Universidade de São Paulo
Faculdade de Saúde Pública

**Os impasses entre a judicialização da saúde e o
processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal:
uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo
Tribunal Federal**

Fábio Ferreira Mazza

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Saúde Pública para a
obtenção do título de Mestre em
Ciências.**

**Área de Concentração: Serviços de
Saúde Pública**

**Orientador: Prof. Dr. Áquilas Nogueira
Mendes**

SÃO PAULO – SP
2013

**Os impasses entre a judicialização da saúde e o
processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal:
uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo
Tribunal Federal**

Fábio Ferreira Mazza

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Saúde Pública da
Faculdade de Saúde Pública da
Universidade de São Paulo para a
obtenção do título de Mestre em
Ciências.**

**Área de Concentração: Serviços de
Saúde Pública**

**Orientador: Prof. Dr. Áquilas Nogueira
Mendes**

SÃO PAULO - SP

2013

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

*Aos meus pais Claudio e Nelcy, pelo exemplo de vida e amor incondicional aos
filhos.*

À minha namorada Carla, por toda força, compreensão e incentivo.

AGRADECIMENTOS

- Ao Prof. Dr. Livre-Docente Áquilas Mendes, pelos sábios conhecimentos e orientações que me foram transmitidas, pela oportunidade que me foi dada de ser seu orientando e pela confiança em nosso trabalho;
- À Profa. Dra. Livre-Docente Sueli Gandolfi Dallari (Faculdade de Saúde Pública da USP e NAP-DISA/USP), por ter despertado o meu interesse pela Saúde Pública e pelo Direito Sanitário;
- Ao Prof. Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith (Faculdade de Medicina da USP e NAP-DISA/USP), sempre muito dedicado, atencioso e prestativo em ajudar e me aconselhar;
- Ao Prof. Dr. Livre-Docente José Maurício Conti (Faculdade de Direito da USP do Largo de São Francisco), pela sua dedicação à docência e pela maneira didática com a qual consegue transformar assuntos complexos em prazerosas leituras;
- À Profa. Dra. Livre-Docente Áurea Maria Zollner Ianni (Faculdade de Saúde Pública), pelos ensinamentos e autores que me foram apresentados, durante o curso de sua disciplina;
- Aos diversos professores da Faculdade de Saúde Pública da USP e também da Faculdade de Direito da USP (do Largo de São Francisco e também de Ribeirão Preto), por todo conhecimento adquirido nestes dois anos de mestrado;
- Aos amigos e amigas que conheci na Faculdade de Saúde Pública e na Faculdade de Direito, bem como aos de longa data, indispensáveis nesta trajetória acadêmica;
- Aos funcionários e funcionárias da Faculdade de Saúde Pública, sempre muito solícitos e atenciosos.

“La idea de Justicia supone un trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, con arreglo a la misma pauta, pero sin que pueda decirnos a quien debe considerarse igual y a quien desigual ni como han de ser tratados los iguales y los desiguales”.

Gustav Radbruch
*Placa fixada em frente
ao Palácio da Justiça do
Uruguai, na capital
Montevideu.*

MAZZA, F. F. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal.** [dissertação de mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública/Universidade de São Paulo; 2013.

RESUMO

Introdução – O Direito à saúde garantido constitucionalmente muitas vezes só pode ser efetivado por meio da intervenção do Poder Judiciário. No entanto, esta intervenção também chamada de judicialização, acaba por causar consequências no campo das finanças públicas quando não observadas as regras e o planejamento orçamentário. **Objetivo** - O presente trabalho tem por objetivo questionar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos anos de 2000 a 2011, ao analisar os acórdãos que se referem ao direito à saúde. Busca-se responder a seguinte questão: Passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (que institucionalizou as regras orçamentárias em nosso país), e mais de dez anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000 que trata da responsabilidade na gestão fiscal), em que medida as decisões judiciais junto às prestações de serviços de saúde observam as leis orçamentárias podendo, eventualmente, comprometer o orçamento em saúde e prejudicar a concretização da política de saúde universal planejada? **Métodos** - O trabalho foi realizado mediante pesquisa bibliográfica e documental, bem como por meio do levantamento e análise de acórdãos do STF, nos anos de 2000 a 2011. A escolha do ano de 2011 se deu pelo fato de já se ter passado mais de vinte anos desde a promulgação do texto Constitucional de 1988, e mais de 10 anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal. O levantamento dos acórdãos ocorreu por meio de pesquisa jurisprudencial, no sítio eletrônico do STF, com a utilização de jogos de combinação de palavras chave, quais sejam: “saúde e responsabilidade e 196”; “direito e saúde e orçamento e responsabilidade”; “orçamento e saúde e 196”; “196 e orçamento”; “196 e saúde”; “medicamento e orçamento e 196”; “medicamento e saúde”; “direito e saúde e medicamento e orçamento”; “direito e saúde e judicialização”; “judicialização e medicamento”; “judicialização e 196”; “judicialização e orçamento”; “direito e medicamento”; “orçamento e saúde”; “medicamento e orçamento”; “medicamento e 196”, medicamento e fornecimento”, afim de se obter o maior espectro possível de resultados, tendo como base para a pesquisa o item “pesquisa de acórdãos”. A pesquisa documental e bibliográfica teve como base a literatura referente ao direito fundamental social à saúde, no marco do Estado Democrático de Direito, bem como o fenômeno da judicialização da saúde e da institucionalização das finanças públicas no País, a partir da Constituição de 1988. **Resultados** – O STF geralmente não leva em consideração as regras e o planejamento orçamentário quando de suas decisões no campo da saúde. **Conclusões** - É necessário haver um equilíbrio e proporcionalidade nas decisões do Poder Judiciário que envolvam o direito à saúde, pois a saúde e o orçamento convivem lado a lado.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Orçamento; Supremo Tribunal Federal; Lei de Responsabilidade Fiscal

MAZZA, F.F. **The impasses between judicialization of healthy and budgetary process under fiscal responsibility: an analysis on decision fundamentals of Ultimate Federal Tribunal.** [Dissertation of Master]. São Paulo, Faculty of Public Healthy/University of São Paulo; 2013.

ABSTRACT

Introduction – The right to healthy, constitutionally guaranteed, often can only be reached by intervention of Judiciary. However, this intervention, also called judicialization, turns out to cause consequences on the field of public finance when the rules and the budgetary planning are not observed. **Objective** – The present work aims to question the position of Ultimate Federal Tribunal (STF) in 2000 to 2011, as for analyzing judgments refer to the right to healthy. It aims to answer the following question: After more than 20 years after promulgation of Federal Constitution of 1988 (which institutionalized the budgetary rules in your Country), and more than 10 years of duration of Law of Fiscal Responsibility (Law nº 101/2000, that treats of responsibility in fiscal management), to what extent judicial decisions along with provision of health services observe the budgetary laws, being allowed to, eventually, compromise the budgetary plan on healthy and harm the accomplishment of the policy planned universal healthy? **Methods** – The work was performed via documental and bibliographical research, as well via survey and analyzes of STF's judgments, in the years of 2000 to 2011. The choice of the year 2011 was given by the fact it's been past 20 years after from the promulgation of the Constitutional text of 1988, and more that 10 years of duration of Law of Fiscal Responsibility. The survey of judgments occurred by means of a jurisprudential research, on STF's page, using the matching keyword, which are: "healthy and responsibility and 196"; "right and healthy and budget and responsibility"; "budget and healthy and 196"; "196 and budget"; "196 and healthy"; "medicine and budget and 196"; "medicine and healthy"; "right and healthy and medicine and budget"; "right and healthy and judicialization"; "judicialization and medicine"; "judicialization and 196"; "judicialization and budget"; "right and medicine"; "budget and healthy"; "medicine and budget"; "medicine and 196"; "medicine and provision", in order to obtain the biggest possible spectrum of results, taking as basis for the research the item "research of judgments". The bibliographic and documental research was based on the literature regarding the social-fundamental right to healthy, mark of Democratic State of Right, as well the phenomenon of judicialization of healthy and the institutionalization of Brazilian public finance, from the Constitution of 1988. **Results** – STF generally doesn't take into account the rules and the budgetary planning when deciding on healthy field. **Conclusions** – It's necessary to have an equilibrium and proportionality in the decisions of Judiciary involving the right to healthy, because the healthy and the budget live together.

Keywords: Judicialization; Healthy; Budget; Ultimate Federal Tribunal; Law of Fiscal Responsibility.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. OBJETIVOS.....	13
2.1. OBJETIVO GERAL	13
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS.....	15
3.1. FORMA DE COLETA E ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS.....	16
4. UMA DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO À SAÚDE.....	18
4.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	19
4.2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	27
4.2.1. A Saúde como Direito Individual e Direito Coletivo	33
4.3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE.....	35
4.3.1. A Questão da Integralidade da Assistência.....	40
4.4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CUSTO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	45
4.4.1. A Separação dos Poderes e a Questão da Competência Judicial.....	46
4.4.2. A Judicialização da Saúde e a Questão Orçamentária	51
4.4.3. A Teoria da Reserva do Possível	56
4.5. A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE	61
5. O CAMPO DAS FINANÇAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO - FINANCEIRO.....	66
5.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO - FINANCEIRO E SUAS DIRETRIZES	67
5.1.1. PPA, LDO e LOA	70
5.1.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal.....	74
5.2. O PLANEJAMENTO EM SAÚDE.....	77
6. UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO STF PARA A SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRO.....	79
6.1. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS	81
7. RESULTADOS E DISCUSSÃO	120
8. CONCLUSÕES.....	131

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	140
APÊNDICE – ACÓRDÃOS ANALISADOS	145
CURRÍCULO LATTES	

LISTA DE SIGLAS

ADPF –	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI –	Agravo de Instrumento
AIDS –	Acquired Immune Deficiency Syndrome (ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, em tradução para o idioma português)
ANVISA –	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art –	Artigo
CF –	Constituição Federal
CFM –	Conselho Federal de Medicina
CIB –	Comissão Intergestores Bipartite (representantes da Secretaria de Estado da Saúde e dos secretários municipais de Saúde)
CIT –	Comissão Intergestores Tripartite (representantes do Ministério da Saúde, da Secretaria de Estado da Saúde — Conass —, e dos secretários municipais de Saúde — Conasems)
CNJ -	Conselho Nacional de Justiça
CNS –	Conselho Nacional de saúde
COFINS -	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
CONASEM–	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS–	Conselho Nacional de Secretários de Estado da Saúde
CPMF -	Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira
CSLL -	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
DRU -	Desvinculação das Receitas da União
EC -	Emenda Constitucional
EUA -	Estados Unidos da América
FEBRAFARMA -	Federação Brasileira das Indústria Farmacêutica
FENAESS -	Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde
Finsocial –	Fundo de Investimento Social
HIV -	Human Immunodeficiency Virus (ou Vírus da Imunodeficiência Humana, em tradução para o idioma português)
IDUM –	Instituto Brasileiro de Defesa dos Usuários de Medicamentos
INAMPS –	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
LDO –	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA –	Lei Orçamentária Anual
LRF –	Lei de Responsabilidade Fiscal
PIB –	Produto Interno Bruto
PlanejaSUS -	Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde
PPA –	Plano Plurianual
RE –	Recurso Extraordinário
RENAME -	Relação Nacional de Medicamentos
RENASES -	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
RISTF –	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RS –	Rio Grande do Sul
SC -	Santa Catarina
SL –	Suspensão de Liminar
STA –	Suspensão de Tutela Antecipada
STF –	Supremo Tribunal Federal
SUS –	Sistema Único de Saúde
TRF –	Tribunal Regional Federal

1. INTRODUÇÃO

A busca por meio das vias judiciais, da efetividade do direito à saúde que é garantido constitucionalmente, é um assunto que sempre gerou muita discussão.

Muito embora a interferência do Poder Judiciário para se concretizar certos direitos constitucionalmente garantidos, em específico o direito à saúde, seja perfeitamente coerente, ocorre que muitas vezes o Poder Judiciário não observa as políticas que envolvem o direito à saúde, não segue o planejamento orçamentário para que ocorra a responsabilidade na gestão fiscal conforme a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Se por um lado busca-se a satisfação do direito à saúde, do direito à vida garantida constitucionalmente, por outro, há que se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias; em especial à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A consequência disto é que a possível não observação destas normas por parte do Supremo Tribunal Federal – STF, em suas decisões, pode inviabilizar a sustentabilidade financeira da política de saúde, imprescindível para a concretização de tal direito.

O presente trabalho é uma análise da forma em que o STF vem se posicionando em seus acórdãos, nos últimos anos (entre 2000 a 2011) nas questões referentes ao direito à saúde e orçamento público. Cumpre salientar que o propósito deste estudo não é uma crítica aos resultados das decisões do STF, e sim uma análise de seus fundamentos decisórios, no que tange a observação e o respeito as normas orçamentárias.

