. 2020.

STROZENBERG, Flora; LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto. **Políticas públicas de saúde no Brasil: gestão e judicialização.** Rio de Janeiro: Altadena, 2016. p. 310-334.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lucia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Physis: Revista de Saúde Coletiva. Vol.20. N.1. Rio de Janeiro, 2010.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice.** Basic Books, 1983.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas.** Revista de Processo, n. 193, 2011.

WERNECK VIANNA, L. J. & BURGOS, M. **Revolução processual do direito e democracia progressiva.** In: VIANNA, L. W. (org.). Democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

WHO (World Health Organization), 1997. **The Use of Essential Drugs. Seventh Report of the WHO Expert Committee (including the revised Model List Essential Drugs), WHO Technical Report Series 867.** Geneva: WHO, citado por ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de. **Medicamentos de alto custo: causas, considerações jurídicas e possíveis soluções.** 2013. 82 f. Monografia/Graduação – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2013. P. 15.

ANEXO I – QUESTIONÁRIO APLICADO AO GESTOR MUNICIPAL

De: Josildo Fernandes de Medeiros, Aluno do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB (083 98879-7552)

ATT: Felipe Gadelha (Subsecretário de finanças e Gestor da saúde municipal da PMCG).

REQUERIMENTO

Como tinha mencionado anteriormente, estou desenvolvendo o Trabalho de conclusão de curso – TCC, do Bacharelado em Direito na Universidade Estadual da Paraíba, referente ao TEMA: **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS SOBRE OS ORÇAMENTOS PÚBLICOS, com recorte específico de** Investigar como a judicialização da saúde afetou o orçamento público da saúde do Município de Campina Grande, no lapso temporal de 2015 a 2019.

Nas últimas décadas tem-se verificado um aumento exponencial, deste tipo de procedimento judicial (**Demandas judiciais relativas à saúde para o fornecimento de medicamentos/procedimentos médicos de alto custo aos cidadãos**), implicando na necessidade de ponderar quais os prováveis fatores que tem proporcionado esse aumento da judicialização da saúde em nosso país e, além disso, quais as consequências orçamentárias para os entes federativos, em especial os subnacionais, responsáveis pela concretização deste direito fundamental. Sabemos que esse problema é potencialmente amplificado nos Municípios devido a maior proximidade com os indivíduos e as seríssimas restrições orçamentárias.

Neste contexto, surge a necessidade de investigar e compreender como a judicialização da saúde impacta os orçamentos públicos municipais, e como esse fenômeno ocorre no Município de Campina Grande.

Para tanto, se possível pedimos que nos forneçam algumas informações acerca da questão problema, quais sejam:

1 - Quais os motivos que tem levado o cidadão a judicializar estas demandas em face do nosso município, existe políticas públicas para o tratamento destas, antes de serem levadas à justiça, ou algum procedimento específico para dispensação de medicamentos/procedimentos médicos de alto custo? Existe um órgão responsável neste sentido?

2 - Sabemos que são expedidos, mediante decisões judiciais, mandados de sequestro de valores nas contas do município com a finalidade de garantir o direito à saúde de indivíduos que ingressaram na justiça, estes são direcionados especificamente à conta da saúde ou são genericamente direcionados às contas da PMCG?

3 - Quando ocorre o sequestro de valores nas contas da PMCG, pelas instituições bancárias, atendendo às solicitações da justiça, qual o efeito causado ao orçamento previamente aprovado pelo município, em especial ao da saúde municipal?

4 - Quais os valores em moeda corrente nacional do orçamento municipal destinado à saúde nos anos de 2015 a 2019, e quais os valores deste orçamento que foram utilizados para atender a estas demandas no mesmo período?

5 - Como os gestores lidam com estes valores sequestrados judicialmente, são remanejados recursos de outras fontes para suprir estes e assim cumprir o orçamento previamente definido ou algumas atividades da saúde municipal acabam por ser prejudicadas para a coletividade em função da redução destes valores pelas referidas decisões judiciais para assegurar o direito à saúde de alguns indivíduos? Via de regra deixa de pagar fornecedores e compromete os recursos próprios para compensar em alguns casos.

6 - Quais medidas/providencias têm sido adotadas pela gestão municipal com a finalidade reduzir estas demandas e seus efeitos no orçamento da saúde em nosso município?

7 - Estas demandas em sua maioria tem origem em escritórios de advogados particulares ou através da defensoria pública estadual?