

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

BEATRIZ CANTANHEDE CARVALHO

O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE: o impacto das decisões judiciais no orçamento público

São Luís/MA

2017

BEATRIZ CANTANHEDE CARVALHO

O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE: o impacto das decisões judiciais no orçamento público

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

São Luís/MA

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Carvalho, Beatriz Cantanhede.

O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE : o impacto das decisões judiciais no orçamento público / Beatriz Cantanhede Carvalho. - 2017.

53 p.

Orientador(a): Alexsandro Rahbani Aragão Feijó.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Decisões judiciais. 2. Medicamentos. 3. Orçamento público. 4. Tratamentos de saúde. I. Feijó, Alexsandro Rahbani Aragão. II. Título.

BEATRIZ CANTANHEDE CARVALHO

O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE: o impacto das decisões judiciais no orçamento público

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Aleksandro Rahbani Aragão Feijó (Orientador)

1º examinador

2º examinador

RESUMO

Falhas no orçamento público, crise na saúde proporcionada pelo Estado, Judiciário abarrotado com processos em que as partes requerem tratamentos médicos, já oferecidos ou não pelo poder público. Seja pelo trabalho da imprensa, na divulgação dos diversos casos nesse sentido, seja pela atuação mais habitual e contundente do Poder Judiciário ou pela constante alegação de ausência de verbas, a discussão nunca esteve tão em destaque. Nesse sentido, o seguinte trabalho de pesquisa visa discorrer acerca dos impactos da atuação do Judiciário no orçamento público quando das decisões que concedem medicamentos e tratamentos médicos, considerando as leis orçamentárias, o campo de atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na tentativa de analisar as causas, consequências e possíveis soluções para a questão. Apresenta ainda pesquisa e análise jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Palavras-chave: Decisões judiciais; Medicamentos; Orçamento Público; Tratamentos de saúde.

ABSTRACT

Failures of the public budget, crisis in the public health system, Judiciary crammed with processes in which the parties require medical treatment, whether or not offered by the government. Whether the work of the press, disseminating the various cases, whether by the more habitual and forceful performance of the Judiciary or by the constant allegation of lack of funds, the discussion has never been so prominent. The following research aims to discuss the impact of the Judicial decisions on the public budget when the decisions, that grant medication and medical treatment, considering budget laws, the legislative, executive and judicial branches of government in an attempt to analyze the causes, consequences and possible solutions to the issue. It also presents research and jurisprudential analysis of the Federal Regional Court of the 1st Region.

Keywords: Judicial Decisions; Medicines; Public budget; Health treatments.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT	ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA
ANVISA	ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS
CF/88	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
DRU	DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO
EC	EMENDA CONSTITUCIONAL
IPCA	ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO
LDO	LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS
LOA	LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL
PPA	PLANO PLURIANUAL
SUS	SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
TRF	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais.....	11
2.2 As dimensões dos direitos fundamentais	12
2.3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	14
2.4 O Direito Social à Saúde na CF/88 e o Sistema Único de Saúde	17
3 ORÇAMENTO PÚBLICO E O CUSTO DA SAÚDE	20
3.1 Financiamento do Direito à Saúde	23
3.2 Direito à saúde, Reserva do Possível e escolhas trágicas	27
4 DIREITO À SAÚDE, DECISÕES JUDICIAIS E ORÇAMENTO	30
4.1 O Poder Judiciário e a Judicialização da saúde.....	31
4.2 Análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o forneci- mento de medicamentos e tratamentos de saúde	36
4.3 Os destinatários da judicialização da saúde	40
4.4 Os impactos da judicialização no orçamento público.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 é caracterizada pela afirmação de uma gama de direitos, seja em decorrência dos significativos anos em que as liberdades individuais e sociais foram aniquiladas no país, seja pela nova ordem mundial após a queda do muro de Berlim, que implantou valores de integração social, política e econômica.

Os direitos fundamentais foram incorporados à Carta Magna e passaram a ser afirmados pela via legislativa, consumados pela via executiva por meio de serviços públicos, e controlados jurisdicionalmente.

Note-se que os direitos estão intimamente relacionados com tributação e orçamento, mesmo aqueles que dependem da abstenção de controle do Estado e principalmente os que dependem de ações positivas, os chamados direitos sociais, haja vista que todos os direitos possuem custos. Tais custos, de acordo com o princípio da solidariedade, devem ser distribuídos por toda a sociedade, independentemente do uso dos serviços e assistências fornecidos pelo Poder Público.

Apesar da repartição de custeio dos direitos sociais, os recursos são finitos, não conseguindo atender a todas as demandas, em especial na área da saúde. Em decorrência disso, é numerosa a quantidade de ações que buscam a tutela jurisdicional para ter acesso a certos tratamentos e medicamentos, surpreendendo o Poder Público com custos que podem estar além dos limites do orçamento e da reserva do possível.

Registre-se que a intervenção e a competência do Poder Judiciário devem ser analisadas, haja vista que, tratando-se de um Estado democrático de direito, o Judiciário é concebido com a função de resguardar os direitos e controlar a atividade estatal. Por outro lado, deve-se considerar que a matéria orçamentária é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, além da inação, incapacidade ou irresponsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo não autorizarem a atuação do Judiciário.

Registre-se que a judicialização é um fenômeno que se manifesta em todos os direitos sociais, como educação, trabalho e moradia, porém torna-se mais relevante no direito à saúde, considerando a vasta quantidade de demandas e a quase sempre preponderante concessão dos pleitos.

Sob estes aspectos, o primeiro capítulo irá abordar os direitos fundamentais, destacando sua evolução histórica e a classificação destes em diferentes momentos históricos. Discorre-se, ainda, sobre tais direitos no contexto pátrio, mais especificamente na Constituição

Federal de 1988, dando-se enfoque ao direito à saúde e ao modelo de concretização, o Sistema Único de Saúde.

O segundo capítulo, tratará sobre as características do orçamento público, ressaltando as formas de financiamento e custeio do direito à saúde, bem como a relação entre a saúde, reserva do possível e as escolhas trágicas.

No terceiro capítulo será analisada os possíveis impactos das decisões judiciais referentes à saúde no orçamento público, bem como as atribuições do Judiciário e as principais conclusões quando do estudo desse movimento. Por fim, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, durante o período de um ano, serão analisados os principais destinatários da judicialização e os principais argumentos da Administração Pública que são rejeitados pelos tribunais.

O presente trabalho não tem o escopo de ser um estudo detalhado do orçamento público, mas busca uma análise de aspectos que comumente são ignorados quando o assunto é a judicialização da saúde.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A disposição dos direitos fundamentais na Carta Magna de 1988 demonstra que a evolução do Direito Constitucional deu fruto a uma preocupação com os valores mais estimados para a existência humana, bem como à necessidade de positivizar tais garantias em documentos supremos do ordenamento jurídico¹.

No que se refere ao conceito dos direitos fundamentais, Fernandes² aduz que não há facilidade em estabelecê-lo. Mendes e Branco³ compartilham desse julgamento, considerando como os principais motivos a ampliação dos direitos fundamentais em cada momento histórico e a ausência de estrutura normativa única.

Apesar da dificuldade, Sarlet⁴ aduz que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos reconhecidos e positivados constitucionalmente por determinado Estado. Mendes e Branco⁵ entendem os direitos fundamentais como “núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana”, sendo a Constituição onde se deve positivizar essa vontade.

Para Fernandes⁶, tais garantias podem ser vistas como direitos de defesa em face do Estado, como garantias positivas para o exercício das liberdades, além de servirem como instrumentos para assegurar a efetivação de outros direitos, de modo que o cidadão pode acionar o Poder Judiciário para tal fim⁷.

Nesse sentido, os direitos fundamentais exercem diferentes funções, seguindo os parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência alemãs e sendo também incorporados pelo direito luso-espanhol, como os direitos de defesa e direitos políticos.⁸ Antes da relação das decisões judiciais, saúde e orçamento ser abordada, importante tratar sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, suas dimensões e sua abordagem dentro da Constituição Federal de 1988, dando destaque ao direito social à saúde.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 190.

³ MENDES, BRANCO, op. cit., p.139.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2015, p. 26.

⁵ MENDES, BRANCO, op. cit., p. 135.

⁶ FERNANDES, op. cit., p. 190.

⁷ Entendimento que será abordado com mais afinco posteriormente.

⁸ SARLET, op. cit., p. 25.

2.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais

Assim como o conceito de direitos fundamentais, o seu surgimento também é alvo de discussões. Sabe-se que, apesar da sua consolidação não ter ocorrido na Antiguidade, a filosofia e a religião foram suas grandes motivadoras. Note-se que do cristianismo e da doutrina greco-romana obteve-se a ideia de igualdade de todos os homens em dignidade e unidade destes.⁹

Na Idade Média também foram criados postulados suprapositivos, ou seja, direitos naturais inerentes à existência humana digna. A figura de São Tomás de Aquino se destaca, com a compreensão da igualdade dos homens perante a Deus e com a garantia do direito de resistência da população contra os governantes, em caso de ofensa ao direito natural da população.¹⁰

No século XIII, a Magna Carta serviu como motivadora de direitos, apesar de seu cunho estamental. A doutrina reconhece sua importância ao motivar direitos como o *habeas corpus*, o direito à propriedade, o devido processo legal, além de ser a origem de direitos como a liberdade de locomoção e a proteção contra a prisão arbitrária.¹¹ Nesse contexto, durante o Renascimento, Mirandola defendeu a compreensão dos direitos naturais, inerentes à sua condição humana:

Personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.¹²

Ademais, as teorias contratualistas e o iluminismo acarretaram em um processo de laicização dos direitos naturais, inspirando H. Grócio a afirmar a validade universal de tais garantias, independentemente de religião, assim como Hugo Donellus a garantir que o direito à vida, à integridade corporal e à imagem estão inseridos nos direitos à personalidade. Registre-se que Johannes Althusius assegurava o direito de resistência para a proteção das liberdades e a submissão à autoridade apenas por delegação do próprio povo.¹³

Note-se que a evolução das garantias se deu no plano intelectual e positivo. Nos séculos XVI, XVII e XVIII, especialmente nestes dois últimos, a doutrina jusnaturalista alcançou o seu apogeu com a teoria contratualista, ao mesmo tempo em que ocorreu o processo de laicização do direito natural, tendo seu ponto culminante no iluminismo. Aponta-se a

⁹ Ibid, p. 26.

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibid, p. 28-29.

¹² K. Stern, in: HBStR V, p. 6., *apud*, SARLET, *ibid*, p. 26.

¹³ Ibid, p. 27.

importância de Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes e John Milton no século XVII, este último postulando a liberdade de expressão e de imprensa, além da tolerância religiosa.¹⁴

Destaca-se que Lord Edward Coke, quando da discussão da *Petition of Rights*, sustentou a existência de direitos fundamentais, como a proteção contra prisão arbitrária e o direito de propriedade. Nesse contexto, Locke reconheceu a existência de direitos naturais e inalienáveis do homem, como à vida, liberdade, propriedade e resistência.¹⁵

A Reforma Protestante e as diversas guerras religiosas tiveram papel essencial na consolidação dos Estados modernos e do absolutismo monárquico contribuindo, assim, na laicização do direito natural e no individualismo liberal burguês, que, segundo H.P. Schneider¹⁶, acabaram por conceber os direitos fundamentais. Note-se que não há como considerá-los como verdadeiros direitos fundamentais, pois poderiam ser suspensos a qualquer tempo pelos monarcas.

Sarlet¹⁷ aponta que a discussão acerca da origem dos direitos fundamentais gira especialmente em torno da Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e da Declaração Francesa, de 1789. Ocorre que foi na primeira que os direitos naturais do homem foram positivados, adquirindo status constitucional e vinculando todos os poderes públicos. De igual importância tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Torna-se claro que os direitos fundamentais se modificam de acordo com a época, sendo fruto da maturação da própria condição humana. Registre-se que toda a evolução dos direitos fundamentais acarretou a formação da primeira dimensão de direitos e, conseqüentemente, das demais dimensões.

2.2 As dimensões dos direitos fundamentais

A ideia das dimensões, ou gerações, dos direitos fundamentais só ganhou relevo quando estes passaram a ser positivados nas Constituições dos Estados, a partir do reconhecimento de necessidades básicas à existência humana e da evolução das ideias de dignidade e liberdade. Tais fatos decorreram da industrialização e descolonização, bem como da consolidação do Estado de Direito, culminando com a primeira geração dos direitos fundamentais.

¹⁴ SARLET, op. cit., p. 27.

¹⁵ Idem.

¹⁶ H.P. Schneider, in: REP n° 7 (1979) *apud* SARLET, Ibid, p. 29.

¹⁷ Ibid., p. 30.