Desta forma, o presente trabalho foi organizado em seis partes a saber: a primeira é constituída pela introdução, a segunda parte apresenta os objetivos geral e específico da dissertação; a terceira parte apresenta os procedimentos metodológicos; a quarta parte faz uma discussão sobre o direito à saúde tendo como marco teórico a Constituição Federal de 1988; a quinta parte discorre sobre o campo das finanças

públicas e a responsabilidade do planejamento orçamentário-financeiro; já a sexta e última parte realiza uma análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal referentes as prestações de ações e serviços de saúde, no que diz respeito a consideração dos aspectos orçamentários.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GERAL

Analisar o fenômeno da judicialização da saúde na sua relação com o processo orçamentário, consolidado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, buscando identificar a relação entre a decisão judicial para a prestação de ações e serviços de saúde e a legalidade no campo das finanças públicas.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Discutir a efetivação do Direito à saúde por meio do Poder Judiciário, no âmbito do Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição Federal de 1988;
- Identificar a trajetória institucional do campo de Finanças Públicas do Estado Brasileiro no período pós-Constituição de 1988, com destaque para a Lei de Responsabilidade Fiscal, com a finalidade de demonstrar os instrumentos do processo de planejamento orçamentário criados na gestão pública, indicando o impasse entre esses instrumentos na área da saúde e o fenômeno da judicialização; e

- Analisar os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de identificar como consideram os aspectos orçamentários quando da prestação de ações e serviços de saúde por parte do poder executivo.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente estudo é realizado mediante uma pesquisa bibliográfica e documental. Além disso, utiliza-se também de pesquisa empírica, com base em dados primários, na medida em que também são coletadas informações por meio do levantamento e análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) a fim de identificar sua relação com as exigências do processo orçamentário público, conforme a legislação de finanças públicas no País. O período de análise se refere aos anos de 2000 a 2011, na medida em que se referem ao início da entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000, isso porque, considera-se tempo suficiente para que o Poder Judiciário possa ter assimilado as exigências da legislação de finanças públicas no Brasil no tocante ao planejamento orçamentário da política de saúde.

Sabe-se que a promulgação da Lei Complementar nº. 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, propiciou à sociedade brasileira o mais novo marco regulatório das finanças públicas de nosso País. Essa lei representa um considerável avanço no conceito de gasto público e ao mesmo tempo em que passa a demandar que o planejamento orçamentário seja construído de forma a assegurar o equilíbrio dos recursos, possibilitando a melhor execução das políticas públicas.

A pesquisa documental e bibliográfica tem como base a literatura referente ao direito fundamental social à saúde, no marco do Estado Democrático de Direito, bem como o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde e da institucionalização das finanças públicas no País, principalmente a partir da Constituição de 1988, com destaque para a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como fonte de pesquisa documental, é feita a análise dos principais instrumentos legais (Constituição Federal, leis, decretos e portaria) que normatizam as regras de finanças públicas e que versem sobre o direito fundamental social à saúde.

LAVILLE e DIONNE (1999) citam que o trabalho de análise se inicia com a coleta dos materiais e não se trata de uma acumulação cega e mecânica. À medida que são colhidas as informações, o pesquisador elabora a percepção do fenômeno e se deixa guiar pelas especificidades do material selecionado.

3.1. FORMA DE COLETA E ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS

A presente pesquisa compreende uma análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos que envolvem a prestação das ações e serviços de saúde em 2000 a 2011, coletados junto ao Supremo Tribunal Federal por meio de seu sítio eletrônico. Foram identificados se as decisões incorporaram os aspectos orçamentários no âmbito de seu conteúdo. Para tanto, o procedimento para a coleta e análise das decisões foi realizado em duas etapas.

Em um primeiro momento, foi feita a pesquisa de decisões de 2000 a 2011, por intermédio da página de “pesquisa de jurisprudência do STF” mediante utilização de jogos de combinação de palavras-chave, quais sejam: “saúde e responsabilidade e 196”; “direito e saúde e orçamento e responsabilidade”; “orçamento e saúde e 196”; “196 e orçamento”; “196 e saúde”; “medicamento e orçamento e 196”; “medicamento e saúde”; “direito e saúde e medicamento e orçamento”; “direito e saúde e judicialização”; “judicialização e medicamento”; “judicialização e 196”; “judicialização e orçamento”; “direito e medicamento”; “orçamento e saúde”; “medicamento e orçamento”; “medicamento e 196”, “medicamento e fornecimento”. O objetivo foi obter o maior espectro possível de resultados por meio de combinação entre as mesmas, tendo como base para a pesquisa o item “pesquisa de acórdãos”.

Após a coleta dos resultados foi feita a leitura das ementas (resumos) dos acórdãos, onde foram selecionados os acórdãos mais pertinentes ao objetivo do estudo.

Já em um segundo momento, foi feita uma abordagem qualitativa e quantitativa por meio da leitura individual do inteiro teor dos acórdãos selecionados, utilizando a técnica da análise de conteúdo, a fim de identificar sua relação com as exigências do processo orçamentário público; conforme a legislação de finanças públicas no País. Ao falarem das abordagens quantitativa e qualitativa, MINAYO e SANCHES (1993) nos dizem:

A primeira tem como campo de práticas e objetivos trazer à luz dados, indicadores e tendências observáveis. Devem ser utilizados para abarcar, do ponto de vista social, grandes aglomerados de dados, de conjuntos demográficos, por exemplo, classificando-os e tomando-os inteligíveis através de variáveis. A segunda adequa-se a aprofundar a complexidade de fenômenos, fatos e processos particulares e específicos de grupos mais ou menos delimitados em extensão e capazes de serem abrangidos intensamente.

(...)

Assim, o estudo quantitativo pode gerar questões para serem aprofundadas qualitativamente, e vice-versa.

Desta forma, ao final do estudo se haverá feito a justaposição das abordagens quantitativas e qualitativas, onde ambas as leituras estão reunidas, não havendo predomínio de um ou outro método. Os estudos (geralmente produzidos separadamente) acabam originando resultados que quando comparados buscam evidenciar as convergências e divergências entre os dois aspectos (DESLANDES; ASSIS, 2008).

4. UMA DISCUSSÃO SOBRE O DIREITO À SAÚDE

Todo direito fundamental garantido constitucionalmente se torna exigível, ainda que por vias jurídicas. Na realidade, em muitas situações envolvendo direitos sociais (o direito à saúde, principalmente) o Judiciário poderá e deverá intervir. A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais de nossa atual Constituição Federal permitiram e contribuíram significativamente para esta conquista (BARROSO, 2010).

No entanto, inúmeras são as críticas e também as consequências destas intervenções do Poder Judiciário, principalmente na área da saúde.

Uma das inúmeras críticas existentes é sobre a competência do Poder Judiciário para atuar em questões relacionadas à saúde pública. O Poder Judiciário não possui, conforme alguns autores, competência para legislar e formular políticas públicas de saúde. Além desta crítica existem outras, como por exemplo, o caráter individual ou coletivo do direito à saúde e ainda e a inobservância em relação à separação de Poderes, consolidada em nossa Constituição.

Todavia, a grande consequência da intervenção judicial na saúde (denominada de judicialização da saúde) e que é objeto de estudo deste trabalho, consolida-se no campo das finanças públicas. O Poder Judiciário deve levar em conta o planejamento orçamentário, a realidade econômica e a escassez de recursos em suas decisões; a denominada teoria da reserva do possível¹ e o planejamento orçamentário devem ser observados e respeitados.

O presente capítulo faz uma discussão acerca do direito à saúde a partir da Constituição Federal de 1988; discussão esta imprescindível para uma maior e melhor compreensão da saúde como direito fundamental garantido constitucionalmente e o surgimento da chamada judicialização da saúde e suas implicações no campo orçamentário-financeiro. Serão feitas breves considerações

¹ A Teoria da Reserva do Possível será discutida no item 3.4.3.

sobre o Estado democrático de Direito; a saúde como direito fundamental na CF; a saúde como direito individual e coletivo; o Sistema Único de Saúde e seu financiamento; a questão da integralidade da assistência e a Lei 12.401/11; a judicialização e o custo do direito à saúde; a questão da separação dos Poderes e a competência judicial; a judicialização da saúde e a questão orçamentária; a teoria da reserva do possível e, por fim, a audiência pública da saúde ocorrida no ano de 2009.

4.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A expressão “Estado de Direito”, usada desde o século XIX, evidencia um Estado que tem seu fundamento e ao mesmo tempo sua limitação baseados no seu ordenamento jurídico, em especial a Constituição. O termo é equivalente a Estado Constitucional, muito embora Estado de Direito tenha maior amplitude devido à idéia de ordenamento jurídico, indo além do seu sentido meramente formal. Inicialmente, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, tendo emergido para fazer face ao Estado absolutista, rígido e limitado pelo ordenamento jurídico (ABREU, 2011).

Superados os modelos de Estado absolutista e também de Estado liberal, Canotilho *apud* ABREU (2011), nos ensina que o Estado se concebe hoje como Estado Constitucional (por possuir e ser regido por uma Constituição) e, para assim ser, deve ser um Estado de Direito Democrático, ou seja, deve se estruturar em uma ordem de domínio legitimada pelo povo, em que o poder deve ser exercido em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos; caracterizando assim o princípio da soberania popular, um dos pilares do Estado Constitucional.

O Estado Constitucional pode ser entendido da seguinte forma, conforme afirma Abreu (2011):

é, em suma, mais do que o Estado de Direito. O elemento democrático foi inserido pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Assim, o princípio da soberania popular, assegurando e garantindo o direito à igualdade de participação na formação democrática da vontade popular, concretizado por procedimentos juridicamente regulados, serve de ‘charneira’ entre o Estado de Direito e o Estado Democrático, projetando a compreensão da moderna formulação do Estado de Direito Democrático (p. 126-127).

A Constituição Federal de 1988 consolidou no Brasil o Estado Democrático de Direito. Conforme destaca DALLARI (2011), o Estado Democrático é aquele que contém três pontos fundamentais, há saber: *a supremacia da vontade popular; a preservação da liberdade e a igualdade de direitos*. Segundo o autor:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários;

A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado;

A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais (p. 150).

Corroborar com este entendimento KEINERT (2009), para quem o Brasil se constitui Estado Democrático de Direito por reger-se por normas democráticas e respeitar os direitos e garantias fundamentais, sendo ainda um “país constitucionalista”, por apresentar em sua constituição a organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Também refere ABREU (2011):

A configuração do Estado Democrático de Direito, de outro lado, não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformados do status quo. Daí a importância do artigo 1º da Constituição Federal, quando proclama que a República

Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito. Aqui, o ‘democrático’ qualifica o Estado, irradiando ‘os valores da democracia sobre os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica (p.127).

Para MORAES (2007), o Estado Democrático de Direito é assim denominado por reger-se por normas democráticas, com eleições livres e periódicas realizadas pelo povo, e pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O Estado Democrático obedece ao princípio democrático², conforme bem afirmado no *caput* do Art. 1º da Constituição Federal e em seu Parágrafo Único:

Art. 1º. A República federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Segundo SARLET (2010), o princípio democrático está estreitamente relacionado com os direitos fundamentais:

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um processo de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo

² “A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um *processo de* democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da *teoria democrática-representativa* (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da *teoria participativa* (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.).” CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital *apud* MORAES, Alexandre de. In: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, p. 17, 2007.

exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade (p. 61).

Ainda, conforme MORAES (2007), a ideia de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolivelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que decidem o destino da nação através do poder que lhes foi delegado. No entanto este poder não é absoluto, é limitado, sendo que a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão, seja para com os outros cidadãos ou mesmo com o Estado, tipifica uma dessas limitações.

Assim, desde o início, a principal preocupação do legislador foi a de que houvesse a participação da população no governo, cumprindo desta forma o princípio democrático, pois ao expressar livremente sua vontade soberana a população resguarda sua liberdade e a igualdade.

Como bem demonstrado pelos autores supracitados, cumpre ressaltar ainda que a República Federativa do Brasil, além de ser um Estado Democrático de Direito, também apresenta alguns fundamentos: *a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político*. Tais fundamentos se encontram descritos no Art. 1º do texto Constitucional, cabendo-nos observar dentre estes fundamentos, para o presente estudo, os conceitos de *cidadania* e *dignidade da pessoa humana*, conforme MORAES (2007):

A cidadania: representa um status e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas;

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo

invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (p. 16).

No que tange a dignidade da pessoa humana, AITH (2007) entende que este princípio³, muito embora fundamente as sociedades modernas, possui um conceito jurídico ainda a ser desvendado, tendo em vista que sua aplicação mostra-se ampla, ilimitada, por tratar-se de um princípio jurídico voltado à proteção de todos, não podendo haver uma concepção individual que atente contra a dignidade dos outros.

A dignidade da pessoa humana para BARROSO (2010) é o ponto central, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. É a partir deste princípio que os direitos fundamentais se irradiam, sendo que o Poder Legislativo, Executivo, e Judiciário devem realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial destes direitos. Segundo o autor, o Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, para BARACHO (1995), os homens passaram da situação de sujeitos para a de cidadãos, através da introdução da democracia; não há cidadãos sem democracia. O cidadão não apareceu de um momento para o outro, foi através da gênese do modelo democrático, que o indivíduo passou a ser o centro da sociedade, assim, cada homem tem uma identidade, irreduzível àquela que pertence aos outros, sendo que o direito deve reconhecê-la e protegê-la.

De que forma então, em um mundo altamente regido por transformações, governar democraticamente? Segundo NOGUEIRA (1995):

governabilidade não se resume a “capacidade de governar”. É mais que isso, é antes de tudo a capacidade de governar com os olhos da realidade, com as tendências e os movimentos da vida social, com as “imposições” da época. É governar com o

³ Segundo o autor, o fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos do Estado brasileiro, permite qualificá-lo como um princípio matricial do Direito. AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, p. 166, 2007.

propósito de eliminar a pobreza e desarmar a vasta rede de desigualdade e injustiças sociais. Neste sentido, governar é fundar uma nova dinâmica e uma nova articulação Estado-sociedade, entrar em sintonia com ela e ser capaz de conseguir aliados, base de sustentação e recursos de poder (p. 123).

Observamos países tomados pela pobreza e a incapacidade de seus governantes em resolver tal questão, vemos países mergulhados na revolução informacional, mas com péssimos indicadores sociais e populações excluídas dos benefícios do progresso, ou seja, países miseravelmente complexos. Essa combinação de processos torna altamente difícil a governabilidade democrática. Tal complexidade permite que a sociedade civil encontre meios de encaminhar soluções efetivas para suas demandas através de uma trilha não política.

Assim, a política não é mais a única ou a mais importante instância em que se decide o futuro social, a política necessita compreender que sua autolimitação foi historicamente consumada.

Neste cenário onde, é preciso encontrar e se assegurar outras formas e meios de resoluções, a judicialização das questões inerentes à saúde acaba sendo uma solução; não a mais importante, mas a mais plausível no contexto da atualidade

Nos ensina NOGUEIRA (1995) sobre a governabilidade e a reforma política:

A governabilidade apenas pode ser hoje alcançada em termos democráticos e progressivos. Mais: só pode ser democrática se for progressiva e vice-versa.

(...)

A governabilidade democrática progressiva, portanto, não está voltada apenas para o bom funcionamento do sistema político ou para a colocação em prática de operações que promovam a aproximação entre governantes e governados. Seu sentido maior está dado pela busca da reforma social na legalidade democrática, pela ativação de uma dialética Estado/sociedade que faça de cada conquista a base e o impulso para novas e mais importantes conquistas sucessivas, à imagem e semelhança de um processo reformador.

(...)

a reforma política deve almejar a construção de procedimentos e instituições capazes de aproximar Estado e cidadãos, organizações estatais e organizações sociais. Dado o padrão societal prevalecente no mundo “globalizado” – com seus “novos antagonismos” e suas cristalizações -, o reformismo atual depende do alcance de uma nova ideia de política, na qual, seguindo a trilha aberta pela teoria da hegemonia de Gramsci, seja possível cancelar a identificação entre a política e o Estado, constitutiva da categoria moderna do político (p. 125-127).

A busca pela efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, por meio do Poder Judiciário, consiste em exercer o direito de cidadania, garantido pelo Estado Democrático de Direito, sendo perfeitamente constitucional.

Todavia, é importante dizer que os conceitos de Democracia e Constitucionalismo não se confundem. Segundo BARROSO (2010), ambos os conceitos sintetizam a ideia de Estado Democrático de Direito, mas há uma diferenciação:

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito), e Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição (p. 881).

Ainda, segundo BARROSO (2010), pode-se evidenciar que constitucionalismo refere-se aos direitos fundamentais, enquanto democracia refere-se à soberania popular e governo da maioria. Porém, a maioria política pode ferir direitos fundamentais, cabendo neste caso ao judiciário agir. Exatamente neste contexto indaga-se se podem juízes e tribunais interferirem com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas (Legislativo e Executivo), participando ativamente na decisão de políticas públicas e ações administrativas.

Uma importante observação feita pelo autor supracitado, no que diz respeito ao princípio democrático:

por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular, como bem expresso no parágrafo único do Art. 1º da Constituição brasileira. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc. (p. 882).

A busca pelo Poder Judiciário, com o intuito de satisfazer as mais variadas prestações sociais garantidas constitucionalmente é um verdadeiro exercício de democracia e cidadania. Mas tanto a busca quanto a execução destes direitos, deve ser analisada com cautela pelo Poder Judiciário. Para SADEK (2011), o papel do Poder Judiciário foi alterado pela Constituição de 1988, através do qual o judiciário passou a ter um *status* de “poder”, por deixar de ser apenas aplicador das leis e dos códigos e tornar-se um agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o Poder Judiciário foi alçado a uma posição de primeira grandeza, tendo sua área de atuação alargada. Desta forma, o Poder Judiciário constitui-se em um ator capaz de provocar impactos significativos na embate político, na elaboração de políticas públicas e na sua execução (SADEK, 2011).

4.2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, são indissociáveis. Tal afirmação já era observada na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, segundo o qual *“toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”*. A partir disto, as primeiras Constituições escritas incorporaram em seu texto a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes, SARLET (2010).

Na órbita dos direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 afirmou a existência destes como sendo direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos, dentre os quais o direito à saúde. Como já mencionado anteriormente, o texto constitucional de 1988 consagrou a democracia como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que acabou por tornar a participação social extremamente importante para a concretização dos mais diversos objetivos sociais, tendo a Constituição relacionada em vários de seus dispositivos a necessidade de participação livre e ativa da sociedade nas decisões do Estado.

Os direitos fundamentais, portanto, fazem parte (juntamente com a forma de Estado, sistema de governo e organização do poder) do núcleo do Estado constitucional, dando origem não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento essencial da Constituição material. Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais somente se dá em um Estado constitucional.

Pode-se dizer, portanto, que o Estado de Direito e os direitos fundamentais possuem uma estreita ligação, pois um Estado de Direito necessita da garantia dos direitos fundamentais para assim sê-lo, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais, para sua realização, necessitam o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Sobre os direitos fundamentais, entende SARLET (2010):

Também a estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social consagrado pela nossa Constituição, na esteira da maior parte das Leis Fundamentais contemporâneas, merece destaque. Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc.), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional) (p. 61-62).

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 possui em seu texto uma série de princípios e garantias que norteiam nosso Estado, sendo claramente direcionada ao bem estar social, conforme bem destacado em muitos dos seus artigos, como por exemplo em seu Artigo 1º, *caput*, III; Artigo 3º; e Artigo 5º, *caput*:

Art. 1º. A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...).

Neste sentido, o direito à saúde, no que tange aos fundamentos e objetivos principais de nossa Constituição, não pode deixar de ser considerado um direito fundamental do indivíduo. Em nosso texto Constitucional, a saúde está descrita no Art. 196, que descreve “*que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado*”, estando presente ainda em diversos artigos de nossa Carta Magna, como por exemplo no Art. 6º, que está inserido no Capítulo dos Direitos Sociais, que descreve o seguinte:

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

Logo, podemos afirmar que a saúde está correlacionada com o direito e, mais ainda, podemos afirmar que a saúde se trata de um direito fundamental social.

Para KEINERT (2009), a saúde se externa em uma Constituição eminentemente social (nossa Constituição Federal), sendo reconhecido em seu art. 6º, como um direito social. A partir disto, “*o direito à saúde passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade do direito à saúde, sob pena de ineficácia de tal direito*” (p. 91).

Ainda, finaliza a autora:

Os direitos sociais localizam-se no Capítulo II do Título II da nossa Carta Magna de 1988, sendo que o Título II da nossa Constituição Federal elenca os “Direitos e Garantias

Fundamentais”. Nessa sistemática, “se os direitos sociais estão esculpidos em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do homem e que possuem os mesmos atributos e garantia destes direitos (Sarlet, *apud* KEINERT, 2009, p. 91).

É importante ressaltar que, os direitos fundamentais (dos quais a saúde faz parte) são universais, ainda que o princípio da universalidade não esteja explicitado diretamente em nosso texto constitucional. Ocorre que, o princípio da universalidade, se encontra vinculado ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade e o princípio da universalidade são conexos, ou seja, toda e qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira residente no país, são titulares dos direitos e garantias fundamentais conforme exposto no Art. 5º, *caput*, de nossa Constituição Federal, no entanto estes princípios não se confundem. O princípio da universalidade em nosso texto constitucional deve ser proporcional, conforme o caso, porém sempre respeitando a essência dos direitos fundamentais, conforme nos diz SARLET (2010):

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras (p. 210).

O princípio da igualdade possui dois planos distintos, por um lado se refere ao legislador e ao poder executivo, ao impedir que estes criem tratamentos diferenciados a pessoas em situações idênticas. Por outro lado, se refere a autoridade pública, para que cumpra a legislação de maneira igualitária, sem diferenciação em

razão de sexo, religião, convicções políticas, classe social, entre outros (MORAES, 2007).

Resta evidenciado, desta forma, o princípio da igualdade no Art. 5º, *caput*, que atribui a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

No mesmo artigo, o texto expressa que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”, tendo o constituinte, na sequência, atribuído a titularidade dos direitos fundamentais aos “*brasileiros e estrangeiros residentes no País*”, demonstrando assim que o princípio da universalidade também se faz presente em nossa Constituição Federal, muito embora não tenha sido feita referência direta a este princípio no texto constitucional (SARLET, 2010).

A saúde, portanto, é um direito fundamental social de caráter universal. Ainda, o direito à saúde possui eficácia e aplicabilidade imediata, conforme disposto no Art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que dispõem que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, impondo desta forma, aos Poderes Públicos, uma eficácia máxima e imediata ao cumprimento dos direitos fundamentais, o que, no caso da saúde, não poderia ser diferente. No entanto, essa afirmação isolada não basta para que as normas de direitos fundamentais sejam aplicadas de imediato. Por isso, existem mecanismos previstos constitucionalmente, como exemplo o mandado de injunção e a iniciativa popular, instrumentos jurídicos que permitem a execução e aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, as políticas de saúde devem garantir de forma universal e igualitária o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação de todos, além de serem formuladas e executadas com ampla participação da comunidade, conforme explicitado na Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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.

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

(...)

III – participação da comunidade

Podemos dizer que a Constituição Federal de 1988 trata-se de uma Constituição dirigente. Este é a definição adotada por TOJAL (2003):

O que se conota, pois, a partir do conceito de “Constituição dirigente” é o sentido de um texto que objetiva a mudança social, indo além, por conseguinte, de representar um simples elenco de “instrumentos de governo” haja vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Não se trata, como se evidencia, de um “estatuto jurídico do político” mas, como refere José Joaquim Gomes Canotilho, um “plano global normativo” endereçado ao Estado e à própria sociedade (p. 23).

Esta Constituição dirigente, assim denominada por ir além de atuar como um “instrumento de governo”, e também por determinar metas e programas a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, acaba por consolidar um modelo de Estado Social.

Assim, o direito à saúde torna-se concreto; pois o Estado Democrático de Direito é capaz de proporcionar a proteção deste direito, por vigorar em sua essência o Constitucionalismo, o respeito aos princípios democráticos e a proteção aos direitos humanos (AITH, 2007).

4.2.1. A Saúde como Direito Individual e Direito Coletivo

Demonstrado ser a saúde um direito fundamental social, resta apontar uma questão não menos importante, ou seja, o problema da exigibilidade individual e coletiva desse direito.

Há quem questione a individualidade dos direitos sociais, como argumento para se reduzirem as demandas judiciais, a chamada judicialização das políticas públicas. No entanto, não se trata de uma opção preferencial pela exigibilidade individual dos direitos sociais frente ao Poder Judiciário, mas sim de se otimizar a proteção e a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. Neste sentido, a exigibilidade coletiva desses direitos através de uma tutela coletiva, alargando assim a proteção judicial e a própria efetividade dos direitos sociais para um número maior de pessoas poderia ser o mais adequado.

Neste sentido, DALLARI (2011):

Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo (p. 131).