A primeira geração marca o reconhecimento dos direitos fundamentais, com status constitucional material e formalmente. Tais direitos foram adquiridos com a abstenção do Estado, criando-se obrigações de não fazer e não intervir na existência do homem individualmente considerado. Nesse sentido, Mendes e Branco entendem que estes direitos se “referem a liberdades individuais, como da consciência, de reunião, e à inviolabilidade do domicílio (...) em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais”¹⁸.

Ocorre que o crescimento demográfico, aliado à abstenção estatal, e frente aos problemas sociais intensificaram as desigualdades entre os indivíduos, não sendo o reconhecimento formal dos direitos suficiente para a sua efetivação. A população, assim, reivindicou um papel ativo do Estado, a fim de superar os males do antigo ideal absenteísta. A máquina estatal então passou a interferir na esfera econômica e orientar ações a fim de obter a justiça social.

Nesse contexto, surgem os direitos de segunda geração, “por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos”¹⁹. Dentre os direitos de segunda geração, é possível citar o direito à saúde, educação e trabalho²⁰, ou seja, direitos relacionados ao ideal de justiça social.

Os direitos de terceira geração, por sua vez, tem um caráter coletivo e são chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade²¹. Como exemplo, aponta-se o direito à paz e a um meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, Mello destaca em seu voto que:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.²²

Os direitos fundamentais de primeira geração, deste modo, são realizados na esfera individual do sujeito, dirigidos à proteção do homem contra as intervenções do Estado. Os direitos de segunda geração, por sua vez, são a garantia de direitos sociais aos indivíduos e os

¹⁸ MENDES, BRANCO, op. cit., p. 137.

¹⁹ Idem.

²⁰ CF, art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 92.

²² STF – Pleno – MS no 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

de terceira geração possuem feição coletiva. Note-se que os direitos de primeira dimensão são fornecidos indistintamente aos indivíduos, enquanto os de segunda direcionam-se aos grupos mais fragilizados.

Registre-se que o que pode ser modificado é a extensão de um determinado direito ou mesmo o seu enfoque, não ocorrendo a sua extinção. Nesse sentido, aduzem Mendes e Branco:

Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais. [...] A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com o das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão.²³

Deste modo, torna-se claro que os direitos fundamentais passaram por uma evolução. Modificaram-se os direitos, não para excluir os de primeira geração quando da criação dos de segunda ou terceira, mas para expandi-los, demonstrando a natureza complementar destes.

2.3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

No que se refere aos direitos fundamentais no contexto pátrio, as primeiras Constituições foram marcadas pela importação de valores. A diversidade da população foi ignorada, sendo impossível identificar a conformidade entre o texto constitucional e a realidade da época, o que impediu a formação do que se denomina de sentimento constitucional.²⁴

Gonçalves²⁵ aduz que as Constituições de 1824 e 1891 eram meros estatutos de domínio do governo, sem garantias de liberdade e sem instrumentos jurídicos de controle do poder. Note-se que a Constituição de 1934, apesar da criação do Título à Ordem Econômica e Social, não preservava as garantias elencadas, ainda sendo subjugada às vontades do governante.

Apesar da Carta de 1937 outorgar alguns direitos sociais, a violência do Estado impedia qualquer hipótese de construção coletiva para a conquista destes. A Constituição de 1946, mesmo com as garantias e a possibilidade de participação popular, teve sua concretização

²³ MENDES, BRANCO, op. cit., p. 138.

²⁴ VERDÚ, Pablo Lucas, 1985 *apud* GONÇALVES, op. cit., p. 86.

²⁵ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais*. 3. ed. rev. e atual. até a EC 71/2012. Curitiba: Juruá, 2013, p. 47

impedida pela falta de apoio da população para pressionar o governo a fazer as reformas necessárias, de modo que foi substituída posteriormente por Constituições militares.

As Constituições de 1967 e 1969 foram estatutos políticos de governo que excluíram as liberdades civis. Os direitos sociais “continuaram submetidos à lógica tutelar paternalista e residual, que, no vácuo da democracia, passaram a ser vistos como instrumentos de cooptação e, quando necessário, de legitimidade do regime militar”²⁶.

Decorridos mais de 20 anos sob um regime ditatorial, a população cobiçava participação política, liberdade, pacificação e integração social. Promulgada em 27 de novembro de 1985, a Emenda Constitucional nº 26 convocou a Assembleia Nacional Constituinte para, no dia 5 de outubro de 1988, promulgar a mais nova Constituição Federal.

A Constituição de 1988 é marcadamente compromissória, receptiva a novos direitos, contudo, manteve os que já se encontravam positivados, de modo a atender reivindicações diversas da época²⁷. Ressalta-se ainda o seu caráter programático, ou seja, além de dispor sobre o estatuto de poder, traça metas e objetivos para a atividade estatal.

O status jurídico dos direitos fundamentais passou a ser reconhecido nesta Constituição. Note-se que a disposição destes, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, demonstra que foi atribuído caráter superior e interpretativo aos direitos fundamentais.

Dentre as características destes direitos, pode-se afirmar que eles são diretamente aplicáveis, de modo a vincular imediatamente as entidades públicas e privadas²⁸. É comum ouvir-se falar que os direitos fundamentais são universais e absolutos. O caráter universal, entende-se correto, considerando que todas as pessoas possuem direitos, porém alguns se destinam apenas a determinada classe social, como as normas que afirmam as garantias dos trabalhadores.

Por outro lado, o caráter absoluto tem sido questionado. Mendes e Branco²⁹ aduzem que apesar de tais normas encontrarem-se em grau máximo de hierarquia, dizer que elas não toleram restrições é sinônimo de sua prevalência sobre qualquer outro interesse social ou estatal,

²⁶ Ibid, p. 97.

²⁷ “Na verdade, o texto constitucional refletiu a disputa de hegemonia entre as classes dominantes e os trabalhadores, já que contemplou avanços como a inclusão dos direitos sociais e políticos, mas que manteve fortes traços conservadores como a manutenção de prerrogativas do Executivo (como, por exemplo, a edição de medidas provisórias e a competência para tratar de assuntos sobre a ordem econômica do país)” (Cf. SOUZA, Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de. Direito à saúde e Orçamento público: o protagonismo político do Poder Judiciário no cenário maranhense (2011 a 2014). Disponível em: < <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/804>>. Acesso em: 06 dez. 2017, p. 28.).

²⁸ SARLET, op. cit, p. 59.

²⁹ MENDES, BRANCO, op. cit., p. 143.

inclusive coletivos. Nesse contexto, Sanchis destaca que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”.³⁰

A ideia da não limitação dos direitos fundamentais não deve prosperar, considerando esta deve ocorrer por meio de outros valores da ordem constitucional, inclusive de outros direitos fundamentais. Pode-se citar a limitação do direito de propriedade em face do interesse público, necessidade ou utilidade pública, conforme art. 5º, inciso XXIV, bem como a limitação do direito à vida em caso de uma guerra declarada, de acordo com o artigo 5º, XLVII, ambos da CF/88.

Outrossim, entende-se a inalienabilidade dos direitos como a impossibilidade de dispor dos mesmos, nem por meio jurídico, tornando impossível para o seu titular impedir o seu próprio exercício. No que se refere à indisponibilidade, eles intentam preservar a vida biológica do homem, bem como a sua liberdade de decisão. Registre-se que a indisponibilidade não significa que tais direitos não possam ser restringidos frente a um motivo tolerado pela ordem constitucional.³¹

Por fim, destaca-se a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. O Poder Legislativo deve manter sua atividade legiferante em concordância com as normas constitucionais, em especial com os direitos fundamentais. A não vinculação da atividade do Executivo a esses direitos torna nulo os atos praticados, em que inclusive os atos discricionários devem respeitar os limites e interpretações dos mesmos. Enquanto ao Poder Judiciário cabe defender os direitos constitucionais ameaçados ou violados.

No que se refere aos direitos sociais, em que está inserido um dos objetos deste trabalho, passaram também a ser acolhidos em capítulo próprio, haja vista que anteriormente se encontravam dispostos no capítulo da ordem econômica e social. Registre-se que eles foram incluídos no rol de “cláusulas pétreas”, de modo que não podem ser excluídos pelo poder Constituinte derivado. Desta feita, tais características buscam dar maior efetividade aos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos dispostos na Carta Magna.

³⁰ SANCHIS, Luis Prieto. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1994, p. 23 apud MENDES, BRANCO, Idem.

³¹ MENDES, BRANCO, op. cit., p. 146.

2.4 O Direito Social à Saúde na CF/88 e o Sistema Único de Saúde

Após análise dos direitos fundamentais, torna-se necessário destacar aspectos relevantes do direito social à saúde na CF/88. Conforme se depreende do artigo 194³², o direito à saúde está inserido em um conceito mais abrangente, o de Seguridade social, sendo a mesma composta por três segmentos: saúde, previdência e assistência social.

A Seguridade Social surgiu como a tentativa do Regime Militar de conter as revoltas contra o golpe e se legitimar no poder, sendo primeiramente uma previdência complementar privada e assistência médico-social, também privatizada³³.

Na CF/88, o direito à saúde encontra-se disposto no art. 6º, porém só será tratado de forma concreta no art. 196³⁴. A saúde é um direito de todos, individualmente e coletivamente considerados, independente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além de ser um dever compartilhado por todos os entes federativos, compreendendo assim a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desse modo, o modelo de saúde elencado pela CF/88, ao garantir a universalidade de acessos, visa a redução das desigualdades na oferta do cuidado à população.

Sendo um direito social, a concretização do direito à saúde ocorre com prestações positivas do Estado, as políticas sociais e econômicas. De acordo com Scaff e Nunes³⁵, tais políticas são um conjunto encadeado de ações impostas ao Poder Público a fim de concretizar um direito. Nesse mesmo sentido, Comparato³⁶ entende por políticas públicas o conjunto dos mais variados atos, a serem realizados a longo prazo, a fim de efetivar um interesse público.

³² CF, art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

³³ SOUZA, op. cit., p. 26.

³⁴ CF, 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**. (grifo nosso)

³⁵ SCAFF, Fernando Facury; NUNES, Antônio José Avelãs. Direito à Saúde e os Tribunais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2015, p. 78.

³⁶ “Uma política pública não é um ato isolado, nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste numa atividade, conceito técnico elaborado pela mais recente teoria jurídica. Trata-se, com efeito, de uma série de atos, do mais variado tipo, unificados pela comunhão de escopo e organizados num programa de longo prazo. A doutrina jurídica tradicional, tanto nos países de *civil law* (Europa Continental e suas antigas colônias) quanto nos de *common law* (Inglaterra e suas antigas colônias), desde o direito romano, ocupou-se quase que exclusivamente de atos isolados: contratos, testamentos, matrimônio, adoção, nomeação e demissão de funcionários públicos, e assim por diante. Foi só recentemente, em razão do desenvolvimento da economia de massa, que começaram a ser elaboradas regras jurídicas específicas sobre desenvolvimento de atividades, como organização do serviço público ou exploração empresarial”. (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334-335).

Feijó³⁷ entende que as políticas públicas são vitais na relação com o Estado Constitucional, de modo que, com a concretização destas a força normativa da Constituição também o é. O Estado de Direito, deste modo, torna-se integral, pleno e produtivo. Aduz ainda que as políticas públicas são como “mecanismo efetivo de gestão pública, que não se desenvolve em uma só ação governamental”, mas em um conjunto delas.

Mendes e Branco³⁸ ressaltam que os direitos irão se concretizar por meio de políticas públicas que visam a assistência coletiva e ações específicas direcionadas aos indivíduos. Registre-se os problemas referentes à implementação e prosseguimento de tais políticas, especialmente no que se refere à questão orçamentária e à ausência de legislação que determinem seu funcionamento, assunto que será abordado em capítulo próprio.

O objetivo dessas ações, segundo a Carta Magna, é reduzir o risco de doenças e de outros agravos, ou seja, possui intuito preventivo. Ademais, o sistema de saúde deve oferecer um acesso universal e igualitário, independente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS) como o modelo de concretização do direito à saúde. O SUS é uma rede regionalizada, hierarquizada, descentralizada, com atendimento integral, que prioriza as atividades preventivas e garante a participação da comunidade.³⁹ Rompeu-se, assim, com o modelo contributivo previdenciário anterior, criando um modelo de saúde universal e vinculando-o ao conceito de cidadania e de seguridade social.

A atuação regionalizada do sistema de saúde é considerada fundamental para a organização do atendimento e execução dos serviços de acordo com as necessidades específicas de cada aglomerado, delimitando os espaços específicos para as ações de saúde.

A descentralização implica a transferência de recursos financeiros e gestão administrativa da União para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Note-se a necessidade de coordenação entre os entes federativos, objetivando uma gestão articulada e eficaz. Essa característica é fruto do federalismo cooperativo adotado pela CF/88, a fim de que as metas sejam cumpridas de maneira mais eficiente.