Para SARLET (2010), os direitos sociais são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Os direitos sociais, enquanto preocupados com o indivíduo como pessoa, se importam com a relação da pessoa com a comunidade, por tanto nos direitos

coletivos, o que se destaca é a idéia de grupo social, tendo a coletividade assumido a titularidade de sujeito do direito fundamental. Os direitos sociais, portanto, apresentam uma dualidade dimensional, são individuais e também coletivos, por protegerem bens jurídicos cuja incidência é simultaneamente individualizada e coletiva.

Entretanto, se conflitos houver entre direitos ou garantias fundamentais, deverá o judiciário utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, equilibrando os bens jurídicos conflitantes, evitando o prejuízo de uns em relação aos outros, reduzindo assim a proporção do alcance de cada qual, buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade principal (MORAES, 2007).

No contexto brasileiro, com o aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos, multiplicação das doenças e recursos escassos, as discussões que envolvem a saúde representam um dos principais desafios à efetividade dos direitos fundamentais (MORAES, 2011).

Na argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados⁴, se percebe a coexistência tanto individual quanto coletiva do direito à saúde, a depender da relação jurídica em questão. Quanto à sua dimensão individual, a proteção da saúde não pode ser aplicada a todos, sem qualquer distinção. Necessário se faz a observância das necessidades individuais e das peculiaridades do caso concreto. Nessa situação, a saúde deve ser relacionada com as características (físicas, psicológicas e genéticas) de cada indivíduo e com o ambiente (social, político ou econômico) em que ele se encontra inserido.

Entretanto, além dessa perspectiva, deve ser considerada outra, que convive com aquela e guarda relação com o princípio isonômico, qual seja, a perspectiva comunitária desse direito (SARLET, 2007). O desafio de se harmonizar essas duas perspectivas, sem que ocorra a supressão de alguma delas, diz respeito ao

⁴ “Cf., em caráter ilustrativo, a decisão na suspensão de tutela antecipada 268-9, Rio Grande do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferida em 22.10.2008, orientação recentemente confirmada em outros julgados, tais como se verifica no caso da decisão monocrática proferida pelo Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, na STA nº 175, 18.09.2009” (SARLET, 2010, p. 215).

perigo de que o exercício individual possa acarretar dano ou impossibilitar o exercício coletivo, assim, o juiz do Estado Democrático de Direito tem o dever de identificar conforme cada caso, onde se encontra o abuso por um dos que reivindica para si o exercício de um direito (MORAES, 2011).

Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal entenda que o direito à saúde é um direito individual, e que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, corre-se o risco de não se implementar o direito social à saúde conforme descrito na Constituição, pois ao tratar somente de forma individual este direito *“aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”* (SCAFF, 2010).

4.3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE

O reconhecimento do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988, conferiu ao Estado a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde capazes de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, e também garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (AITH, 2007).

Neste âmbito surgiu o Sistema Único de Saúde (SUS), garantia constitucional do direito à saúde que reúne os instrumentos jurídicos, administrativos, institucionais e financeiros para que o Estado desenvolva as atividades necessárias para a garantia do direito à saúde previsto constitucionalmente (AITH, 2007).

O SUS é fruto do processo de lutas e conquistas dos direitos fundamentais, sendo uma das maiores conquistas consagradas na CF de 1988.

Ainda segundo AITH (2007), a Constituição Federal define o SUS (Art. 198), estabelece suas diretrizes (Art. 198, incisos I a III), expõe algumas de suas

competências (Art. 200), fixa parâmetros de financiamento das ações e serviços públicos de saúde (Art. 198, §§ 1º ao 3º) e orienta a atuação dos agentes públicos estatais para a proteção do Direito à saúde (Arts. 196, 197 e 198 *caput*).

Sua implementação, no entanto, tem início no começo da década de 1990, após a promulgação da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/90, complementada pela Lei nº. 8.142/90 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS nas Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde, nos seus diferentes níveis de organização e regulamentada pelo Decreto nº. 7.508/11⁵, que dispõe sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências, merecendo destaque a criação da RENASES e da RENAME).

Os objetivos do SUS estão definidos na Constituição e também na Lei Orgânica da Saúde, sendo que a Constituição em seu Art. 196 define como objetivos do SUS: a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já a Lei Orgânica da Saúde, em seu Art. 5º, define de forma mais específica os objetivos do SUS, que são: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada

⁵ A RENASES, conforme prevista no Decreto 7.508/11, é a relação de todas as ações e serviços públicos garantidos pelo SUS, em seu âmbito, para toda a população, com a finalidade de atender a integralidade da assistência à saúde. O mesmo decreto também cria a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, que disponibiliza os medicamentos necessários ao atendimento da população, de acordo com as prescrições realizadas no âmbito do SUS por um profissional integrante de seus quadros. Em relação a RENAME, o Decreto em questão permite duas exceções: a primeira é a ampliação do acesso a medicamentos por parte da população não usuária do SUS, por motivos de saúde pública justificados, ou seja, os entes federativos podem definir um rol de medicamentos que devem ser disponibilizados à população independentemente de estarem ou não em tratamento no SUS, podendo estes medicamentos serem adquiridos sem a necessária prescrição obrigatória de um profissional integrante dos quadros do SUS. Já a segunda exceção, faz referência aos medicamentos especializados que podem ser prescritos por médicos não pertencentes aos quadros do SUS, devido a ausência de especialistas no próprio serviço público de saúde. Neste caso, a prescrição feita por um médico da rede privada poderá ser aceita pelo SUS. Essa exceção somente poderá ser regulamentada pelo Ministério da Saúde, enquanto a primeira é da competência dos entes federativos no âmbito de suas respectivas jurisdições administrativas.

a promover, nos campos econômicos e social, a observância do dever do Estado de garantir a saúde por meio da criação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução dos riscos de doenças e outros agravos e do estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada de ações assistenciais e atividades preventivas.

O SUS também possui princípios a serem seguidos, e estes servem de base para o sistema e constituem seu alicerce. Estes princípios foram fornecidos pela Constituição e, uma vez estabelecidos, a Constituição aponta os caminhos (diretrizes) que devem ser seguidos para que se alcancem os objetivos nela previstos; em outras palavras, os objetivos do SUS devem ser alcançados de acordo com princípios fundamentais e em consonância com diretrizes expressamente estabelecidas pela Constituição e pela Lei Orgânica da Saúde (AITH, 2007).

Os principais princípios e diretrizes do SUS são: a universalidade de acesso em todos os níveis de assistência; a igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; a integralidade da assistência; a participação da comunidade; a descentralização política-administrativa com direção única em cada esfera do governo, sendo no âmbito da União pelo Ministério da Saúde, no âmbito estadual pela respectiva Secretaria Estadual de Saúde e no âmbito municipal pela respectiva Secretaria de Saúde Municipal.

Ainda no âmbito administrativo, a União, os Estados e os Municípios exercem, entre outras competências, a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde; o acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população; a organização e a coordenação do sistema de informação em saúde; a promoção e a articulação da política e dos planos de saúde; o fomento, a coordenação e a execução de programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial; entre outros.

O financiamento do SUS, conforme disposto no Art. 195 da CF, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito

Federal, dos Municípios, e outras fontes. Na realidade, a implementação de uma política pública de saúde universal, a partir dos anos 1990, acaba por enfrentar diversos conflitos por recursos financeiros, sendo que o capital financeiro se constitui no principal ator destes conflitos. O embate decorrente de sua força na determinação de políticas públicas acabou por gerar cortes de recursos.

Nesse sentido, a política adotada pelos governos de Fernando Henrique Cardoso e posteriormente de Luís Inácio Lula da Silva que foram fundamentadas em metas de inflação, superávit primário e câmbio flutuante, acabaram por determinar as difíceis condições de financiamento do SUS. Conforme nos demonstra MARQUES e MENDES (2009), no ano de 2008 o Brasil gastou R\$ 162,0 bilhões com o pagamento da dívida pública, gasto que representa 3,3 vezes o gasto do Ministério da Saúde com ações e serviços públicos de saúde naquele mesmo ano.

É nítido que a prioridade dada ao capital financeiro inviabiliza um digno crescimento econômico, bem como o financiamento da saúde pública. A constante busca pelo cumprimento das metas e ajustes das contas externas, acaba por refletir em uma política restritiva, resultando em significativa redução dos gastos públicos, dentre os quais os gastos com a saúde.

No entanto, se destaca ainda a atual crise do capitalismo em relação ao seu modo de funcionamento sob a dominância do capital financeiro. Não obstante essa crise ter atingido proporções mundiais, atingiu também o Brasil, que constatou os efeitos da crise após verificar um crescimento inferior a 5.1% no ano de 2008, quando no ano de 2007 seu PIB foi de 5,4%. A redução registrada de R\$ 13,5 bilhões no superávit primário do mês de janeiro de 2009, em relação ao mesmo mês de 2008, evidenciou o aumento do gasto e da renúncia fiscal decorrente das medidas adotadas pelo governo para combater a crise. Diante da queda de arrecadação do governo, devido ao cenário em que se encontrava de combate à crise, se constatou um significativo corte no orçamento das políticas sociais, principalmente para a saúde (MARQUES e MENDES, 2009).

Voltando um pouco no tempo, verifica-se que a saúde pública coleciona algumas derrotas no financiamento de suas ações e serviços. A primeira grande tensão foi no ano de 1989 e 1990, quando recursos do Finsocial não foram totalmente

destinados ao financiamento da seguridade social, tendo sido utilizados para o financiamento dos encargos previdenciários da União. Mesmo a Constituição de 1988 determinando que ao menos 30% do total dos recursos da Seguridade Social deveriam ser destinados à área da saúde, em fins de 1990, tendo a Lei Orgânica da Saúde sido aprovada, o Ministério da Previdência Social reduziu o volume desse repasse. Desta forma se passou a transferir 20,9% da receita, em 1992, quando em 1991 era transferido 33,1% (MARQUES e MENDES, 2009).

O segundo embate foi quando no ano de 1993, o governo retirou a fonte da Contribuição Empregado e Empregador para a seguridade social, passando essa fonte a ser exclusiva da previdência social.

Um terceiro conflito, segundo MARQUES e MENDES (2009), aconteceu no ano de 1994, com a criação do que hoje conhecemos por DRU (Desvinculação das Receitas da União), antes denominado Fundo Social de Emergência e posteriormente Fundo de Estabilização Fiscal. Com a DRU, 20% da arrecadação das contribuições sociais são desvinculadas de sua finalidade, estando disponíveis para uso do governo federal.

Surge então a CPMF, no ano de 1994, como forma alternativa e transitória de se obter recursos, sendo que em 1997 o valor arrecadado pela CPMF correspondia a 27,8% do total das fontes do financiamento em saúde, passando para 37,0% em 1998, 22,6% em 1999, e mantendo-se em 30% até o ano de 2007, seu último ano de vigência. No entanto, seu volume de arrecadação não correspondeu ao esperado, uma vez que a COFINS e a CSLL haviam sido reduzidas (começaram a ser repassadas para a área previdenciária). Além disso, a DRU utilizou grande parte da arrecadação da CPMF, prejudicando assim os recursos que a princípio seriam destinados para a saúde (MARQUES e MENDES, 2009).

Toda essa incerteza em relação aos recursos financeiros para a área da saúde, fez surgir uma solução, qual seja a vinculação dos recursos orçamentários das três esferas dos poderes. A Emenda Constitucional nº. 29 surgiu no ano de 2000, estabelecendo que os estados destinariam 15% de suas receitas para a saúde, os municípios 12%, e a União 5%. No entanto, sua regulamentação só ocorreu em 2011,

sem trazer novos avanços, pois as propostas de se obter no mínimo 10% ao invés de 5% das receitas por parte da União, não foram aprovadas pelo Congresso. Caso a União aplicasse 10% de sua receita corrente bruta, seria um grande passo para se garantir a resolução da problemática do financiamento da saúde.

Infelizmente o Brasil ainda está longe de dedicar à saúde uma maior atenção, quando comparado a outros países que também possuem um sistema universal de saúde. Enquanto o Brasil gastou 4,0% do PIB em saúde, no ano de 2009, outros países gastaram em média 6,7%. A questão do financiamento da saúde pública acaba por contribuir para que ocorra a judicialização da saúde, pois se não há investimentos suficientes, consequentemente não haverá recursos para atender um sistema de propósito universal e igualitário de saúde; o que faz com que ocorra a busca, por meio do Poder Judiciário, de soluções para as demandas da população.

4.3.1. A Questão da Integralidade da Assistência

Conforme já mencionado, a Constituição enumera alguns princípios e diretrizes a serem observados pelo Poder Público no SUS. Um deles é o princípio da integralidade da assistência, consagrado no Art. 198, II, da Constituição:

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

(...)

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

A leitura isolada dessa norma constitucional pode conduzir a interpretação equivocada de que o SUS deve, a qualquer tempo, para qualquer

cidadão, em qualquer contexto, fornecer todo e qualquer insumo de saúde; neste sentido o chamado “princípio da integralidade” obrigaria o Poder Público a ser um provedor de prestações isoladas e descontextualizadas de saúde (WEICHERT, 2010).

Segundo WEICHERT (2010), compreender o princípio do atendimento integral no SUS como fonte do direito ao consumo de insumos de saúde – fornecidos gratuitamente pelo Estado – desvirtua o conteúdo da norma constitucional, pois transforma o dever do Poder Público de prestar serviços integrais em um dispensador de produtos e prestações desconexas, atentando contra os preceitos constitucionais que exigem atenção coletiva, equitativa e isonômica aos cidadãos.

O direito à saúde conforme esculpido no Art. 196 da Constituição é muito mais amplo do que as competências do SUS, também demarcadas na Constituição em seu Art. 200, não sendo possível ser demandada de forma irrestrita e ilimitada pela população, com garantia do Judiciário.

Ainda, não se pode confundir integralidade com universalidade. A universalidade de acesso mencionada no Art. 196 da Constituição é a garantia de que todas as pessoas têm o direito de ingressar no SUS. A universalidade compreende todos quanto queiram ir para o SUS, enquanto a integralidade não compreende tudo. A universalidade assegura o acesso de todos na saúde, mas a pessoa precisa querer adentrar o SUS, uma vez que a assistência integral somente é assegurada àqueles que estão no SUS. Quem optou pelo sistema privado não pode pleitear parcela da assistência pública porque ela pressupõe a integralidade da atenção, e esta pressupõe que o paciente está sob terapêutica pública, escolheu o sistema público (SANTOS, 2009).

A conjugação dos princípios da universalidade e da integralidade não investe o indivíduo do direito de, ao escolher a utilização de serviços privados, receber insumos ou prestações específicas do SUS. O que ocorre em suma é uma delimitação a quem se aplica o preceito da integralidade, e não uma exclusão (e por consequência violação do princípio da universalidade) do direito de acesso ao SUS (WEICHERT, 2010). Cumpre ressaltar, que o conteúdo da integralidade não proíbe o

SUS de alargar seu papel, oferecendo eventualmente insumos ou ações específicos a cidadãos sob a atenção dos serviços privados (WEICHERT, 2010).

A integralidade, portanto, exige que paciente e profissional mantenham um vínculo, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, e realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público da saúde.

É muito importante entender o alcance da expressão *integralidade da assistência à saúde* prevista no Art. 6º, d, e Art. 7º, II, da Lei nº. 8.080/90, pois é ela quem irá dar contorno ao direito à saúde, individualizado e garantido pelo SUS. Conforme o Art. 7º, II, integralidade de assistência pode ser entendido pelo conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (SANTOS, 2009).

O primeiro contorno (ou limitação) a ser observado sobre a integralidade, é que o paciente deve respeitar as regras do SUS em relação ao seu acesso. A assistência terapêutica íntegra pressupõe que o paciente esteja em tratamento no SUS e assim sendo, feito seu diagnóstico, prescrita a terapêutica, o SUS deve custear completamente o tratamento, incluindo a assistência farmacêutica (SANTOS, 2009). A Lei nº. 8.080/90 assegura a integralidade da assistência apenas àquele que optou pelas regras de atenção ao SUS.

O segundo contorno, é em relação aos percentuais de aplicação das receitas dos entes federados na saúde. Os gastos com a saúde devem se situar dentro do limite imposto pela Constituição, não havendo que se entender o direito à saúde como ilimitado se limitadas são as fontes. Deve-se observar a compatibilidade das necessidades em saúde com as disponibilidades de recursos (SANTOS, 2009).

Em relação ao terceiro contorno, SANTOS (2009) aduz que se trata da competência da União e do Estado de impor regulamentos técnicos, normas técnicas e científicas, protocolos de conduta e a obrigatoriedade de se pautar por critérios epidemiológicos para a definição da política de saúde, planos de saúde, condutas terapêuticas, seleção de medicamentos, incorporação de tecnologias, entre outros. Há

que se ter critérios científicos e técnicos, atualizados cientificamente para embasar a incorporação desta ou daquela tecnologia, terapia ou medicamento.

Por fim, o último contorno a ser observado sobre a integralidade, diz respeito a utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, alocação de recursos e orientação programática (Art. 7º, VII, da Lei 8.080/90). Este princípio norteia os planos nacionais, estaduais e municipais de saúde, bem como os gastos em saúde. Nas palavras de SANTOS (2009):

Cabe à autoridade na saúde planejar os serviços de saúde, de acordo com a epidemiologia, a organização de serviços e a demografia da região e elaborar a proposta de orçamento em conformidade com a EC 29, não sendo legítimo ao Judiciário interferir no plano de saúde elaborado nos termos da lei, ainda mais se se considerar que o plano de saúde deve ser aprovado pelo conselho de saúde local (participação social) (p. 70).

A integralidade do atendimento compreende também a obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos e correlatos. Não se pode, todavia, confundir direito à assistência farmacêutica com direito ao consumo de medicamentos; o SUS deve garantir atenção integral à saúde dos cidadãos, mas não pode ser um dispensador de remédios (WEICHERT, 2010). Isso traz consequências imediatas, como por exemplo a possibilidade do SUS definir os protocolos de atenção e esquemas terapêuticos. No entanto, o cidadão que possua necessidades especiais não pode ficar desassistido, devendo o Estado estabelecer mecanismos de apreciação de casos que não se enquadrem no modelo padrão (WEICHERT, 2010).

A regra geral é que apenas medicamentos devidamente registrados nos órgãos nacionais de vigilância sanitária devem ser fornecidos, sendo proibido a comercialização em território nacional de produtos não registrados previamente. O SUS não tem a obrigação de fornecer medicamentos sem registro no país, mas isso não afasta seu dever de apreciar situações excepcionais, como a indispensabilidade de um fármaco não disponível no país, para o tratamento de determinado usuário (WEICHERT, 2010).

Neste sentido, a obtenção de medicamentos por meio do Poder Judiciário tornou-se comum. Muitos são os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que categoricamente deferem os pedidos de fornecimento de medicamentos, como por exemplo o RE-AgR 271286⁶ e a STA-AgR 175⁷. Na literatura constitucional e sanitária, vários são os entendimentos que defendem categoricamente a limitação não apenas dos medicamentos (e demais serviços) a serem ofertados pelo Estado, mas também a inibição da intervenção do Poder Judiciário em tal questão, assim aduz TANAKA (2008):

tendo em vista que todo o provimento de medicamentos no sistema tem a mesma fonte de financiamento, temos um dilema. Ao prover, via judicial, medicamentos não padronizados e habitualmente mais caros, sem evidências que os efeitos na doença sejam realmente melhores, estaremos destinando mais recursos “per capita” a poucos em detrimento de garantir para a maioria os medicamentos essenciais para controle das doenças mais frequentes (p.142).

Nesta perspectiva e, por que não dizer, como forma de ser uma resposta do Estado à judicialização, foi aprovada a Lei n. 12.401/11, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde. A referida lei, além de especificar no que consiste a dispensação de medicamentos, produtos de interesse para a saúde e a oferta de procedimentos terapêuticos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, também define o que são os produtos de interesse para a saúde e os consagrados protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

A lei veda, expressamente, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, bem como a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

⁶ STF, RE-AgR 271286/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000.

⁷ STF, STA-AgR 175/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010.

A lei define ainda, a competência da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) para, de forma pactuada, fixar a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos terapêuticos.

Ou seja, agora existe por meio de uma lei a obrigatoriedade de serem respeitadas as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico ou, na ausência desses, a relação de medicamentos instituída pelo SUS. Além disso, a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, protocolo ou diretriz é atribuição do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS. Vedou-se, ainda, expressamente, que o SUS pague por medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais ou não autorizados ou não registrados pela ANVISA.

4.4. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CUSTO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

O reconhecimento do direito fundamental à saúde, em nossa Constituição Federal de 1988, provocou um aumento no número de demandas por saúde junto ao Poder Judiciário. Ações judiciais pedindo providências do Estado para assegurar o direito de acesso a tratamentos de saúde, medicamentos, cirurgias, entre outros, tornaram-se muito comuns nas diversas instâncias do Poder Judiciário (AITH, 2011).

Ocorre que, muitas vezes, as políticas de saúde não conseguem contemplar de forma universal e igualitária a todos, fazendo com que ocorra uma busca pelo Poder Judiciário no intuito de garantir a efetivação do direito à saúde. O Poder Judiciário, por sua vez, não pode deixar de apreciar as demandas judiciais que lhe são apresentadas, tendo que apresentar uma solução para cada caso em específico, conforme disposto na Constituição Federal em seu Art. 5º, XXXV, que

dispõe que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Esta busca pelo Poder Judiciário, para que se tenha efetivado o direito à saúde garantido constitucionalmente, às vezes geram consequências que afetam as políticas públicas programadas e também interferem no planejamento de ações do Poder Executivo (AITH, 2011).

Ainda, conforme AITH (2011), enquanto o Poder Executivo não oferecer um sistema de saúde capaz de atender os ditames constitucionais e legais, caberá ao Poder Judiciário proteger o direito à saúde daqueles que legitimamente levarem ao seu conhecimento uma lesão ou grave ameaça a este direito.

A principal questão seria, portanto, a discussão em torno das consequências ocasionadas pela atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, a chamada judicialização da saúde. Consequências, por exemplo, como o comprometimento do orçamento público em face das decisões judiciais na saúde, que pode inclusive prejudicar as demais políticas públicas planejadas e causar até mesmo a não efetivação de diversas garantias fundamentais dispostas no texto constitucional.

4.4.1. A Separação dos Poderes e a Questão da Competência Judicial

A CF de 1988, em seu Art. 2º, estabelece que o Poder Legislativo, o Executivo, e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. A isto denominamos separação de poderes, a separação clássica em três poderes, ainda que o poder do Estado seja uno. Essa divisão em três esferas ocorre para que seja possível haver uma imparcialidade na forma de governo, evitando-se assim o abuso de poder, conforme nos ensina MONTESQUIEU (2000):

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca, ou mesmo o Senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (p. 167-168).

No entanto, cabe dizer que no Estado Constitucional de Direito, assenta-se a idéia de que o poder soberano é uno, não podendo sofrer divisão. Assim, o que era chamado de “separação de poderes” no Estado Liberal, o constitucionalismo moderno chama de “divisão de tarefas estatais”. Diferentemente da idéia clássica inicial onde a separação visava a proteção da liberdade individual contra a arbitrariedade de um governo, na atualidade essa separação é utilizada para a exteriorização do Poder do Estado, através de suas funções (KEINERT, 2009).

Desta forma a vontade estatal é única e se manifesta através de seus poderes: executivo, judiciário e legislativo. Conforme aponta Moraes *apud* KEINERT (2009):

Nossa CF/88 visando, principalmente evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito (p. 94).

No que tange ao Poder Judiciário, ainda conforme os ensinamentos da supracitada autora, sua função ultrapassa o limiar de somente administrar a justiça, sua função vai além, sendo o guardião da Constituição, deve também preservar os princípios da legalidade e igualdade. A independência judicial ainda se completa por este Poder possuir não só autonomia política, mas também administrativa e financeira.

Há que se observar, em relação a harmonia entre os poderes, que em alguns pontos especificados constitucionalmente, um pode interferir no outro; bem como a divisão de funções e a independência entre eles não é em todo absoluta, existindo aqui o mecanismo denominado de *freios e contrapesos*, que busca encontrar o necessário equilíbrio para realizar o bem coletivo.

Não há que se discutir a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas, atualmente. Ainda que a separação de poderes seja utilizada para deixar de analisar a questão de mérito em um ou outro precedente judicial, ou até mesmo como argumento retórico, as razões para decidir são sempre outras (ZANETI JUNIOR, 2011). Todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo distribuídas as funções pelos diversos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, funções estas que podem ser típicas ou atípicas, mas exercidas dentro de um quadro institucional.

A separação rígida dos poderes, bem como a doutrina que a defende de forma única e rígida, tornou-se um dos *“pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”* (Bonavides *apud* ZANETI JUNIOR, 2011, p. 48-49).

São palavras de LIMA (2010):

O primeiro critério a ser observado é o respeito à separação, harmonia e independência entre os Poderes, tal como preceitua o art. 2º de nossa Constituição. Com isso não se quer dizer que o Poder Judiciário não possa ser demandado e compelir qualquer ente público a determinadas prestações positivas na área da saúde. O que se quer salientar é a necessidade de que, em tais demandas, se considere, para fins de convencimento do Juízo e fundamentação da decisão, a existência de legislação ou não sobre o tema, bem como o

grau de desenvolvimento de políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo (p. 248).