³⁷ FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. As leis do orçamento como instrumento técnico-financeiro de controle para efetivação de políticas públicas de acessibilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 59.

³⁸ MENDES, BRANCO, op. cit., p. 644.

³⁹ Art. 198, CF. 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.

Destaca-se que União, Estados e Distrito Federal legislam concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde, cabendo aos Municípios prestarem os serviços de atendimento à saúde, com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, ou seja, a prestação da saúde é basicamente municipalizada.

Para Souza, municipalizar o serviço de saúde significa transferir às cidades a competência e os recursos financeiros para que tais entes federativos consigam exercer plenamente “as funções de coordenação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação da saúde local, controlando os recursos financeiros, as ações e os serviços de saúde prestados em seu território”⁴⁰.

No que se refere à hierarquização, pode-se entender como a organização das unidades de atendimento de acordo com a complexidade destes, em que alguns estabelecimentos de saúde prestam serviços específicos e de referência. A integralidade se reflete nesse mesmo sentido, como a assistência em diferentes níveis de complexidade, seja básica, média ou alta, além de serviços de emergência, em caráter preventivo ou curativo, coletivo ou individual.

O texto constitucional elenca atribuições ao SUS, dentre elas, o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados, dentre outros insumos.

No plano infraconstitucional, o SUS é disciplinado pelas Leis Federais nº 8.080/90 e nº 8.142/90, sendo conceituado como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”⁴¹, destacando-se a descentralização do modelo, bem como sua regionalização.

A Lei nº 8.080/90 determina a forma de organização e funcionamento do SUS, estabelecendo a estrutura, modelo operacional, atribuições e os princípios que orientam a atuação. Ademais, determina a competência de cada ente federativo, definindo uma atuação basicamente municipalizada, em decorrência da regionalização do modelo de saúde aplicado.

⁴⁰ SOUZA, op. cit., p. 54.

⁴¹ Art. 4º, Lei nº 8.080/1990.

3 ORÇAMENTO PÚBLICO E O CUSTO DA SAÚDE

Sabe-se que todos os direitos possuem custos, e mesmo aqueles de cunho genuinamente subjetivos, dependem de recursos financeiros para a sua concretização. Holmes e Sustain aduzem que os direitos não podem ser garantidos ou protegidos sem o apoio financeiro do governo, em que o simples direito de ir e vir exige investimentos em segurança pública e em infraestrutura, assim como a liberdade de expressão possui tantos custos quanto o direito de moradia.⁴²

A CF/88 adotou o modelo do Estado Social. Ampliou-se o rol de direitos fundamentais, ainda que estes reclamassem grandes investimentos e o contexto internacional estivesse caracterizado pelo controle dos gastos públicos. Fez-se necessário assim, que o governo investisse em estrutura e organização, a fim de assegurar a concretização dos direitos.

Os direitos sociais, como prestações positivas do Estado, requerem volumosos investimentos do poder público, bem como disciplina na aplicação desses recursos⁴³. Torna-se essencial então, que se faça um estudo dos direitos sociais atrelados ao Direito Financeiro, área que analisa como o Estado arrecada, gasta e organiza essa relação por meio de seu orçamento. Nesse sentido, Furtado aduz que:

É a atividade financeira que, de acordo com Rubens Gomes de Sousa, se desenvolve fundamentalmente em três campos: a receita, isto é, a captação de recursos, quer sejam obtidos por imposição, quer sejam criados diretamente pelo Estado; a gestão, que é a administração de tais recursos e a conservação do patrimônio público; e a despesa, ou seja, o emprego desses recursos para a realização dos fins visados pelo Estado.⁴⁴

Dentre os demais conceitos essenciais para esta análise deve-se acrescentar as renúncias fiscais, que são os percentuais de receitas que o governo abre mão, a fim de que estes sejam investidos pelos particulares no bem-estar da sociedade; o crédito público, que nada mais é que atribuir a uma geração o pagamento da conta; bem como o orçamento público e o fundo público.⁴⁵

O fundo público é toda a alocação de recursos que serão utilizados para investimentos na economia, a fim de que sejam desempenhadas diversas funções. Está presente na realização de investimentos, além de ser uma fonte que viabiliza a reprodução da força de trabalho; ser responsável pela transferência de recursos sob a forma de juros de amortização da

⁴² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999, p. 15.

⁴³ FURTADO, J. R. Caldas. *Direito Financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 37.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ SCAFF, NUNES, *op. cit.*, p. 83.

dívida para o capital financeiro e por meio de funções indiretas do Estado, como subsídios e renúncias fiscais para empresas.⁴⁶

Entende-se que o fundo público é essencial tanto para as políticas sociais, quanto na esfera de acumulação produtiva. Assim, o orçamento nada mais é que a expressão mais visível do fundo público. Amaral e Melo *apud* Feijó afirmam que o orçamento não se restringe às escolhas prévias de prioridades, mas o controle de suas execuções, sendo capaz de garantir a continuidade de ações e investimentos de longo prazo⁴⁷.

Nesse sentido, o controle da atividade financeira do Estado é essencial para a concretização dos direitos, constituindo a base da atividade estatal. O orçamento público não consiste em simples meio de planejamento, mas orienta quais políticas devem ser priorizadas e quais devem ser postergadas, possuindo especialmente uma feição política.

Tal feição política pode ser constatada quando o governo federal, para possibilitar a execução de certos programas, como o Programa Brasil em Ação (PBA), em 1996, e o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), em 2007, modificou a forma de organização e gerenciamento do orçamento. Torna-se claro que a questão orçamentária é significativa na concretização das ações governamentais.⁴⁸

A Constituição Federal, em seu art. 165, I, II e III determina a edição de três leis orçamentárias: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa e o encaminhamento dos projetos de lei ao Legislativo para a sua aprovação, com ou sem emendas parlamentares individuais.

As emendas parlamentares individuais podem ser de apropriação, que acrescentam despesas ao projeto; de remanejamento, que realocam recursos de certas despesas para outras; e de cancelamento, suprimindo alguma despesa prevista no projeto original. Tais instrumentos são vistos como mais eficientes, considerando que os parlamentares conhecem melhor a necessidade de cada região, além desse condicionamento da aprovação do orçamento público pelo Legislativo ter por objetivo a democratização e transparência desse planejamento.

O plano plurianual (PPA) é elaborado de forma regionalizada, ou seja, nas esferas federal, estadual e municipal, sendo um modelo de planejamento a médio prazo. Por meio do PPA são estabelecidos objetivos e metas da administração pública, escolhendo-se investimentos

⁴⁶ SALVADOR, Evilasio. Fundo Público e o financiamento das Políticas Sociais no Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282010000400002>. Acesso em: 24 dez. 2017.

⁴⁷ AMARAL; MELO, 2008 *apud* FEIJÓ, 2013, p. 71.

⁴⁸ ABREU, Clair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003476122015000100073&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 26 mar. 2017.

relevantes, além de serem definidos programas de duração continuada, a fim de solucionar problemas ou demandas da sociedade nos quatro anos em que estiver vigente. Registre-se que nesse meio de planejamento não estão previstas despesas decorrentes da manutenção da máquina pública, sendo definidas apenas as que estão sujeitas à escolha da administração.⁴⁹

A lei de diretrizes orçamentárias (LDO) é um planejamento a curto prazo, indicando quais metas e projetos previstos no PPA terão prioridade e serão executados imediatamente por meio da Lei Orçamentária Anual. A LDO, assim como o PPA, deve ser elaborada pelas três esferas de governo, sendo de iniciativa do Chefe do Executivo e levada à tramitação no Legislativo.⁵⁰

Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) dispõe que a LDO tratará sobre o equilíbrio das receitas e das despesas; sobre normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; sobre o que se pode considerar como despesa irrelevante, a fim de dispensar procedimentos para a criação ou expansão de programas que culminem com o aumento de despesas, dentre outras atribuições.

O orçamento anual (LOA), por sua vez, é um planejamento imediato. Também de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, ele prevê receitas e fixa despesas, de modo a abranger o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos de empresas estatais e o orçamento da seguridade social⁵¹.

Deste modo, o PPA terá vigência de quatro anos, ou seja, até o final do primeiro exercício financeiro do mandato seguinte, devendo ser encaminhado até quatro meses antes do fim do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa. A LDO, por outro lado, tramita na Casa Legislativa nos primeiros seis meses do ano, vigendo no exercício seguinte.

Entende-se que as leis orçamentárias brasileiras têm um caráter autorizativo, não obrigando a realização das despesas previstas, mas proibindo o que por elas não estiver contemplado.

Além disso, existem diversas discussões quanto à natureza jurídica do orçamento, se consiste em lei formal, material, especial ou ato administrativo. A corrente majoritária define o orçamento como mero ato administrativo⁵². Por outro lado, para Furtado⁵³, o orçamento no

⁴⁹ FURTADO, op. cit., p. 116.

⁵⁰ Ibid, p. 118.

⁵¹ FEIJÓ, op. cit., p. 79.

⁵² SOUZA, p. 64.

⁵³ FURTADO, op. cit., p. 61.

Brasil adquiriu o *status* de lei formal, em decorrência principalmente do princípio da legalidade da despesa pública.

Adotou-se, ainda o conceito de orçamento-programa caracterizado por representar um elo entre o planejamento e as ações de governo; os recursos estão ligados ao alcance de objetivos e metas; além do controle do orçamento não ser restringido à legalidade, analisando-se a eficiência, a eficácia e a efetividade das ações governamentais, ao verificar os resultados; assim como as alocações de recursos serem realizadas de acordo com a avaliação das possibilidades existentes.

Torna-se claro que o orçamento é o instrumento de concretização dos programas de governo e assim, dos direitos sociais. O orçamento dos gastos públicos é utilizado como forma de controle das políticas, tanto para verificar a disponibilidade de recursos, quanto para analisar a capacidade de gestão orçamentária, entendida como a “organização do instrumento, os procedimentos para a sua elaboração e execução, a taxionomia dos dispositivos que o compõem e a atuação dos atores envolvidos no processo”⁵⁴.

Registre-se que a gestão orçamentária não é a abordagem do presente trabalho, que se restringe à disponibilidade de recursos para o setor de saúde. Considerando que a questão orçamentária foi elucidada, torna-se essencial abordar especificamente o financiamento da saúde.

3.1 Financiamento do Direito à Saúde

O SUS foi concebido para reduzir as desigualdades sociais e superar o já citado modelo privatista de saúde, garantindo o acesso de todos às ações preventivas e ao atendimento médico-hospitalar adequado, em especial para os grupos considerados vulneráveis e independentemente de renda e contribuições.

Mendes e Marques⁵⁵ apontam que desde a implementação do SUS sempre houve dois movimentos contrários simultâneos. Primeiramente o que se baseia no princípio da universalidade, implementado pela CF/88 e que afirma o acesso de todos às ações de saúde, frente à defesa da racionalidade econômica e da contenção de gastos, em combate ao déficit do orçamento público para assim proporcionar o alto superávit em todas as esferas estatais.

⁵⁴ ABREU; CÂMARA. op. cit.

⁵⁵ MENDES, Áquila; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS sob os “ventos” da financeirização. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n.3, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/630/63013535019/>>. Acesso em: 28 nov. 2017

A CF/88 estabelece que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De acordo com Furtado:

Integra também a lei ânuo o *orçamento da seguridade social*, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da Administração Direta ou Indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. Aqui serão contempladas, além dos recursos provenientes do orçamento fiscal, as receitas oriundas da arrecadação das contribuições sociais previstas no artigo 195 da Constituição Federal, que têm como objetivo o financiamento da seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à *saúde, à previdência e à assistência social*.⁵⁶

As fontes de financiamento são as contribuições sociais do empregador e das empresas sobre a folha de salários e rendimentos, sobre a receita e faturamento e sobre o lucro; do trabalhador e demais segurados da previdência social; receita de concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior.⁵⁷

Deste modo, as fontes de financiamento da seguridade social são a Contribuição Social sobre Folhas de Salário dos Empregados e Empregadores e Trabalhadores Autônomos; a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Empresas (CSLL); a Contribuição sobre o Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP). Registre-se que lei complementar também pode instituir outras fontes para a seguridade, desde que seja definido a fonte de custeio total.⁵⁸

O Governo também utiliza a Desvinculação de Receitas da União (DRU), para flexibilizar o orçamento da seguridade social. A DRU reduz a rigidez das alocações determinadas nas leis orçamentárias, em que o agente público tem a possibilidade de determinar a destinação final dos recursos.

A Lei nº 8.080/90 ainda estabelece outras fontes de custeio, como os recursos provenientes de alienações patrimoniais e rendimentos de capital, doações, multas e rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais⁵⁹.