Desta forma, quando ocorrer uma “disfunção política” no uso das atribuições de cada poder, deveres-poder, a questão poderia ser levada ao Poder Judiciário, o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito. A verdadeira diferença entre os poderes seria então, a legitimidade exercida através da representação popular (Executivo e Legislativo) ou a partir da Constituição e das leis (Poder Judiciário) (ZANETI JUNIOR, 2011).

O que ocorre muitas vezes, é que quando se lida com direitos fundamentais é inevitável suscitar a questão da separação entre os poderes no que diz respeito às competências. Diante de uma demanda judicial que vise satisfazer o direito à saúde, especificamente para a obtenção de medicamentos, por exemplo, o magistrado provavelmente considerará a previsão expressa do direito à saúde na Constituição Federal e a garantia do direito ao medicamento, que dele deriva. Ele também haverá de lembrar, que o direito de obter medicamentos é uma resposta a questões de política pública, no que tange a quantidade de recursos a ser empregada na área da saúde e a maneira de como fazê-lo (ZANITELLI, 2010).

Neste caso, no que desrespeito à questão de política pública, o magistrado deveria se questionar se caberia a ele, como membro do Poder Judiciário, decidir sobre o dispêndio de recursos públicos para a compra de determinado medicamento ou se isso não seria uma tarefa dos legisladores ou órgãos do governo, havendo o Poder Judiciário apenas que se limitar a seguir a lei e, na sua inexistência, julgar improcedente a demanda em questão (ZANITELLI, 2010).

De outro lado existe a problemática dos custos dos direitos fundamentais, pois os recursos empregáveis na satisfação de tais direitos são insuficientes. No entanto é difícil imaginar alguma demanda que possua um custo alto o suficiente a ponto de torná-la inatendível, pois os pedidos são geralmente razoáveis, acontece que ao se atender tais demandas ocorre o comprometimento de se prover outras igualmente amparadas pela Constituição (ZANITELLI, 2010).

Neste sentido, conforme o autor supracitado, a questão dos custos e da competência seria dependente relativamente entre si; dependentes porque a solução de uma questão interferiria na outra, e relativamente porque também podem ser resolvidas separadamente, nas palavras de ZANITELLI (2010):

Se, ao examinar a questão da competência, o órgão judicial concluir que não deve se pronunciar sobre a matéria de política pública em jogo – em outras palavras, se ele constatar que essa é uma matéria a respeito da qual o legislador dispõe, de acordo com a Constituição, de liberdade de conformação – então a questão dos custos estará, para o mesmo órgão, superada, uma vez que ele não precisará indagar se a escassez de recursos é um empecilho à realização do direito pretendida (p. 191).

Por outro lado, parece que uma observação mais profunda do caso se faz necessária quando o magistrado de outra forma entender, conforme continua a nos dizer ZANITELLI (2010):

Se, ao contrário, a questão da competência for resolvida de outra maneira, isto é, se o juiz atribuir a ele próprio, e não ao legislador, o poder de dar resposta ao pedido quanto à eficácia de um direito constitucionalmente previsto, então a questão dos custos adquire para ele, juiz, um status independente, já que poderá (ou terá de) apreciar o pleito levando em conta a quantidade de recursos disponíveis. Isso o levará a acolher ou rejeitar a demanda, de acordo, possivelmente, com a importância do direito a satisfazer e com a dos demais direitos que serão sacrificados caso a ação seja julgada procedente (p. 191).

Os autores SUSTEIN e HOLMES (1999), são peremptórios ao afirmarem que os direitos somente podem ser prestados onde haja orçamento suficiente. A decisão judicial deve avaliar a escassez de recursos e observar as leis orçamentárias, uma vez que a determinação da consecução do direito à saúde deflagra uma desestruturação nas contas públicas, prejudicando os demais direitos ou mesmo o próprio direito à saúde aos outros indivíduos.

No Brasil, quem determina a prioridade para a realização dos gastos públicos é o Poder Legislativo, ficando a cargo do Poder Executivo a realização destes gastos e cabendo ao Poder Judiciário dirimir conflitos nos termos da lei, não sendo sua função substituir o Poder Legislativo ao transformar “*discrecionalidade legislativa*” em “*discrecionalidade judicial*” (SCAFF, 2010).

Desta forma, as decisões jurídicas devem tomar em conta a variável econômica que permeia a realidade. O deferimento ou indeferimento de uma demanda judicial não pode ignorar a escassez de recursos econômicos e o planejamento orçamentário. Conforme GALDINO (2005), sequer são cogitados os efeitos econômicos das decisões judiciais, sendo até mesmo possível afirmar que a análise jurídica ignora quase completamente as variáveis econômicas envolvidas nas questões que lhe são postas para solução. O juiz possui um ambiente de visão limitado pelas pretensões postas pelas partes, ignorando os efeitos sociais dos seus julgados e limitando assim o conjunto de oportunidades, o que afeta a qualidade da decisão.

4.4.2. A Judicialização da Saúde e a Questão Orçamentária

A saúde é um direito fundamental social, tendo sido reconhecido seu caráter normativo e sua aplicabilidade imediata, e, portanto, qualquer indivíduo tem o direito de exigir do Estado prestações materiais. O que o Poder Judiciário faz algumas vezes, no entanto, sob o argumento de que o direito à saúde é assegurado constitucionalmente, é aplicar o direito à saúde como um verdadeiro poder individual, absoluto e irrestrito do indivíduo contra o Estado, atuação que não é a mais adequada quando se trata de direitos sociais. A partir do momento que essa atuação do Poder Judiciário impossibilita a aplicação do referido direito de forma universal, surge um certo voluntarismo irracional. Não se trata de questionar a

determinação de prestações positivas ao Estado por meio do Poder Judiciário, mas sim de encontrar um modelo que concretize o direito à saúde como relação de justiça social, com discussão de critérios que permitam o acesso de forma racional, universal e igualitária às ações e serviços de saúde, conforme descrito no Art. 196 da Constituição Federal (LIMA, 2010).

A responsabilidade dos órgãos jurisdicionais nestes casos, quando de suas soluções, aumenta consideravelmente, fazendo com que o Judiciário se transforme em um verdadeiro órgão determinante de políticas públicas.

Nos ensina GANDINI *et. al.* (2010):

a implementação de políticas públicas pelo judiciário não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal... no entanto é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. O Estado tem, pois, o dever de prestar a tutela jurisdicional, como decorrência do princípio do acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF (p. 259).

Cumpra diferenciar aqui judicialização de ativismo judicial. Sobre essa diferenciação, Barroso *apud* GANDINI *et. al.* (2010) nos ensina:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm portanto, da mesma família, freqüentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (p. 260).

Portanto, judicialização e ativismo não se confundem; o primeiro se caracteriza pelo dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional, o segundo se justifica pela pró-atividade do magistrado que, frente a inércia dos demais poderes, tende a decidir no sentido de efetivar direitos, até então, esquecidos (GANDINI *et. al.*, 2010).

A efetivação do direito à saúde através do Poder Judiciário é possível, seja por meio de ações coletivas ou individuais, independente do magistrado ter uma visão ativista.

Entretanto, as várias decisões que satisfazem a busca pelo direito à saúde, conforme definido no Art. 196 da Constituição, fazem de forma individual o que na verdade deveria ser implementado por meio das políticas públicas; o que se estipula o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Em decorrência destas decisões, verifica-se um abalo financeiro nos programas e nas políticas públicas de saúde, verifica-se um comprometimento de sua implementação (SCAFF, 2010).

As sentenças judiciais que satisfazem o direito à saúde implicam aumento de custos para o Erário, reconhecendo um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado, são chamadas de “sentenças aditivas”. Alguns problemas decorrem dessas decisões judiciais aditivas, entre os quais: a) esse tipo de decisão é pontual, atinge um número restrito de pessoas, dificultando a atribuição de suas decisões à generalidade de quem se encontra na situação mencionada; e b) transforma o Poder Judiciário e o STF em “ordenadores de despesas públicas” dificultando o planejamento governamental exercido pelos outros poderes (Executivo e Legislativo), no tocante às políticas públicas já aprovadas e com recursos orçamentários já definidos (SCAFF, 2010).

O entendimento de GRAU (1993) também é no sentido de que o Poder Judiciário deva observar o contexto econômico e não se basear somente nas normas jurídicas em suas decisões: “*É chegada a hora de o jurista deixar de se “esconder” por detrás das normas, que na sua abstração podem tudo, para olhar firme à*

escassez conjuntural do Estado. É certo que a realidade por vezes amedronta. Mas ela é verdadeira” (p. 144).

Para exemplificar, no ano de 2009, no Estado do Rio Grande do Sul, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde foi gasto com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 (oitenta e sete mil novecentos e sessenta e seis) pacientes foram atendidos pela via administrativa, e 20.497 (vinte mil quatrocentos e noventa e sete) pacientes, pela via judicial. Naquele ano, 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do estado estava sendo administrado, pelo Poder Judiciário. Considerando que o caixa para atendimento de demandas administrativas e judiciais é único, a intervenção judicial na área da saúde foi um dos óbices para que o Estado conseguisse atender regularmente a sua demanda administrativa (BRASIL, 2009b).

O Estado de São Paulo, por sua vez, somente no ano de 2008 gastou R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no atendimento às demandas judiciais de saúde. Esse gasto foi 567% maior do que o gasto do ano de 2006, que foi de R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Já no ano de 2010, os gastos chegaram a quase R\$700.000.000,00 (setecentos milhões de reais). O valor despendido no ano de 2009 pelo Município de Campinas, por exemplo, para o cumprimento de ações judiciais – ano em que recebeu 86 (oitenta e seis) novas ações - foi de R\$2.505.762,00 (dois milhões, quinhentos e cinco mil, e setecentos e sessenta e dois reais), sendo que o total de recursos de que dispunha o Município para atendimento dos usuários do SUS era de R\$16.929.316,29 (dezesseis milhões, novecentos e vinte e nove mil, trezentos e dezesseis reais, e vinte e nove centavos). Ou seja, quase 16% de todo orçamento de medicamentos do Município foram destinados ao atendimento de apenas 86 (oitenta e seis) ações judiciais (BRASIL, 2011b).

Ao ser indagada sobre a judicialização da saúde, SANTOS (2013) afirma que a maioria das pessoas que demanda contra o Estado para obter algum tipo de serviço de saúde tem um plano de saúde, e buscam no SUS aquilo que o plano não garante, sendo que este modo de enxergar o SUS como sendo complementar ao plano de saúde acaba sendo um grave problema para a sua organização. O Estado de São Paulo no ano de 2011 gastou por volta de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões

de reais) em medicamentos reivindicados por meio do Poder Judiciário, o que acaba por desorganizar e desestruturar qualquer planejamento já estabelecido. A autora é bem enfática ao afirmar que o SUS possui uma organização e estrutura previstas, inclusive, no Art. 198 da CF e que devem ser observadas; pois o Judiciário quando garante demandas de maneira isolada, sem olhar para o sistema como um todo, o desestrutura, porque na maioria das vezes o orçamento do município, por exemplo, não tem capacidade para atender a esses pedidos.

Essa interferência do judiciário nas políticas públicas se torna ainda mais grave quando a satisfação do direito à saúde não atinge a toda sociedade, não exercendo assim o verdadeiro sentido dos direitos sociais, assim nos diz SCAFF (2010):

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira ‘captura’ dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas (p. 136-137).

Pode-se perceber então, que muitas vezes as decisões judiciais que fazem a justiça do caso concreto “*microjustiça*”, têm significado um forte ponto de tensão diante dos elaboradores e executores das políticas públicas. Diante da judicialização, esses elaboradores e executores, atuantes na dimensão comunitária do direito à saúde, acabam se vendo compelidos a garantir prestações que contrastam com a política estabelecida. Não é por acaso que diante de alguns casos, tendem a arguir que o cumprimento da determinação judicial extrapola suas possibilidades orçamentárias, levando a discussão para a chamada Reserva do Possível (MORAES, 2011).

4.4.3. A Teoria da Reserva do Possível

O Estado possui muitas atribuições positivas, sendo necessário planejar os gastos e condicioná-los a recursos obtidos direta ou indiretamente da população.

A política pública ao condicionar os recursos, que são escassos, acaba por determinar que se façam escolhas trágicas quanto a sua aplicação, programas e prioridades, gerando assim um certo distanciamento, muitas vezes conflituoso, entre a sociedade e os objetivos constitucionais.

A reserva do possível foi uma prática jurídica alemã importada e perfeitamente adequada à realidade brasileira a partir da década de 1990, sendo invocada como um limite fático e intransponível diante de uma alegada escassez de recursos (Olsen *apud* MORAES, 2011, p. 29).

A doutrina (ou cláusula) da reserva do possível limita a realização de direitos fundamentais pela via judicial, em decorrência da escassez de recursos do Estado. Essa ideia de que a situação orçamentária seja aceita legalmente como fato impeditivo da satisfação de direitos fundamentais não é bem aceita por todos, sendo as opiniões divididas basicamente em três grupos: *a)* o dos que concordam com o impedimento de satisfação de direitos fundamentais em decorrência da escassez de recursos; *b)* o dos que rejeitam a doutrina; e *c)* o dos que a admitem com certas ressalvas (ZANITELLI, 2010).

O Poder Judiciário não pode deixar de apreciar e tutelar os direitos fundamentais que lhe são demandados, mas deverá agir com cautela diante da bilateralidade de efeitos jurisdicionais que estes direitos apresentam, pois ao promover os direitos de uns poderá haver grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (BARROSO, 2010).

Outrossim, essa bilateralidade de efeitos jurisdicionais, onde se ganha por um lado e perde-se por outro, advém do fato de que são escassos os recursos e muitas as necessidades (SABINO, 2011). O Poder Judiciário deve basear-se em alguns

parâmetros e na exata noção das conseqüências de suas decisões, tendo em vista que de forma ou outra, suas decisões implicarão no orçamento público, causando impacto, exigindo realocação forçada de recursos e prejudicando quem se beneficiaria originalmente destes recursos do Estado.

Para exemplificar, BLIACHERIENE e MENDES (2010) nos dizem qual é o verdadeiro entendimento de alguns juízes:

houve uma explosão de questionamentos sociais que se manifestaram pela via judicial, inclusive os reativos à saúde, sem que houvesse institucionalizado os instrumentos orçamentários adequados ao seu atendimento. Na prática, muitos municípios do país não se vêem em condições de atender às demandas judiciais sem causar sérios prejuízos ao fornecimento de atenção básica a todo o resto da população.

(...)

A frase preocupante que já tivemos a oportunidade de ouvir de juízes, em situações distintas ao tratar do tema, ‘dane-se o orçamento’, demonstra o rumo de subdesenvolvimento e falta de seriedade que o judiciário pode imprimir às contas públicas, sem as devidas alterações estruturais, se houver uma imposição de despesas em grande escala no setor da saúde ou qualquer outro setor que contenha demandas sociais reprimidas (p. 20-25).

A limitação de recursos públicos no Brasil é um fato a ser considerado, sendo exagerado defender a ideia que o Estado possa conceder para qualquer pessoa toda e qualquer prestação na área da saúde, situação que não existe nem mesmo em países de melhor condição econômica. O direito à saúde deve ser garantido através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, conforme disposto no art. 196 da Constituição, observados critérios racionais de aplicação (LIMA, 2010).

Ao tratar de tema semelhante, uma importante reflexão é trazida por WANG (2009):

Argumentar o contrário seria defender que o sistema público de saúde no Brasil pode dispor para todos os seus cidadãos todos os melhores tratamentos para todos os problemas de saúde existentes, o que é irreal até mesmo para os países mais

desenvolvidos. Apenas a título de exemplo, Fabíola Vieira e Octávio Ferraz calcularam que se o sistema público de saúde oferecesse os tratamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatóide, que juntamente atingem 1% da população, isso teria como custo R\$ 99,5 bilhões, o que seria superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (p.316).

A Lei de Responsabilidade Fiscal bem como as regras orçamentárias devem ser observadas pelo Poder Judiciário quando da tomada de suas decisões. A Lei de Responsabilidade Fiscal limita a liberdade de utilização de verbas orçamentárias, faz com o que o gestor considere as prioridades impostas, engessando assim as possibilidades de atuação deste frente às demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais.

Corroborando com este entendimento OLIVEIRA (2011), *“há que se ponderar que os recursos são finitos, devendo haver uma escolha política do executor e do legislador na fixação de prioridades”* (p. 479).

Ainda neste sentido, SARLET (2010) afirma que:

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (p. 285).

De acordo com MENDES (2003), a possibilidade de se efetuar gastos em saúde sem antes haver uma relação com o seu programa, é inexistente; a Lei de Responsabilidade Fiscal obriga a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA, que são leis e determinam financeiramente, através da alocação de recursos públicos, as ações prioritárias para o atendimento das demandas da sociedade.

Neste sentido, SCAFF (2010) nos ensina que a lei orçamentária é quem determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais, sendo que portanto não adianta falar em direitos sem considerar os recursos financeiros do Estado para realizá-los.

A reserva do possível quando trazida como insuficiência de recursos, deve ser entendida no sentido de que as necessidades são ilimitadas e os recursos escassos, havendo de ser observada na formulação de políticas públicas e em decisões judiciais. De outro lado, sua interpretação também tem sido no sentido de limitar a efetivação de direitos sociais frente a incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Se não há previsão orçamentária específica, a intervenção judicial fica comprometida. Mas este último entendimento não é majoritário na jurisprudência dos tribunais, que já chegaram inclusive a bloquear recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior que determinava o fornecimento de medicamentos⁸. Assim, a reserva do possível deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de um direito social, ou seja, as pretensões devem ser analisadas pelo Poder Judiciário mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade (MÂNICA, 2007).

Ainda, conforme MÂNICA (2007):

Nesse processo de ponderação, a racionalidade econômica – traduzida como limitação de recursos e de capacidade de disposição dos mesmos – incorpora-se à racionalidade do juiz, de modo a compor mais um elemento para determinação da proporcionalidade. Desse modo a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são limitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões (p. 185).

Significa então que de um lado temos o reconhecimento da inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais e, de outro, a inexistência efetiva

⁸ STJ, Resp. nº. 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21.09.06.

de recursos e ausência de previsão orçamentária, sendo que estes últimos são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial tomará forma. Desta forma o custo para a efetivação de um direito fundamental não pode servir de obstáculo intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação; assim como a natureza de providência judicial almejada, principalmente no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para proteção do direito invocado (MÂNICA, 2007).

Há portanto a real importância de haver um planejamento orçamentário antes de se iniciar qualquer política pública de saúde. Nesse contexto, os “imprevistos” causados pelas decisões judiciais colocam em risco todo o planejamento orçamentário já definido para a realização das políticas de saúde, além de inviabilizar a realização destas. Sobre este tema, WANG (2009)⁹:

Além do mais, é preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. Luiz Roberto Barradas Barata, então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo em 2005, afirmou que a geração de gastos não previstos no orçamento, pelo Poder Judiciário, obrigava-o a, entre outras coisas, deixar de incrementar o Programa de Saúde da Família, uma política voltada para atenção básica da população mais carente. Ainda que essa afirmação seja de difícil comprovação, não é irrazoável afirmar que a grande quantidade de recursos da saúde gasta para cumprir as decisões judiciais não pode ser alocada sem afetar outras políticas de saúde que, por sua vez, também protegem o que seria o mínimo existencial de outros cidadãos (p. 317).

⁹ Estudioso das decisões do Supremo Tribunal Federal em face das ações de medicamentos, WANG (2008) em uma interessante análise das decisões, observou que o STF sempre entendeu que os custos do direito à saúde e a limitação de recursos públicos para seu atendimento não eram aceitos como argumentos a justificar a negativa de concretização desse direito de natureza constitucional. Em 2008, no entanto, decisões da Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, apontavam para uma possível modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. A Ministra reconheceu a não-obrigatoriedade do fornecimento pelo Estado de fármacos requeridos, sob o fundamento de que, diante da sabida limitação dos recursos, a racionalização dos gastos públicos era imprescindível para o atendimento do maior contingente possível de pessoas. Contudo, o autor observa que mesmo depois das referidas decisões inéditas, a Corte – e até mesmo a Ministra Ellen Gracie – já decidiu inúmeras vezes nos padrões anteriores, não sendo possível identificar uma linha de argumentação coerente a ser aplicada em casos futuros.

A aplicação da reserva do possível parece ser justa e necessária frente às decisões judiciais que não observam e não respeitam a Lei de Responsabilidade Fiscal. Entretanto, há que se observar uma posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível.

4.5. A AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE

A partir da judicialização da saúde, observou-se um aumento no número de decisões que condenaram a Administração Pública ao custeio de inúmeros e diversos tipos de prestações de saúde. Tratamentos médicos no Brasil e no exterior, e medicamentos de alto custo (muitas vezes não registrados no Brasil e em caráter experimental e de eficácia duvidosa) são alguns exemplos dos pedidos que o Judiciário aprecia. Além disso, não há um critério para a aferição de qual ente estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizado, sendo na maior parte das vezes os três condenados solidariamente.

Inúmeras reações começaram a surgir, tanto dos gestores como da doutrina pátria, no sentido de que os juízes estariam formulando políticas públicas em afronta ao princípio da separação dos Poderes, além de outros argumentos como por exemplo o déficit democrático do judiciário; as limitações técnicas dos magistrados para apreciação das políticas em toda a sua complexidade; a discricionariedade administrativa; a cláusula da reserva do possível; entre outros. Defende-se que seria atribuição do Poder Executivo, dentro dos marcos normativos definidos pelo Legislativo, a formulação de políticas e, portanto ao judiciário caberia apenas atuar na execução das políticas (LIRA, 2010).

Ainda, segundo LIRA (2010), os magistrados e também parte da doutrina defendem uma maior liberdade da intervenção judicial nas políticas públicas de

saúde, com fundamento nos princípios da supremacia e da máxima efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais. A legitimidade da intervenção do Judiciário estaria então na omissão do Executivo em cumprir o Art. 196 da CF; o Judiciário estaria apenas aplicando a Constituição.

Diante de tais fatos e polêmicas, bem como frente ao excessivo número de processos em tramitação nas esferas judiciais, tornou-se necessário o estabelecimento de critérios para a racionalização da atuação judicial nas questões relativas à saúde, principalmente, dentre outros fatores, em razão do grande impacto orçamentário que as decisões judiciais ocasionam.

Muitos dos temas que permeiam o SUS não são discutidos a fundo nas demandas judiciais, tais como: responsabilidade dos entes federativos no SUS; padrão de integralidade da assistência; programas de assistência farmacêutica, suas diretrizes e seu funcionamento; protocolos clínicos de conduta; mecanismos de incorporação de novas tecnologias; ente outros. É neste contexto que resulta a especial importância da audiência pública realizada pelo STF, convocada exatamente para discutir o sistema público de saúde no Brasil e buscar parâmetros para a atuação judicial (LIRA, 2010).

Desta forma, com base nas Leis¹⁰ nº. 9.868/99 e 9.882/99, foi realizada no ano de 2009 a audiência pública da saúde, convocada pelo então Presidente do Tribunal, o Ministro Gilmar Mendes. Essa audiência, ao contrário de outras anteriormente realizadas, não ocorreu no âmbito de um processo concentrado de constitucionalidade, tendo se destacado pela amplitude da discussão já que o objetivo era discutir o sistema público de saúde no Brasil, objeto de vários pedidos de suspensão de segurança, de liminares, e de tutela antecipada.

O próprio Ministro Gilmar Mendes se manifestou acerca da constante tensão existente entre as decisões do judiciário e a gestão pública das ações e serviços de saúde, ao se manifestar no sentido de que se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a

¹⁰ Ambas as leis possibilitaram a pluralização do processo de interpretação constitucional, ao cuidarem da permissão da realização de audiência pública pelo STF mediante à participação do conjunto da sociedade civil; contribuindo desta forma com informações acerca de material ou circunstâncias de fato.

realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Buscou-se esclarecer, por meio do depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de SUS, questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, e econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde.

Procurou-se principalmente abordar vários temas recorrentes nas ações judiciais, tais como: responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS; obrigação do Estado custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamentos não licitado e não previsto nas listas do SUS; e a questão das fraudes ao SUS (LIRA, 2010).

Foram designados os dias 27 e 28 de abril de 2009 para a sua realização, sendo que os interessados deveriam requerer sua participação através do endereço eletrônico fornecido pelo Tribunal, fundamentando o pedido e indicando sua representatividade e pontos a defender. Logo de início, foram convidados a participarem: O Presidente do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministro de Estado do Ministério da Saúde, o Advogado-Geral da União; o Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); o Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); o Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); o Presidente da

Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); o Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM).