A Carta Magna inicialmente não definiu os percentuais que deveriam ser aplicados na seguridade social. Definiu-se apenas a necessidade de uma lei complementar para a regulamentação dos percentuais, o que deixava um lapso quanto ao gasto mínimo a ser efetuado

⁵⁶ FURTADO, op. cit., p. 128.

⁵⁷ CF, art. 195.

⁵⁸ CF, art. 198, § 1º.

⁵⁹ Lei nº 8.080/90, art. 32.

nesse tipo de serviço. Deste modo, a LDO em cada exercício financeiro determinaria quanto do orçamento deveria ser destinado à saúde, previdência e assistência social.

Primeiramente foi criada a disposição constitucional transitória, o art. 77 do Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT), a fim de corrigir essa omissão, para definir que a União deveria aplicar, no ano 2000, em ações e serviços de saúde o importe que havia sido aplicado no exercício do ano de 1999, acrescido de 5%, e do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Os Estados e o Distrito Federal deveriam aplicar 12% da receita própria e das transferências obrigatórias, assim como Distrito Federal e os Municípios deveriam fazê-lo com o percentual de 15%.

A Lei Complementar nº 141/2012 manteve os percentuais definidos anteriormente. Ocorre que, através da Emenda Constitucional nº 86, promulgada em 17 de março de 2015, alterou-se os arts. 165, 166 e 198 da CF/88, determinando a execução obrigatória das emendas parlamentares individuais em 1,2% da receita corrente líquida do exercício anterior, em que metade do valor dessas emendas deveria ser destinado à saúde.

Ademais, foi definido que o percentual a ser aplicado anualmente pela União em ações e serviços na área da saúde não poderia ser inferior a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro⁶⁰, sendo este percentual atingido de forma progressiva. Deste modo, foi 13,2% em 2016, 13,7% em 2017, e será de 14,1% em 2018, 14,5% em 2019 e 15% a partir de 2020.⁶¹

As críticas quanto à Emenda Constitucional nº 86/2015 são centradas na redução dos valores destinados à saúde. Scaff⁶² define que os gastos obrigatórios com este setor foram “atacados a golpes de machado pela EC 86/15”, considerando que esse montante vem sendo reduzido a cada ano. O percentual de 13,2% aplicado em 2016 corresponde a valor inferior ao que foi aplicado em 2015, em que se estima uma perda de 10 bilhões de reais.⁶³

⁶⁰ CF, art. 198, § 2º.

⁶¹ CONSENSUS. Implicações da Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/consensus/implicacoes-da-emenda-constitucional-n-862015-para-o-processo-de-financiamento-sistema-unico-de-saude/>>. Acesso em: 25 dez. 17.

⁶² SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde pública vem sendo atacado pelo Direito Financeiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/contas-vista-direito-saude-publica-ven-sendo-atacado-direi-to-financeiro>>. Acesso em: 25 dez. 17.

⁶³ De acordo com a Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (Cofin) (DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. Direito a medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015. Brasília: INESC, 2016. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/textos/direito-a-medicamentos-avaliacao-das-despesas-com-medicamentos-no-ambito-federal-do-sistema-unico-de-saude-entre-2008-e-2015/view>>. Acesso em: 03 jan. 2018).

Registre-se que, com a EC 95/16, o artigo 110 do ADCT determinou que os gastos mínimos com a saúde passariam a constituir o teto, e que assim que este fosse alcançado, seriam corrigidos pela inflação, medida pelo IPCA e não pelo acréscimo econômico.

Outra questão importante que deve ser abordada quando do estudo do orçamento da saúde são as renúncias fiscais. De acordo com Scaff e Nunes⁶⁴, as renúncias fiscais “podem incluir imunidades, isenções parciais ou totais, redução de base de cálculo ou procedimentos semelhantes que visem à desoneração da incidência tributária comparativamente aos demais contribuintes”, ou seja, no não pagamento de um tributo ou o seu pagamento de forma reduzida.

O Brasil segue o modelo americano de isenções aos planos de saúde privados, isenções fiscais e subsídios aos empregadores. Ocké-Reis⁶⁵ entende que em decorrência desse modelo seguido, o Congresso Nacional evita negociações que possam fortalecer o sistema público de saúde, assim como ocorre nos Estados Unidos, produzindo o que ele chama de “cobertura residual e segmentada da saúde”. Mais uma vez, a face política do orçamento é manifestada.

Dentre as desonerações definidas pela CF/88 pode-se citar a concedida às entidades beneficentes de assistência social, que são isentas de contribuição para a seguridade social⁶⁶, assim como a não incidência de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre as receitas decorrentes de exportação⁶⁷. Ademais, deve-se destacar a possibilidade de dedução de despesas médico-hospitalares pessoais e de dependentes do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF).

Destaca-se que o governo também desonera impostos e contribuições de hospitais e empresas da indústria farmacêutica. Estes incentivos acabam por representar um custo de 31% de todas as despesas que o governo possui com a saúde, segundo informações do relatório do Banco Mundial⁶⁸, o que acaba por onerar demasiadamente as finanças públicas.

Ocké-Reis⁶⁹ aduz ainda que os subsídios ao setor privado dificultam a implementação do modelo, haja vista que os recursos financeiros que seriam arrecadados poderiam ser destinados à melhoria e ampliação dos serviços e medicamentos oferecidos.

⁶⁴ SCAFF, NUNES, op. cit., p. 91.

⁶⁵ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. SUS: o desafio de ser único. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012, p. 22.

⁶⁶ CF, art. 195, § 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

⁶⁷ CF, art. 149, § 2º, I. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

⁶⁸ Banco Mundial. Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil: Volume I: síntese. Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-síntese>>. Acesso em: 24 de nov. de 2017, p. 118.

⁶⁹ OCKÉ-REIS, op. cit., p. 26.

Após a análise do financiamento da saúde deve-se levantar algumas questões quanto a cobertura dos serviços e ações, considerando a disponibilidade orçamentária e a teoria da Reserva do Possível.

3.2 Direito à saúde, Reserva do Possível e escolhas trágicas

A completa garantia dos direitos sociais almejada pelos cidadãos e pela Carta Magna se choca com a disponibilidade de recursos financeiros, como verdadeiro exemplo do binômio possibilidade/necessidade. Deste modo, nem todos os direitos podem ser concretizados nos moldes idealizados pelos indivíduos, cabendo ao orçamento público conceder a orientação sobre quais políticas públicas devem ser priorizadas e quais devem ser postergadas.

A necessidade de se fazer escolhas é demonstrada pela reserva do possível⁷⁰. Essa teoria criada pelo Tribunal Constitucional alemão afirma que, em se tratando de direitos sociais prestacionais, faz-se necessário a utilização de recursos financeiros para a sua concretização, de modo que só pode ser concedido aquilo que o Estado possa custear, haja vista que os orçamentos possuem limites a serem observados. Cumpre destacar a elucidação de Scaff e Nunes⁷¹:

"Reserva do Possível" é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas públicas, que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo.

Para Torres⁷², entretanto, não se trata de mera restrição orçamentária. A autora entende que a reserva do possível também analisa se o que está sendo pleiteado pode ser exigido do poder público, ou seja, se há proporcionalidade.

Pierdoná⁷³ aduz que não seria necessário a aplicação da reserva do possível para o direito à saúde no Brasil, considerando que a CF/88 afirma não ser possível a criação, majoração

⁷⁰ A decisão trata da impossibilidade do magistrado condenar o Estado a conceder vaga em universidades públicas para aluno não aprovado em seletivo, considerando a condenação ao fornecimento uma ofensa ao princípio da igualdade (SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal de Constitucional Federal alemão. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. 1. ed. Montevidéu: Fundação Konrad- Adanauer, 2005. p. 656 e ss).

⁷¹ SCAFF, NUNES, op. cit., p. 97.

⁷² TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: Daniel Sarmento e Flávio Galdino (Orgs.), Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 784.

⁷³ PIERDONÁ, Zélia Luiza. O Direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais. In: Anais do Congresso Nacional do Conpedi, XVIII, São Paulo, 2009. Florianópolis:

ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social sem que seja indicada a sua fonte de custeio.

Cumprido destacar que a referida autora discorre sobre a universalidade dos serviços de saúde como um mero ideal a ser cumprido, em decorrência do princípio da seletividade e distributividade⁷⁴. Sendo o primeiro a escolha dos riscos a serem protegidos e o último determina que o que for escolhido para ser amparado deve concretizar os objetivos da ordem social (bem-estar e justiça social). Note-se que tal princípio deve ser aplicado enquanto a universalidade não puder ser concretizada.

Nesse mesmo sentido, Scaff e Nunes⁷⁵ destacam a progressividade. Na tentativa de alcançar a universalidade, os direitos sociais são concretizados de forma progressiva, haja vista a ausência de recursos financeiros suficientes para que sejam atendidas todas as demandas nos moldes desejados, especialmente quando se considera as constantes evoluções na área da saúde, com medicamentos e tratamentos mais avançados.

Braga⁷⁶, aduz que o sistema de saúde atual foi executado de forma tardia⁷⁷, de modo que a impossibilidade de implementação do direito à saúde em um curto período de tempo se deve à escassez de recursos, falta de profissionais, de espaço físico ou de produtos/equipamentos.

A escassez de recursos e a infinidade das demandas faz com que o governo tome escolhas trágicas. As “escolhas trágicas” analisam quanto de recurso se encontra disponível para a sociedade e onde ou quem receberá esses recursos escassos. Calabresi e Bobbitt⁷⁸ buscam desenvolver atribuições morais e econômicas quando das escolhas trágicas, considerando que as decisões de destinação dos recursos podem gerar tensões dentro da sociedade.

Apesar da primeira interpretação dos dispositivos constitucionais dar a entender que a saúde é um direito absoluto, uma análise um pouco mais aprofundada demonstra que não. A seletividade e distributividade comprovam que cabem ao Poder Legislativo e ao Poder

Fundação Boiteux. P. 608. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao_paulo/2307.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁷⁴ CF, art. 194, III. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

⁷⁵ SCAFF, NUNES, op. cit., p. 98.

⁷⁶ BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação: análise da Jurisprudência do TRF da 3ª região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁷⁷ Conforme afirmado no capítulo I, a proteção ao direito à saúde no Brasil foi implementada durante o capitalismo financeiro, caracterizado pelo forte controle de gastos públicos, enquanto em outros países, os sistemas de saúde foram criados anteriormente, durante o Estado de Bem-estar Social (capitalismo industrial).

⁷⁸ COLEMAN, Jules L. Book Review: Tragic Choices. Yale Law School Faculty Scholarship, 1979. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/31a8/8296473619f0f9e6bdebd1cbae93cc7c4038.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

Executivo determinar, de acordo com os recursos financeiros disponíveis, quais devem ser as prestações realizadas. Nesse sentido, aduz Gonçalves⁷⁹:

A saúde constitui-se um direito individual subjetivo quanto às prestações mínimas dos seus serviços. As referidas prestações, portanto, submetem-se ao princípio da universalidade. O que exceder esse campo pode também, como dito, ser demandado em juízo por pessoas que não tenham condições financeiras para arcar com os custos de seu tratamento, desde que, nos autos, o resultado da ponderação de bens indique como constitucionalmente válida essa opção. O Estado (gênero), contudo, não deve ser condenado a prestar à pessoa que possa financeiramente custear o seu tratamento, serviços de saúde que ultrapassem as prestações mínimas e que não sejam oferecidos pelo sistema público de saúde. Tem-se, aí, uma certa restrição ao princípio da universalidade das ações e serviços de saúde pública.

Registre-se que o princípio da seletividade e distributividade, assim como a reserva do possível⁸⁰ não têm sido reconhecidos pelo Poder Judiciário quando das demandas de saúde, como se estes fossem utilizados como meras escusas para a não concretização dos direitos fundamentais e das decisões judiciais. Deste modo, torna-se necessário analisar a relação que se formou entre orçamento e direitos sociais, mais especificamente entre o direito à saúde e as finanças públicas.

⁷⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 238.

⁸⁰ “A cláusula da reserva do possível ‘(...) não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade’. ” Precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal na APDF N° 45, da qual foi relator o eminente Ministro Celso de Mello, extraído de ementa do AP n. 0001045-86.2015.4.01.3803/MG, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, 6ª Turma do TRF da 1ª Região, julgado em 31/07/2017, 18/08/2017 e-DJF1.

4 DIREITO À SAÚDE, DECISÕES JUDICIAIS E ORÇAMENTO

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos de defesa em face do Estado, como garantias positivas para o exercício das liberdades, além de servirem como instrumentos para assegurar a efetivação de outros direitos, de modo que o cidadão pode acionar o Poder Judiciário para tal fim.⁸¹

Assim, a força normativa da Constituição passou a ser afirmada pela ampliação dos direitos na via legislativa, pela consumação por via executiva e por meio do controle jurisdicional, através de qualquer instância. As normas constitucionais possuem imperatividade e quando o indivíduo acredita que um direito foi ofendido, pode recorrer à jurisdição a fim de obter a pacificação do conflito ou outro meio de reparação.

Ocorre que a “enxurrada” de ações levadas ao Poder Judiciário para lograr um serviço médico ou medicamento, movimento conhecido como judicialização da saúde, acabou por gerar um impacto inesperado no orçamento público.

Segundo Duarte⁸², o conflito com o direito à saúde atingiu maiores proporções pois a Carta Magna de 1988 acolheu o princípio da universalidade, tanto na dimensão objetiva quanto subjetiva, ou seja, garantiu-se o atendimento integral e proteção contra o risco de doenças e de outros agravos, bem como o direito de todos e dever do Estado de promovê-lo.

Dentre as principais demandas estão a solicitação de medicamentos oferecidos ou não pelo SUS, demandas geradas por condutas médicas discordantes dos protocolos clínicos ou ações programáticas definidas pelo SUS, bem como pleitos em decorrência de limitações de cobertura de planos de saúde privados.⁸³ As demandas são diversas e conseqüentemente já se aponta que o movimento deveria ser chamado de “judicializações”⁸⁴.

Gonçalves⁸⁵ afirma que os direitos sociais levantam questões essenciais para o seu funcionamento, quais sejam, condições econômico-financeiras do Estado e competência dos órgãos do Poder Judiciário para intervirem no campo das políticas públicas, considerando que essas são realizadas pelo poder executivo. Deste modo, cumpre analisar com cautela a competência e o poder que está sendo atribuído de fato ao Poder Judiciário.

⁸¹ FERNANDES, op. cit., p.190.

⁸² DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico: a experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90

⁸³ LEMOS, Junia Coelho. A Judicialização da Saúde como sintoma da desconfiança do Judiciário. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 400.

⁸⁴ BUCCI, op. cit., p. 39.

⁸⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 172.

4.1 O Poder Judiciário e a Judicialização da saúde

O ativismo judicial na área da saúde tem sido alvo de diversas discussões. O presente tópico irá abordar algumas das críticas formuladas contra a excessiva intervenção da Justiça nas políticas de saúde.

Dentre as funções outorgadas ao Poder Judiciário pode-se citar a proteção da ordem constitucional e dos direitos subjetivos, assim como o controle da atividade estatal. De acordo com Barroso⁸⁶, a função do Poder Judiciário em um Estado democrático de direito consiste em:

Interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.

Entende-se que o direito à saúde, além de um direito social, é um direito subjetivo, visto que integra o conceito de dignidade da pessoa humana. Conforme afirmado, pode ser demandado judicialmente, não devendo o indivíduo ou a coletividade serem penalizados pela ausência de políticas públicas ou por falhas na concretização destas.

As demandas de saúde têm afetado a relação do Poder Judiciário com os demais poderes, haja vista que, considerando os limites definidos em um Estado Democrático de Direito, não se observa a independência destes, mas uma disputa de domínio de um sobre o outro. A reivindicação dos direitos fundamentais por meio do Poder Judiciário faz surgir questões como, este poder não ser gestor do orçamento público e não ser o responsável pela concretização de políticas públicas. Nesse sentido, destaca-se entendimento de Duarte⁸⁷:

“[...] justifica-se o papel do Judiciário, mas também delimita-se sua função. A apreciação de demandas que têm por objeto as políticas públicas enseja a necessidade de análise de critérios objetivos utilizados para sua formulação e o controle da realização de finalidades constitucionalmente estabelecidas. Contudo, dizer se determinada prefeitura deve ou não terceirizar uma atividade não é função institucional do Judiciário. Tampouco cabe a ele definir qual é a melhor política de saúde a ser adotada em determinado contexto. Mas ele pode controlar questões relacionadas à qualidade e à eficiência das políticas adotadas, eventuais omissões dos poderes públicos etc”.

⁸⁶ BARROSO, Luis 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>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁸⁷ DUARTE, op. cit, p. 95.

O Poder Judiciário funciona como ferramenta de monitoramento das ações dos poderes públicos na concretização do direito à saúde individual e coletivo. Porém, faz-se necessário analisar que existem casos em que tal poder não tem capacidade de decidir, pois o conflito não pode ser resolvido do mesmo modo que se soluciona um outro qualquer.

As alocações do orçamento devem ser definidas por outros ramos, que não o Poder Judiciário, além de não haver qualquer tipo de atribuição aos magistrados para alterarem legislação aprovada pelo Poder Legislativo. Cabe ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa e o encaminhamento dos projetos de lei ao Poder Legislativo para a sua aprovação, em que se define quais políticas públicas serão efetuadas em determinado exercício financeiro.

Nesse sentido, para se conhecer uma política pública deve-se buscar informações do Poder Executivo⁸⁸. Isso porque a CF/88 confere a este poder a iniciativa privativa de projetos para a estruturação de serviços públicos, na forma de decretos, portarias e outras disposições infralegais.

Ocorre que os magistrados dificilmente possuem pleno conhecimento de como funcionam essas políticas. Bucci⁸⁹ atribui esse fato a atenção limitada que se confere ao poder normativo regulamentar do Poder Executivo, haja vista que a maioria da população e dos operadores do direito desconhecem portarias e decretos.

Ela aduz que essa estranheza também é gerada pela ausência de um discurso coeso dos entes federativos, já que o sistema de saúde adotado é descentralizado e exige grande organização do poder público. O que se verifica, pelo contrário, é a elaboração contínua de instrumentos normativos sem qualquer tipo de harmonia.⁹⁰

Deve-se ressaltar que a descentralização do SUS e o caráter solidário das prestações de saúde dificultam inclusive a compreensão dos usuários do serviço e dos magistrados sobre quem é o responsável pela execução de determinado serviço ou disponibilização de medicamento. Isso acaba por aumentar os custos do processo e estender o tempo de tramitação, haja vista que mais servidores públicos são envolvidos.

Importante destacar que o Poder Judiciário é composto por juízes que não foram eleitos, ou seja, não possuem nenhum tipo de representatividade democrática para gerenciar recursos financeiros públicos. As funções de gerenciamento e execução orçamentárias são atribuídas constitucionalmente aos Poderes Executivo e ao Legislativo.

⁸⁸ BUCCI, op. cit., p. 35.

⁸⁹ BUCCI, op. cit., p. 36.

⁹⁰ BUCCI, op. cit., p. 48.

Ademais, não conservam conhecimentos técnicos para decidir sobre a complexa realocação de recursos, e assim mensurar os impactos de suas decisões nas demais políticas públicas e na população. Nesse sentido, Nunes⁹¹ aduz que:

Muitas vezes, entretanto, o Judiciário limita-se a ocupar o espaço deixado livre pela inação, incapacidade ou irresponsabilidade do Legislativo e do Executivo, ocupados por interesses que nem sempre coincidem com os dos cidadãos eleitores. Na minha opinião, tal atuação configura, em regra, violação clara, às vezes grosseira, do princípio da separação dos Poderes.

As decisões apenas afirmam o deferimento do pleito, sem indicar da onde se deve retirar os recursos necessários para essa concretização. Ou seja, desacredita-se a política pública estudada e implantada pelo Poder Executivo, retornando um novo problema a este poder, que deve procurar formas de garantir o cumprimento da determinação. Note-se que para cumprir este fim muitas vezes deixa-se de fazer o fornecimento para outro usuário regular do serviço.⁹²

Registre-se que o Poder Judiciário também não detém atribuições e meios de acompanhar a efetivação de suas decisões e modificá-las caso seja necessário, haja vista que isso é atribuição do Poder Executivo.⁹³

As demandas de saúde colocam a manutenção da vida do indivíduo nas mãos de juízes, o que torna as decisões ainda mais complexas. A ausência de critérios decisórios específicos e questões emocionais condenam o poder público a arcar com tratamentos e medicamentos de alto custo. Quando da análise dos pleitos verifica-se que são solicitados (e acabam sendo fornecidos) inclusive serviços de saúde e remédios experimentais e sem eficácia comprovada, mesmo que outros similares (com eficácia e segurança constatadas) sejam fornecidos pelo SUS.

Como forma de ilustração, destaca-se o caso da fosfoetanolamina sintética. A substância foi desenvolvida em um laboratório de química da Universidade de São Paulo (USP), e foi divulgada, sem justificção, como a “pílula do câncer”. Afirma-se que a mesma seria um medicamento que poderia ser ministrado a todo e qualquer paciente e que concederia resultados milagrosos. Em consequência, a USP recebeu cerca de 13 mil liminares, entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, determinando a entrega dessa substância aos pacientes.⁹⁴

⁹¹ NUNES, António José Avelãs. "Tribunais não podem servir de acesso privilegiado para uns poucos". [03 de maio, 2017]. São Paulo: Carta Capital. Entrevista concedida a Carlos Drummond. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/949/tribunais-nao-podem-servir-de-acesso-privilegiado-para-uns-poucos>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁹² BARROSO, op. cit.

⁹³ VASCONCELOS, Natalia Pires de. Judiciário e Orçamento Público: Considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03082016-144546/es.php>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁹⁴ BUCCI, op. cit., p. 31.

A fosfoetanolamina sintética não tinha registro na Associação Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não havia passado pelas etapas de pesquisas clínicas para a utilização em seres humanos, além de não existirem estudos que comprovassem sua eficácia. Note-se que foram deferidas medidas liminares determinando sua entrega, ou seja, a USP não foi ouvida quanto aos possíveis riscos da substância.⁹⁵

O caso da fosfoetanolamina sintética consiste em diversos pedidos por uma substância experimental. Ocorre que nem sempre são medicamentos ou tratamentos experimentais que são pleiteados, mas outros que simplesmente não são ofertados pelo SUS, seja pela demora na incorporação de novas tecnologias ou por serem disponibilizados serviços e medicamentos com a mesma eficácia.

Note-se que, muitas vezes, o paciente insiste em ser tratado com serviço ou medicamento específico, mesmo que exista uma política pública própria e eficaz para o seu tratamento. Nesses casos torna-se impossível falar em omissão do poder público.

O dever do Estado é fornecer as parcelas do que é considerado básico para a manutenção da saúde dos indivíduos. Não se retira o direito de pleitear tratamentos ou serviços de saúde, mas estes, se não estiverem inseridos na concepção de mínimo, estão sujeitos à ponderação e às restrições orçamentárias. Ao priorizar a dimensão coletiva dos direitos não se está negando a concretização da dimensão individual.

Os juízes devem levar em consideração os parâmetros definidos pelo legislador quando da colisão de direitos e princípios, e não impor a própria valoração. Nesse sentido, Sarmiento aduz:

É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.⁹⁶

Não se assume a posição da não-concessão dos pedidos, mas da valoração e verificação da razoabilidade destes. A discussão se refere basicamente à ponderação de valores e direitos. Ao contrário do que se afirma em diversas decisões, apontando a contraposição de interesses econômicos com o direito à vida, pondera-se o direito à saúde de alguns poucos que acabam por comprometer o direito à saúde de muitos.

⁹⁵ Ibid, p. 32.

⁹⁶ SARMENTO apud BARROSO, op. cit.

Destaca-se que os juízes ainda precisam lidar com elementos médicos, aos quais não estão familiarizados. Deste modo, afirma-se que não há como questionar ou contrariar uma indicação médica, mesmo que o laudo seja de um médico particular e não haja perícia que comprove a necessidade do tratamento ou medicamento solicitado⁹⁷.

Ocorre que muitas vezes as ações também não comportam dilação probatória, tornando-se impossível que o magistrado requeira a perícia. Registre-se que mesmo em ações ordinárias, o pedido de perícia efetuado pela Administração Pública nem sempre é concedido, de modo a cercear a defesa do ente público.⁹⁸ Em alguns casos, anulou-se as sentenças que indeferiram o pedido de perícia, mas manteve-se os efeitos das decisões antecipatórias de tutela.⁹⁹

Após a concessão de liminar e assim do medicamento ou do tratamento, não há como o poder público reaver o importe levantado, haja vista que o fornecimento já ocorreu. Deste modo, presume-se que os laudos médicos juntados sejam sempre verídicos e absolutos, mesmo que sejam de médicos particulares e se desconheça sua relação com o paciente.

Gonçalves¹⁰⁰ entende que o Poder Judiciário não tem a função de promover e executar as políticas públicas e nem pode gerir o orçamento das unidades federativas, mas pode controlar tais políticas sob um prisma constitucional, aduzindo que não há ofensa à competência dos poderes Legislativo e Executivo ou aos princípios da democracia pluralista. Nesse sentido, Barroso¹⁰¹ destaca que:

A atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

⁹⁷ BARROSO, op. cit.

⁹⁸ LEMOS, op. cit., p. 406.

⁹⁹ “[...] reconhecendo o cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de produção de prova técnica, anulo a sentença recorrida e determino o retorno dos autos à origem para a realização de prova pericial, após o que deverá ser proferida nova sentença. Ficam mantidos os efeitos da decisão antecipatória dos efeitos da tutela, assecuratória do fornecimento do medicamento pleiteado pelo autor, até nova prolação de sentença, devendo apresentar, a cada seis meses, prescrição médica atualizada, o que desde já se determina, sob pena de suspensão de sua concessão. (AC 0033615-15.2011.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 09/12/2016).

¹⁰⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 220.

¹⁰¹ BARROSO, op. cit.

Note-se que todas as questões abordadas vêm a comprometer a continuidade de certas políticas públicas de saúde, haja vista que desorganizam e impedem a alocação racional, e já planejada, dos recursos financeiros.

Afirma-se que não há estranheza na população ingressar com ações judiciais para a obtenção desses serviços ou bens, seja por falha no acesso a medicamentos e tratamentos de saúde já oferecidos pelo SUS, pelo déficit do poder público na incorporação de novas tecnologias ou pela ausência de cobertura dos medicamentos e serviços desejados nos planos de saúde privados. A surpresa ocorre com a taxa de sucesso das postulações.

4.2 Análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde

Primeiramente, deve-se apontar que a análise foi realizada com decisões obtidas por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁰². Optou-se pelo estudo das decisões proferidas por este tribunal em decorrência de dois fatores: o tribunal ter o estado do Maranhão sob sua jurisdição e a quantidade de resultados obtidos sobre o tema no intervalo analisado. Considerou-se as decisões publicadas no período de 1 (um) ano, entre 1 de dezembro de 2016 e 1 de dezembro de 2017¹⁰³.

Quanto a chave de pesquisa, foram utilizados os termos “fornecimento”, “medicamento” e “tratamento”, por meio dos quais se obteve 151 (cento e cinquenta e um) decisões. Deste número obtido, 53 (cinquenta e três) não foram analisadas pois não se encaixavam dentro dos parâmetros da pesquisa¹⁰⁴, que buscou identificar os argumentos da

¹⁰² O Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem sob sua jurisdição o Distrito Federal e os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins.

¹⁰³ Levantamento realizado no dia 02 de janeiro de 2018.

¹⁰⁴ Não foram analisadas as jurisprudências: I – extintas sem resolução do mérito em decorrência do falecimento da parte, conclusão ou suspensão do tratamento: AC 0059007-76.2015.4.01.3800, AC 0010176-98.2013.4.01.3304, AC 0016939-48.2014.4.01.3800, AC 0041952-15.2015.4.01.3800, AC 0006963-17.2014.4.01.3800, AC 0038384-88.2015.4.01.3800, AC 0012745-02.2014.4.01.3801, AC 0034578-45.2015.4.01.3800, REO 0015392-18.2014.4.01.3300, AC 0046273-12.2013.4.01.3300, AC 0029680-25.2015.4.01.3400, AC 0015571-09.2011.4.01.3800, AC 0039536-74.2015.4.01.3800, AC 0012557-43.2013.4.01.3801, AC 0008355-55.2015.4.01.3800, AC 0044135-09.2012.4.01.3300, AC 0004787-62.2014.4.01.3801, AC 0003046-44.2015.4.01.3803, AC 0013827-03.2016.4.01.3800, AC 0073158-18.2013.4.01.3800, AC 0010405-61.2013.4.01.3400, AC 0001283-48.2014.4.01.3801, AC 0028692-65.2015.4.01.3800, AC 0041277-25.2014.4.01.3400, AC 0079970-42.2014.4.01.3800, AC 0018339-94.2014.4.01.3801, AC 0001747-75.2014.4.01.3800, AC 0049419-50.2012.4.01.3800; II- ações civis públicas: AC 0030483-94.2014.4.01.3803, AC 0001121-13.2015.4.01.3803, AC 0002226-25.2015.4.01.3803; REO 0008089-68.2014.4.01.3100; AC 2009.33.00.008939-0; AC 0006163-43.2015.4.01.3803; AC 0007415-47.2016.4.01.3803; AC 0003158-13.2015.4.01.3803; AC 0006184-82.2016.4.01.3803, AC 0005781-53.2015.4.01.3802, AG 0005430-06.2016.4.01.0000, AG 0045094-44.2016.4.01.0000, AC 0014086-23.2015.4.01.3803, AC 0004508-39.2015.4.01.3802, AC 0014562-61.2015.4.01.3803, AC 0003596-

Administração Pública que foram rejeitados e os fundamentos utilizados para isso¹⁰⁵, assim como os destinatários do fenômeno da judicialização da saúde, tema que será abordado no tópico seguinte. Registre-se que a pesquisa foi efetuada sem rigores técnicos, haja vista não se tratar do enfoque do presente trabalho.

Foram requeridos medicamentos ou suplementos alimentares em aproximadamente 78,5% dos processos analisados e serviços médicos em aproximadamente 21,4%. Obteve-se como resultado na amostra analisada, que apenas aproximadamente 6,1% negava o fornecimento do medicamento ou serviço solicitado. Em pesquisa realizada por Terrazas, quanto ao fornecimento de insulinas por meio de ações judiciais, em apenas 11% dos casos o pedido foi negado pelos tribunais.¹⁰⁶ Ou seja, as chances de se conseguir o medicamento ou tratamento pleiteados são altas.

Dentre tais decisões que negaram os pedidos, pode-se citar a não concessão do remédio solicitado sob fundamento do laudo médico juntado pela parte não confirmar a eficácia do medicamento quanto à cura ou mudança de curso da doença¹⁰⁷. Outra decisão aponta a impossibilidade do fornecimento pois o Poder Judiciário deveria se acautelar para evitar a concessão de tutelas muitas vezes descabidas e onerosas, quando da discussão do fornecimento de remédios ainda não padronizados pelo SUS.¹⁰⁸

39.2015.4.01.3803, AC 0033615-15.2011.4.01.3400; III- Danos morais: AC 0006446-10.2012.4.01.3500; IV- Outros motivos: AC 0020293-20.2014.4.01.3400, 0006091-57.2009.4.01.4000, CC 0035164-65.2017.4.01.0000, AC 0046999-40.2014.4.01.3400.

¹⁰⁵ A pesquisa realizada baseou-se nas pesquisas e análises produzidas por Junia Coelho Lemos e Paulo Vitor Bergamo Braga. Lemos faz uma análise das decisões em que se requerem medicamentos e materiais para o tratamento do diabetes melito, buscando analisar a linha de defesa da Administração Pública no Judiciário e o impacto desta na atuação dos magistrados, bem como a atuação do Poder Judiciário frente à desorganização na provisão dos serviços pelo Poder Executivo, verificando as justificativas apresentadas nas decisões de ações de medicamentos. Verificou-se ainda a existência do pedido de perícia, o acompanhamento de laudo e médicos particulares, pedido liminar ou de antecipação de tutela, bem como a assistência de advogados particulares. Foram analisadas vinte e nove decisões de primeira e segunda instâncias em face do Município de São Paulo e da União, proferidas entre 2012 e 2014. Braga, por outro lado, efetuou sua pesquisa no sítio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e buscou analisar nas decisões judiciais selecionadas a presença de elementos jurídicos/econômicos: reserva do possível, progressividade e aplicação do máximo de recursos disponíveis, custo dos direitos e impacto orçamentário concreto. As decisões pesquisadas pelo referido autor tiveram como prazo final o dia 7 de maio de 2013 (in: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 406).

¹⁰⁶ Pesquisa realizada no ano de 2011 sobre a judicialização das insulinas análogas para pacientes com diabetes. A pesquisa abrangeu 501 decisões nos seguintes tribunais: Tribunais de Justiça de São Paulo (TJ-SP), Minas Gerais (TJ-MG), Rio Grande do Sul (TJ-RS), Espírito Santo (TJ-ES) e Rio de Janeiro (TJ-RJ); todos os Tribunais Regionais Federais (TRF 1, TRF 2, TRF 3, TRF 4, TRF 5); o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). (TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Judiciário e fornecimento de insulinas análogas pelo sistema público de saúde: direitos, ciências e políticas públicas*. Casoteca Direito FGV, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/insulinas_analogas_-_narrativa.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2018).

¹⁰⁷ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 0066365-12.2016.4.01.0000/DF. Rel. Desembargador Kassio Marques. 6ª Turma. Data do Julgamento: 15-05-2017. e-DJF1 23-05-2017.

¹⁰⁸ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0047111-36.2015.4.01.3800/MG. Rel. Desembargador Kassio Marques. 6ª Turma. e-DJF1 31-03-2017.

Registre-se quem em um determinado processo, negou-se a concessão do medicamento em 1º instância, considerando que a perícia afirmava a desnecessidade do remédio, bem como os riscos de infecção que este proporcionava ao paciente. Apesar dos resultados da perícia, o medicamento foi concedido em segunda instância¹⁰⁹.

Não obstante, prevalecem as decisões que concedem os tratamentos ou medicamentos requeridos. Dentre os argumentos rejeitados pelos desembargadores, pode-se destacar a previsão orçamentária. Como fundamento para esta rejeição, afirmou-se que questões administrativas não podem ser utilizadas para desincumbir o Estado de prestar serviços de saúde¹¹⁰.

Conforme afirmado alhures, a reserva do possível também é constantemente rejeitada pelo Poder Judiciário, sob a mesma razão da previsão orçamentária¹¹¹. Deve-se ressaltar que em uma das decisões foi concedido o fornecimento de um remédio cujo valor era 31 (trinta e um) vezes mais caro que o fornecido pelo poder público, que possuía eficácia comprovada¹¹².

Quando requerido um medicamento diferente do que é fornecido pelo poder público, os entes federativos também alegavam a necessidade de perícia, caso a ação comportasse a dilação probatória. Ocorre que muitas vezes se negou a produção deste meio de prova, afirmando-se a urgência e a imprescindibilidade do procedimento ou medicamento solicitado¹¹³.

Cumpra-se destacar que em 82,5% da amostra realizou pedidos de antecipação de tutela ou liminar, sendo que 69,3% foram deferidos. Em alguns julgados se negou a produção de prova pericial em primeira instância, e quando da discussão no TRF1, deferiu-se a realização

¹⁰⁹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0057409-60.2014.4.01.3400/DF. Rel. Desembargador Néviton Guedes. 5ª Turma. Data do Julgamento: 30-11-2016. e-DJF1 07-06-2017.

¹¹⁰ Utilizou-se como precedente: " 4. Eventuais empecilhos administrativos para a realização do tratamento, incluindo a ausência de prévia dotação orçamentária e a ausência de disponibilidade financeira, não tem o condão de desincumbir o Estado do dever de subsidiar serviços de saúde imprescindíveis à manutenção da vida de cidadão gravemente enfermo" (AC 00075335820094014000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:22/10/2013 PAGINA:184.)

¹¹¹ Precedente: "O Estado não pode, a pretexto do descumprimento de seus deveres institucionais, esconder-se sob o manto da "reserva do possível", pois essa não se presta como justificativa para que o Poder Público se exonere do cumprimento de obrigações constitucionais, principalmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais da pessoa humana." (AGRSLT-14174-68.2008.4.01.0000, Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Meguerian, Corte Especial, DJ de 26.2.2010).

¹¹² Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 0009876-18.2017.4.01.0000/MG. Rel. Desembargador Kassio Nunes Marques. 6ª Turma. Data do Julgamento: 29-05-2017. e-DJF1 19-06-2017.

¹¹³ "Inobstante entender que nesses casos de concessão antecipada de tratamento médico seja, em regra, necessária a prévia prova pericial, tenho por dispensada na hipótese dos autos em razão de a decisão agravada consignar a urgência e a imprescindibilidade do procedimento, o que evidencia a plausibilidade e necessidade da medida". (ACORDAO 00044640920174010000, DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/05/2017)

da perícia. Porém, manteve-se os efeitos da tutela, alegando-se que o fornecimento do tratamento ou medicamento não poderia mais ser suspenso, por colocar em risco a saúde do indivíduo, denominando o fato como um “risco inverso”¹¹⁴.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, contestava-se afirmando a atribuição do Poder Judiciário de controle da legalidade dos atos do poder público¹¹⁵, alegou-se ainda, que os direitos sociais não poderiam ficar à mercê da boa vontade da Administração Pública, não sendo o princípio da separação de poderes óbice para a concretização dos direitos¹¹⁶.

No que se refere à ilegitimidade passiva alegada pelos entes federativos, os argumentos utilizados pelo Tribunal para rejeitá-la firmavam-se na solidariedade entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas causas em que se buscava um serviço de saúde ou medicamento. Considerou-se, assim, que qualquer um deles poderia figurar no pólo passivo da ação, haja vista que compõem o SUS¹¹⁷. Note-se que em nenhum momento é abordada a divisão de atribuições dos entes quando da prestação dos serviços de saúde, ocorrendo apenas para afirmar que o Judiciário não é local para tal discussão.

Por fim, registre-se que em alguns casos foram requeridos medicamentos que ainda não haviam sido registrados pela ANVISA¹¹⁸. Considerou-se que a ausência de registro não

¹¹⁴ “sob pena de acarretar o agravamento da patologia do (a) paciente ou até mesmo o seu óbito. Por conseguinte – ao menos quanto à concessão da liminar – evidenciada está a prescindibilidade da prova pericial, que no presente não foi designada.” (ACORDAO 00044640920174010000, DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:18/05/2017)

¹¹⁵ Utilizou-se como precedente: “Não há que se falar em ingerência do Judiciário na esfera dos outros Poderes, visto que lhe cabe a prerrogativa jurídico-constitucional do monopólio da jurisdição e, nessa qualidade, ostenta a atribuição de exercer o controle judicial da legalidade dos atos emanados dos entes públicos. Com efeito, é certo que cabe ao Judiciário assegurar, ao que lhe busca socorro, os direitos previstos em Lei, mormente na Constituição da República, tanto mais aqueles tão caros ao cidadão, como o direito à saúde e à vida” (AG 0005166-62.2011.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.705 de 09/09/2011).

¹¹⁶ “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.” Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

¹¹⁷ “De igual forma, posiciona-se a orientação jurisprudencial majoritária do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no entendimento de que “sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (Recurso Especial nº. 674803/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 06.03.2007 p. 251).

¹¹⁸ “O fato de determinada medicação não possuir registro na ANVISA, por si só, não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento do remédio. Assim, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175 AgR/CE, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, quando “adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”, nos termos da Lei 9.782/99” (AC 0001681-

afasta o direito do portador de doença grave de receber o tratamento, além aduzir que a escolha do medicamento é de responsabilidade do médico que assiste o paciente.¹¹⁹

Ocorre que, de acordo com a Lei nº 6.360/1976 é proibida a industrialização, venda ou consumo de substância sem o prévio registro dos órgãos sanitários. Ao imiscuir-se da responsabilidade sobre a concessão de um medicamento que ainda não possui registro nos órgãos sanitários competentes, os tribunais colocam em risco a integridade física dos cidadãos, tanto pela ausência de confirmação da eficácia e dos riscos do medicamento, quanto por desconhecer muitos dos médicos particulares que indicam tais tratamentos e remédios.

Lemos¹²⁰ denomina a rejeição desses argumentos como um desgaste das teses jurídicas da Administração Pública. A autora aduz que teses como a reserva do possível e a ilegitimidade do Poder Judiciário para julgar matérias relacionadas à políticas públicas não ocasionam mais os efeitos desejados e deve haver uma mudança de estratégia por parte Poder Executivo¹²¹.

Diante da amostra ponderada, verificou-se que na maioria das decisões o Tribunal analisou os casos de forma genérica, tornando-se questionável se tal fato ocorreu pela urgência dos pleitos ou em virtude da ausência de critérios específicos para decisões nesse sentido.

4.3 Os destinatários da judicialização da saúde

Sendo a saúde um direito de todos, seria óbvio imaginar que os destinatários da judicialização consistem em pessoas de diversos seguimentos sociais e que as ações buscam beneficiar vários indivíduos de uma só vez. Ocorre que tal afirmação não se verifica prontamente.

Das decisões consideradas, incluindo-se as que não foram analisadas de forma aprofundada, apenas aproximadamente 7,94% eram ações coletivas. Tal fato confirma o que foi constatado quando do estudo da judicialização da saúde: as ações têm caráter individual.

19.2010.4.01.4000/PI, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.714 de 18/06/2015).

¹¹⁹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 0038832-97.2015.4.01.3400/DF. Rel. Desembargador Souza Prudente. 5ª Turma. e-DJF1 07-12-2016.

¹²⁰ LEMOS, op. cit., p. 406.

¹²¹ “Ademais, os entes públicos não se desincumbiram do ônus de apresentar argumentos capazes de infirmar o entendimento no sentido de que é responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja, de fornecer condições para se garantir o direito à vida e à saúde ao cidadão.” (AC 0008023-79.2015.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 19/12/2016).

Para Nunes¹²², tal fato ocorre, pois, o Poder Judiciário concebe o direito à saúde simplesmente como um direito individual, ou seja, como se fosse problema da justiça comutativa e não como uma questão da justiça distributiva, cuja ponderação cabe aos órgãos políticos legitimados pelo voto. Scaff e Nunes atribuem esse problema a “uma compreensão imperfeita dos princípios que regem as políticas públicas no Brasil”¹²³.

Quando da análise do art. 196 da CF/88, a interpretação se foca no “direito de todos”, esquecendo-se do final do referido artigo que afirma que o direito à saúde é concretizado por meio de políticas sociais e econômicas que garantem o acesso universal e igualitário.

Deve-se ressaltar que parte da população está sujeita a uma dupla cobertura, ou seja, são amparados tanto pelo setor privado quanto pelo setor público. O grande número de demandas individuais só vem a aumentar as desigualdades, em que alguns poucos serão atendidos e a coletividade ficará à própria sorte, diminuindo a possibilidade de serviços e bens que poderiam ser oferecidos a esta coletividade.

Torna-se claro que as pessoas com maior renda têm mais condição de acesso à informação, no que se refere a direitos e novos medicamentos ou tratamentos disponíveis, assim como acesso mais cômodo e fácil ao Judiciário. Assim, Ferraz destaca que:

Como o acesso ao Judiciário não é igualitário (pessoas de maior renda e educação o acessam com mais facilidade), há uma inevitável transferência de recursos de serviços que deveriam atender a todos em condições de igualdade para garantir "integralidade" a apenas alguns. Parafraçando Orwell: todos têm igual direito a tratamento integral, mas alguns (os que têm acesso à Justiça) são mais iguais que outros.¹²⁴

Constata ainda que, em decorrência dessa desigualdade de acessos, existem aqueles que defendem a “focalização do SUS”, que consiste em restringir o acesso dessa política aos mais pobres. A noção se contrapõe ao princípio da universalidade, haja vista que na focalização o Estado direciona suas ações e recursos aos mais necessitados, pois as demandas por serviços sociais são infinitas e os recursos são escassos.

Por outro lado, existem aqueles que defendem que só deveria contribuir com a saúde os que efetivamente a utilizam, argumento que é facilmente eliminado frente ao princípio da solidariedade.¹²⁵ Porém, torna-se claro que isso reduziria a tributação sobre todos aqueles que não utilizam o sistema, com o contraponto de ampliar as desigualdades e de impedir a utilização dos serviços por parte dos que não contribuíssem.

¹²² NUNES, op. cit.

¹²³ SCAFF, NUNES, op. cit. p. 108.

¹²⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. De quem é o SUS?. São Paulo: Folha de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2012200709.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

¹²⁵ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero *apud* SCAFF; NUNES, op. cit. p. 82.

Retornando aos resultados obtidos da amostra, registre-se que em aproximadamente 58,2% dos litígios os autores estavam assistidos por advogados particulares, algumas vezes, por mais de um patrono. Lemos¹²⁶ aponta em sua pesquisa que na maioria das demandas os advogados eram particulares, e destaca o fato de requerer-se justiça gratuita mesmo com a capacidade financeira de arcar com tais patronos.

Doyal e Gough¹²⁷ apontam que todos os indivíduos têm direito às ações de saúde preventivas e curativas, inclusive as que necessitam de alta tecnologia. Dessa forma, não se exige de nenhum indivíduo, nem do mais independente, que tome de conta de seus direitos sozinho. Os serviços de saúde são oferecidos a todos, porém, nos termos e condições que podem ser suportados pela máquina pública.

Deste modo, quando o Poder Judiciário interfere nas políticas públicas, aumenta as desigualdades existentes e privilegia aqueles que já possuem um acesso mais fácil e qualificado à Justiça, conhecendo seus direitos e podendo arcar com os custos do processo judicial. Concede-se privilégios a alguns poucos, em detrimento de muitos.

Corroborar-se o entendimento de Nunes¹²⁸, que afirma que se as pessoas com rendimento acima da média desejam utilizar-se dos recursos do SUS, devem fazê-lo ingressando nas filas de atendimentos de hospitais e centros de saúde, como todos o fazem. O SUS não é um plano de saúde privado e o Poder Judiciário não é meio de “furar fila”, ofendendo o princípio da igualdade.

4.4 Os impactos da judicialização no orçamento público

Torna-se claro que a judicialização merece um estudo aprofundado, tanto no que se refere aos fatores que levaram a grande quantidade de pleitos, quanto às características e consequências desse movimento. O presente tópico irá analisar a questão orçamentária da judicialização.

Em relatório divulgado recentemente, o Banco Mundial¹²⁹ analisou os gastos públicos do governo brasileiro, identificando os problemas e as alternativas para reduzir o déficit fiscal que assola o país. No âmbito da saúde, cita-se a grande quantidade de pequenos hospitais em diminutos municípios, considerados pequenos demais para fornecerem serviços em escala eficiente, ao utilizar-se um referencial orçamentário.

¹²⁶ LEMOS, op. cit., p. 406.

¹²⁷ DOYAL, GOUGH, 1991, apud GONÇALVES, 2013, p. 182.

¹²⁸ NUNES, op. cit.

¹²⁹ BANCO MUNDIAL, op. cit., p. 121.

Ademais, ressaltou-se os salários relativamente alto dos médicos frente à sua baixa produtividade em número de consultas, comparado a países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). No entanto, como o presente trabalho trata da judicialização e de seu impacto no orçamento, o dado que interessa é o exposto a seguir.

O relatório aponta que é necessário conter gastos com a prescrição de medicamentos, tendo em vista os altos custos destes no Brasil, comparando-se com outros países. Aponta-se a descentralização na aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos, dando ênfase à ineficiência de diversos governos locais, bem como o crescente número de ações judiciais para a obtenção de medicamentos ou tratamentos custosos, de modo a onerar demasiadamente o orçamento público no âmbito da saúde.

Registre-se que a maior parte dos custos cabe aos municípios, o que é colocado no relatório como governos subnacionais, sendo uma pequena parte suportada pelo governo federal, apesar da competência concorrente dos entes federativos.

Outro estudo que se deve ressaltar foi realizado com base no orçamento dos medicamentos, entre os anos de 2008 e 2015¹³⁰. Aborda-se o já citado recuo nos valores investidos na saúde, ao mesmo tempo em que se verifica um volumoso aumento nos custos com os medicamentos fornecidos por meio de ações judiciais.

Aponta-se que existem quatro formas de adquirir os medicamentos que serão fornecidos: por meio de compra direta, utilizando o estoque estratégico do Ministério da Saúde, por meio do pagamento diretamente ao beneficiário das decisões judiciais e através do pagamento a entidades privadas e a fundos de saúde.

Os dados obtidos pelo estudo demonstraram que houve um crescimento de 1006% nas demandas de compra direta e pagamento efetuado diretamente ao beneficiário por meio de depósito judicial. Para uma melhor ilustração, em números isto representa que, em 2008, as despesas com demandas judiciais eram de R\$ 103,8 milhões, passando a R\$ 1,1 bilhão, em 2015.

Tais gastos não estão previstos em nenhuma lei orçamentária e por se tratarem de decisões judiciais devem ser concretizados. Considerando a impossibilidade de criação de recursos financeiros, faz-se necessário a realocação de valores, comprometendo o planejamento público.

¹³⁰ DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. Direito a medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015. Brasília: INESC, 2016. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/textos/direito-a-medicamentos-avaliacao-das-despesas-com-medicamentos-no-ambito-federal-do-sistema-unico-de-saude-entre-2008-e-2015/view>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

Ressalta-se ainda, que apesar do crescimento de 71% na dotação inicial do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica¹³¹ (CEAF), este aumento na dotação não acompanha o crescimento das demandas, que infelizmente são em sua maioria, demandas individuais.

Os dados divulgados apenas corroboram o que vem se verificando há algum tempo: a judicialização da saúde tem impactado no orçamento público e as consequências à longo prazo podem ser desastrosas. Qual seria então a necessidade de um Poder Executivo para a elaboração e execução de políticas públicas se o Poder Judiciário pode modificá-las e instituí-las quando solicitado?

Os direitos sociais, conforme afirmado em capítulo anterior, são concretizados por meio de políticas públicas, sujeitos à ponderação da necessidade/possibilidade fornecidas pela reserva do possível. Desse modo, necessário lidar com a questão da escassez, considerando a constante evolução tecnológica e os altos custos dos medicamentos e tratamentos médicos. Deste modo, cumpre ressaltar:

De qualquer maneira, para ser responsável com essa proposição, se em tese parece aceitável a reivindicação de mais recursos para o SUS na perspectiva inclusive de melhorar a gestão, seu crescimento tem meios limitados no interior do orçamento público. Desse modo, o governo que preze o bem-estar social da sua população não pode fechar os olhos diante da tendência de custos crescentes da assistência médica.¹³²

A estrutura necessária para a concretização da saúde é enorme e custosa, tanto financeiramente quanto na questão temporal, não podendo ser realizada de forma imediata, sem qualquer preparação. Registre-se que o SUS lida com serviços de alto custos, como hemodiálises, transplantes e tratamentos contra o câncer, daqueles que não possuem uma cobertura privada e dos que tiveram seu tratamento negado pelos planos de saúde privados.

Ademais, não há qualquer tipo de transferência ou ressarcimento dos planos ao poder público quando dessa assistência, ao contrário do que ocorre quando hospitais particulares atendem os pacientes do sistema público por uma determinação judicial, por exemplo, mesmo com todos os subsídios recebidos pelo setor privado¹³³.

O alto custo de medicamentos e tratamentos não retira sua chance de ser fornecido pelo Poder Público, considerando que outros serviços de alto custo já são fornecidos. O que se deve impedir é o excesso da judicialização, em que se torna o SUS um plano privado,

¹³¹ Responsável por garantir a integralidade do fornecimento de remédios de alto custo.

¹³² REMLER, BROWN & GLIED, 2005, *apud* OCKÉ-REIS, op. cit., p. 29.

¹³³ OCKÉ-REIS, op. cit., p. 26.

impedindo a alocação de tais recursos em outras políticas e o acesso à saúde dos demais brasileiros.¹³⁴

De acordo com Holmes e Sustain¹³⁵, aqueles que vivem sob um governo que não é capaz de recolher impostos e nem de aplicá-los na resolução dos problemas, não possuem direitos, considerando que um direito só existe quando se verifica uma cobertura financeira. Para ambos, um estado sem governo é um estado sem direitos.

Eles apontam, ainda, que não significa nada possuir direitos se há uma falta de recursos para concretizá-los. Como exemplo, cita-se que a liberdade para contratar um advogado não tem importância se estes cobram honorários e o indivíduo não possui condições de pagá-los, ou o governo não oferece qualquer tipo de suporte.

Quando se refere aos problemas futuros (mas já tão presentes) gerados pela judicialização da saúde, vê-se a falta de recursos disponíveis para a efetivação de todos os pleitos em medicamentos, suplementos alimentares e tratamentos. Não há como se conceber um direito sem recursos financeiros, ou seja, sem estes, seria como se os direitos simplesmente não existissem.

Ao interferir excessivamente na elaboração e execução das políticas públicas, o Poder Judiciário altera o orçamento público, comprometendo a concretização de direitos para a coletividade, em prol de um indivíduo que muitas vezes tem acesso a outro tratamento tão seguro e eficaz quanto o solicitado, enquanto a coletividade tem de esperar em uma fila pela concretização de uma política pública que pode ter sofrido uma redução imensa no seu orçamento por conta de apenas uma ação judicial.

Dentre as soluções estudadas para o controle da excessiva judicialização, pode-se afirmar o estabelecimento de critérios objetivos que direcionem as decisões. Existem alguns

¹³⁴ 3. No caso específico do medicamento Soliris (Eculizumabe), o STF, na Rcl n. 497-AgR, observou que, de acordo com estudos científicos apresentados, o fármaco "é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna", tendo a Anvisa informado que o medicamento Soliris "não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento registrado que contenha em sua formulação a substância eculizumabe"; e que "o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis". (Numeração Única: AGRSLT 0068834-07.2011.4.01.0000 / DF; AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Relator DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES Órgão CORTE ESPECIAL Publicação 17/02/2012 e-DJF1 P. 10 Data Decisão 02/02/2012)

¹³⁵ HOLMES, SUSTEIN, op. cit., p. 19.

critérios já utilizados¹³⁶, mas diante do contexto atual, pode-se verificar que os mesmos não têm atingido os efeitos esperados.

Ademais, tratando-se de pleitos que relacionam saúde, o medo de certos magistrados pode ser justificado pela incompreensão do que está sendo requerido pelo paciente/autor da ação. Entende-se a necessidade de um acompanhamento por médicos especializados quando das decisões, elucidando se haveria necessidade do medicamento ou tratamento solicitado, bem como sua eficácia e segurança. Nesse mesmo sentido, as perícias constituiriam um papel importante, de modo a se resguardar a celeridade na sua realização, considerando que são demandas de saúde.

A definição de atribuições específicas para cada ente federativo constituiria importante avanço. Nas demandas analisadas no presente trabalho, um argumento constantemente utilizado pelos entes federativos foi a ilegitimidade passiva. Seja pela ausência de instrumentos normativos harmônicos para a definição das atribuições de cada ente, seja pela incompreensão do Poder Judiciário dos instrumentos já existentes, a descentralização do SUS tem gerado grandes discussões nos tribunais.

Nesse contexto, ressalta-se que mais importante que a instituição de critérios objetivos, o auxílio de médicos especializados e a definição de atribuições dos entes, é a compreensão do caráter coletivo e progressivo dos serviços oferecidos pelo SUS. O Sistema Único de Saúde foi instituído para que todos tivessem acesso a esse direito, independentemente de contribuições, sendo as suas prestações fornecidas progressivamente, de acordo com a disponibilidade de recursos financeiros. Tentar utilizar o SUS como plano de saúde privado constitui uma ofensa ao direito à saúde da coletividade.

¹³⁶ Critérios atuais: endimento de que a análise do fornecimento de medicação pelo poder público deva ser criteriosa - em que se verifiquem (I) a imprescindibilidade do medicamento; (II) a ausência de outras opções; (III) a atual situação clínica do paciente e o grau de evolução da doença; e (IV) a hipossuficiência financeira do enfermo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consolidou e instituiu diversos direitos e conquistas sociais. O direito à saúde foi concebido com um caráter principalmente preventivo, sendo o Sistema Único de Saúde o modelo encontrado para a efetivação desse direito. Como prestação positiva do Estado, a saúde é concretizada por meio de diversas políticas públicas, sendo impossível concebê-las sem recursos financeiros.

Responsável pelo controle e proteção da ordem constitucional, o Poder Judiciário pode ser acionado para o controle da atividade estatal e assim, para o controle da concretização do direito à saúde. O ativismo judicial e a judicialização da saúde são temas que vem adquirindo atenção especial, principalmente pela complexidade técnica e apelo social das questões. Por meio de ações judiciais, obrigam-se Municípios, Distrito Federal, Estados e União a concederem tratamentos de saúde e medicamentos, muitas vezes em caráter experimental, a um indivíduo ou a seletos número de pessoas.

Como todos os direitos possuem custos, a excessiva judicialização tem gerado um encargo imediato e imprevisto à Lei orçamentária, comprometendo o orçamento público. O planejamento e efetivação de tais direitos não se encontram no campo de atuação do Poder Judiciário, de modo que tal poder não tem como prever as consequências de sua intervenção, mesmo que indireta, no orçamento. Deste modo, as falhas da saúde pública passam a ser solucionadas por um sistema que acarreta em vícios em outros setores públicos, além de prejudicar a relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Poder Judiciário deve intervir para determinar a efetivação das políticas públicas previstas, especialmente quando estas não estejam sendo efetivadas, mas esta intervenção deve ser uma exceção. O que ocorre é o Judiciário corroborando com o descrédito da população frente às políticas e ao próprio Poder Executivo.

Muitos dos julgados indicam que não se pode deixar os direitos sociais condicionados à boa vontade da Administração Pública, como se esquecessem que a concretização dos direitos sociais, incluindo-se a saúde, é função essencial do Poder Executivo. Imiscuir-se no planejamento, de forma excessiva e sem critérios não é somente uma ofensa à separação de poderes, mas a toda a população que tem seus direitos retirados.

Antes de um direito individual, a saúde é um direito coletivo. Não há como conceber o prejuízo da coletividade em prol de alguns poucos, que utilizando-se do Poder Judiciário, “firam filas” e prejudicam os que não possuem acesso fácil à informação, à Justiça, ou até mesmo a dupla cobertura por meio de planos de saúde privados. A judicialização gera um

grande risco para o orçamento público e para toda a coletividade que depende das prestações do Estado.

Resta claro que a disponibilidade orçamentária sempre vai ser uma questão a ser considerada quando da discussão de direitos sociais. Quando da análise entre o direito à saúde de um indivíduo, que solicita serviços além do que pode ser oferecido, frente à coletividade que necessita do básico, não há o que se ponderar. Corrobara-se que o SUS não é plano de saúde privado de poucos indivíduos.

Deve-se esclarecer novamente que a judicialização não é o problema a ser enfrentado, mas o excesso desta o deve. Pleitear a concretização de um direito, especialmente um direito coletivo é uma conquista proporcionada pela Constituição Federal de 1988. Porém, não se pode deixar que o direito de uma coletividade seja prejudicado pelo direito de apenas um indivíduo, que muitas vezes apenas não confia no tratamento oferecido pelo SUS.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Clair Rodrigues de; CÂMARA, Leonor Moreira. **O orçamento público como instrumento de ação governamental**: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003476122015000100073&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- Banco Mundial. **Um ajuste justo**: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil: Volume I: síntese. Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-síntese>>. Acesso em: 24 de nov. de 2017, p. 118.
- BARROSO, Luis 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>>. Acesso em: 27 dez. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 86**, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso em: 25 dez. 2017.
- BRASIL. **Lei complementar n. 141**, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 25 dez. 2017.
- BRASIL. **Lei federal n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BRASIL. **Lei federal n. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

COLEMAN, Jules L. **Book Review: Tragic Choices**. Yale Law School Faculty Scholarship, 1979. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/31a8/8296473619f0f9e6bdebd1cbae93cc7c4038.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CONSENSUS. **Implicações da Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/consensus/implicacoes-da-emenda-constitucional-n-862015-para-o-processo-de-financiamento-sistema-unico-de-saude/>>. Acesso em: 25 dez. 17.

DAVID, Grazielle; ANDRELINO, Alane; BEGHIN, Nathalie. **Direito a medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015**. Brasília: INESC, 2016. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/textos/direito-a-medicamentos-avaliacao-das-despesas-com-medicamentos-no-ambito-federal-do-sistema-unico-de-saude-entre-2008-e-2015/view>>. Acesso em: 03 jan. 2018

FEIJÓ, Alessandro Rahbani Aragão. **As leis do orçamento como instrumento técnico-financeiro de controle para efetivação de políticas públicas de acessibilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 59.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2012200709.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais**. 3. ed. rev. e atual. até a EC 71/2012. Curitiba: Juruá, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes**. Nova York e Londres: W. M. Norton, 1999.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDES, Áquila; MARQUES, Rosa Maria. **O financiamento do SUS sob os “ventos” da financeirização**. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n.3, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/630/63013535019/>>. Acesso em: 28 nov. 2017

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, António José Avelãs. "**Tribunais não podem servir de acesso privilegiado para uns poucos**". [03 de maio, 2017]. São Paulo: Carta Capital. Entrevista concedida a Carlos Drummond. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/949/tribunais-nao-podem-servir-de-acesso-privilegiado-para-uns-poucos>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS: o desafio de ser único**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **O Direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais**. In: Anais do Congresso Nacional do Conpedi, XVIII, São Paulo, 2009. Florianópolis: Fundação Boiteux. P. 608. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/sao_paulo/2307.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

RIZZOTTO, Maria Lúcia Frizon. **Focalização em Saúde**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2009. Disponível em: <<http://www.sites.epsvj.fiocruz.br/dicionario/verbetes/focsau.html#topo>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

SALVADOR, Evilasio. **Fundo Público e o financiamento das Políticas Sociais no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282010000400002>. Acesso em: 24 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2015.

SCAFF, Fernando Facury. **Direito à saúde pública vem sendo atacado pelo Direito Financeiro**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/contas-vista-direito-saude-publica-vem-sendo-atacado-direito-financeiro>>. Acesso em: 25 dez. 17.

SCAFF, Fernando Facury; NUNES, António José Avelãs. **Direito à Saúde e os Tribunais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2015.

SCHWABE, Jürgen; Martins, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SOUZA, Priscilla Ribeiro Moraes Rêgo de. **Direito à saúde e Orçamento público: o protagonismo político do Poder Judiciário no cenário maranhense (2011 a 2014)**. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/804>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Judiciário e fornecimento de insulinas análogas pelo sistema público de saúde**: direitos, ciências e políticas públicas. Casoteca Direito FGV, São Paulo, 2011. Disponível em:

<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/insulinas_analogas_-_narrativa.pdf>.

Acesso em: 08 jan. 2018

TORRES, Silvia Faber. **Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação**: breves considerações e críticas. In: Daniel Sarmiento e Flávio Galdino (Orgs.), *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. **Judiciário e Orçamento Público**: Considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03082016-144546/es.php>>. Acesso em: 27 dez. 2017.