Conforme ressaltado no Despacho de Habilitação de Especialistas, em razão do grande número de requerimentos recebidos, foram ampliados os dias de realização da audiência para os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, das 9h às 12h, buscando dessa forma garantir a participação dos diversos seguimentos da sociedade, podendo ser assistida por quaisquer interessados, sem necessidade de inscrição. Cada participante teve quinze minutos para a sua intervenção, sendo que não houve espaço para debates. As perguntas era enviadas ao endereço eletrônico fornecido pelo Tribunal e encaminhadas pela Presidência do Tribunal aos especialistas, para posteriormente serem disponibilizadas junto com as respectivas respostas na página da audiência pública do portal do STF (LIRA, 2010).

Assim, por meio da audiência pública da saúde foi possível a realização de um amplo e pluralista debate público em favor das políticas de saúde, a partir do envolvimento de diversos segmentos da sociedade (usuários do SUS, médicos, gestores, acadêmicos, magistrados, defensores, promotores e procuradores), além de informações técnicas necessárias para a instrução dos processos do Tribunal. Os debates resultaram em maior conhecimento acerca do funcionamento do SUS para todos os participantes envolvidos, Ministros do STF, debatedores e ouvintes. O número de interessados em acompanhar os trabalhos da audiência e os temas dos debates demonstraram a efetiva necessidade de discussão e aprofundamento dos dilemas envolvidos na questão saúde pública e a sua judicialização (LIRA, 2010).

Muitos foram os pontos de vista envolvidos pelos diversos segmentos da sociedade e, embora houvesse uma dicotomia nos argumentos apresentados (houve aqueles que defenderam a racionalidade do SUS e a imposição de limites à judicialização, e também aqueles que expuseram as fraquezas e a ineficácia do Sistema Único de Saúde), foi possível chegar a consensos mínimos acerca de alguns pontos fundamentais, como por exemplo a importância dos registros na ANVISA e dos protocolos clínicos do SUS, demonstrada a necessidade de ampliação e atualização destes últimos (LIRA, 2010).

Ao longo de seis dias de debate foi possível verificar que a judicialização da saúde é um problema de causas complexas, bem como as soluções, que não podem ser percebidas sem prévia mobilização de todos os agentes sociais envolvidos, não apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas também nos processos de formulação e de implementação das políticas públicas de saúde, por meio da pluralização do debate e do diálogo também no Poder Legislativo e na Administração Pública. Desta forma verifica-se a importância da audiência pública, pois resultou num elemento de coordenação dos processos judiciais que envolvem as políticas públicas de saúde, por meio da atuação conjunta dos vários atores sociais e estatais envolvidos na questão, além de se tratar de instrumento de legitimação da jurisdição constitucional que possibilitou a adoção, ainda inicial, de critérios e parâmetros para a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos; tudo a partir do diálogo do STF com especialistas na matéria e com a sociedade civil (LIRA, 2010).

Por fim, cumpre ressaltar que a Audiência Pública da Saúde resultou na elaboração da Recomendação nº. 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹¹, de 30 de março de 2010, a qual recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, como, por exemplo, apoio técnico de médicos e farmacêuticos às decisões dos magistrados. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 107, de 06 de abril de 2010, instituindo no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

¹¹ O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Pode-se dizer que o CNJ é um instrumento do Poder Judiciário, e tem a missão de contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade. Suas atribuições estão previstas na Constituição Federal, e sua presidência é ocupada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que é indicado pelos seus pares para exercer um mandato de dois anos.

5. O CAMPO DAS FINANÇAS PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO - FINANCEIRO

A Constituição Federal de 1988 introduziu uma série de mudanças significativas no campo do orçamento público. A principal mudança foi a criação de um sistema articulado de normas, permitindo desta forma um planejamento e ação orientada em função dos objetivos descritos na Constituição.

O atual modelo orçamentário está baseado no equilíbrio e na coparticipação do Legislativo e Executivo, bem como na existência de um sistema de planejamento econômico que irá orientar a criação e a execução da norma do orçamento. O sistema orçamentário é regulado por três Leis: a Lei do Plano Plurianual (PPA); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Posteriormente, com a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), institucionalizou-se para os três níveis de governo novas regras de responsabilidade e transparência na gestão das finanças públicas. A partir de então, a sistemática que visa assegurar o respeito a limites de gastos e de dívidas, previamente definidos, e o cumprimento de resultados fiscais, fixados periodicamente por lei própria de cada governo passou a ser adotado (TOLLINI e AFONSO, 2011).

Planejamento, portanto, é estabelecer ações e serviços públicos a partir de políticas públicas predefinidas, dimensionando recursos físicos, humanos e financeiros para atingir objetivos e metas em determinado horizonte de tempo (FERRAZ, 2011).

No âmbito do SUS o planejamento também está presente (PlanejaSUS) sendo seus principais instrumentos o Plano de Saúde, a Programação Anual de Saúde e o Relatório Anual de Gestão. Desta forma, nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros.

Este segundo capítulo abordará o campo das finanças públicas, tendo como destaque a necessidade da responsabilidade do planejamento orçamentário-financeiro. Será abordado algumas consideração acerca do planejamento orçamentário-financeiro e suas diretrizes: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a Lei Orçamentária Anual (LOA) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). O planejamento em saúde (PlanejaSUS) também será abordado, para que seja demonstrado a necessidade de se trabalhar com o planejamento orçamentário-financeiro no campo da saúde pública.

5.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO - FINANCEIRO E SUAS DIRETRIZES

Sendo o Orçamento instrumento realizador das finalidades do Estado, torna-se vital conhecer o planejamento orçamentário, que sob *a reserva do possível*, deverá dotar o Estado de condições de bem atender à inovação da administração, a fim de prestar melhores serviços, com agilidade e credibilidade aos cidadãos, ao tempo em que também deve demonstrar gerir de forma adequada os recursos que deles extrai, fazendo-o de forma clara, aberta, democrática e responsável (ALMEIDA, 2011).

As Leis Orçamentárias são normas que condicionam o planejamento estatal como um todo, determinando despesas e receitas necessárias ao funcionamento do Estado e também a promoção de direitos, que acabam por envolver as mais diversas formas de política pública (VASCONCELOS, 2010).

O orçamento público, classicamente, sempre foi tido como um documento contábil que continha a previsão e a autorização das receitas e despesas, respectivamente, a serem realizadas pelo Estado; o objetivo de uma forma geral era manter o equilíbrio financeiro e evitar a expansão dos gastos. Após o surgimento do

*Estado de bem-estar social*¹², esse caráter de neutralidade foi abandonado pelo orçamento público, que se tornou um instrumento da administração pública com o objetivo de auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. É importante frisar, que a concepção moderna de orçamento está intrinsicamente relacionada à noção de políticas públicas, pois é a partir do Estado Social que, por meio das políticas públicas e orçamento, surge a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e social (MÂNICA, 2007).

O sentido de política pública é amplo, compreendendo todos os instrumentos de ação dos governos. Para OLIVEIRA (2011), políticas públicas seriam as providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.

No conceito de BUCCI (2006), políticas públicas são:

programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (p. 241).

Assim, as políticas públicas podem se encontrar consubstanciadas em leis ou atos normativos, mas não se confundem com eles, pois decorrem do conjunto de atos e/ou normas que implementam valores e objetivos albergados pelo ordenamento jurídico (MÂNICA, 2007). Ainda, política pública não se confunde com o plano ou o programa, embora normalmente exteriorize-se por meio deste, conforme salienta BUCCI (2006) ao observar que a política é mais ampla que o plano e define-se como

¹² Dentre as várias interpretações acerca do surgimento do *Estado de Bem-Estar Social*, ressaltamos aquela que afirma que o *Estado de Bem-Estar Social* substituiu o antigo paradigma do *Estado Liberal*, especialmente a partir da Constituição Alemã de 1919, conhecida como *Constituição de Weimar*, nascendo com ele as obrigações ou prestações positivas para o Estado. Merece menção que, o *Estado de Bem-Estar Social* teve seu apogeu após a Segunda Guerra Mundial, no período dos anos gloriosos do capitalismo, constituindo-se em uma das ferramentas fundamentais para a acumulação capitalista, segundo BEHRING e BOSCHETTI (2006).

processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados.

No Brasil, o marco normativo do orçamento público encontra-se originalmente na Lei nº. 4.320/64, editada como lei ordinária e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como lei complementar, não podendo portanto ser alterada por lei ordinária ou medida provisória. Ocorre que, somente após a CF/88 é que a estrutura orçamentária adquiriu sua plenitude, por meio do processo de reforma do Estado Brasileiro que marcou a década de 1990, em especial a série de inovações introduzidas no planejamento e orçamento público, que acabaram por contribuir para a cumplicidade entre o processo orçamentário e o planejamento.

Nesse sentido, o orçamento é peça chave ao Estado. Nele restam concretizadas, em números, as escolhas políticas que pretendem a consecução da vontade popular, ao atendimento às diversas necessidades sociais, com a finalidade de promover os objetivos de uma Constituição vasta e minuciosa (VASCONCELOS, 2010).

O processo e organização orçamentário como um todo, entre outras coisas, importa na concretização dos interesses sociais, políticos e econômicos, individuais ou coletivos. Neste aspecto, a elaboração e previsão orçamentária pode ser considerada mais do que uma mera relação de receitas e despesas, pois determinam-se as prioridades e as necessidades públicas a serem supridas ou suprimidas.

A lógica de trabalhar com os recursos de forma planejada ocorre desde a CF/88, que em seu artigo 165 estabeleceu um sistema coordenado por três normas jurídicas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Posteriormente, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/2000), foram reforçadas as atribuições e conexões entre estes instrumentos já trazidos pela CF/88, sendo que a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu especificamente o conteúdo da LDO e obrigou a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento – PPA, LDO e LOA (LRF, Art. 3º a 10).

Estas normas são verdadeiros instrumentos preventivos e aplicadores de políticas públicas, pois agem definindo e quantificando ações administrativas, metas, e prioridades a serem realizadas; e também por servirem de parâmetro no controle da gestão pública em relação ao planejamento traçado e às prioridades definidas.

5.1.1. PPA, LDO e LOA

O PPA (Art. 165, I, CF) deve ser estabelecido por Lei de iniciativa do Poder Executivo. É um instrumento elaborado no primeiro ano do exercício para os quatro anos do mandato, ou seja, terá vigência para os três últimos anos de mandato do governo que o elaborou e também para o primeiro ano do próximo governo. É o principal documento legislativo em matéria de planejamento da ação governamental, estabelecendo as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como as despesas relativas aos programas de ação continuada. É a verdadeira síntese do planejamento e serve de orientação aos demais planos, aos programas de governo, e também orienta o orçamento anual (NOBRE, 2010). É o que nos ensina CONTI (2010), ao dizer que:

O PPA direciona-se às despesas de relevância no longo prazo e são importantes para definir os rumos da administração pública no futuro. Baliza os planos e programas nacionais, regionais e setoriais, exercendo papel fundamental no planejamento das políticas públicas que visem reduzir as desigualdades sociais e regionais, em cumprimento a um dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da CF/88 (p. 45).

O PPA tem tamanha importância, que o próprio Art. 165, § 4º, da CF determina que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais, devem ser elaborados em consonância com o Plano Plurianual, bem como as emendas ao

projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovados caso sejam compatíveis com o Plano Plurianual.

Em consonância com o PPA, deve ser enviado anualmente ao Congresso Nacional o projeto de outra norma, a chamada LDO (Art. 165, II, CF). No tocante a LDO, esta foi uma grande inovação no sistema orçamentário nacional, NOBRE (2010) nos diz:

a LDO é o instrumento intermediário entre o PPA e a LOA. A LDO subsidia a Lei do Orçamento Anual – LOA que, como um plano de trabalho, expressa o conjunto de ações a serem realizadas e a indicação dos recursos correspondentes para a sua execução (p. 62).

Ainda, com base na previsão da arrecadação a LDO estabelece as metas, as prioridades de gastos, as normas e os parâmetros que vão orientar a elaboração da LOA para o exercício seguinte. Obrigatoriamente a LDO deve conter os anexos de metas e riscos fiscais, além de vir acompanhada também de anexo que contenha os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como as metas de inflação, sendo tais informações imprescindíveis para adequar a execução orçamentária ao que foi estabelecido na lei orçamentária anual.

Por metas fiscais, entende-se o que se espera arrecadar, gastar e fazer “sobrar”. Neste caso “sobrar” visando a pagar juros e o principal da dívida, flutuante ou permanente, essa sobra é chamada de superávit primário.

Riscos fiscais referem-se à ocorrência de pagamentos de compromissos e despesas incertas, eventuais, que poderão sobrevir ao longo da execução orçamentária. Por exemplo, as sentenças judiciais que poderão elevar as despesas depois de um ano.

Cumpramos ressaltar que a exigência para que a LDO contivesse um anexo de metas fiscais e outro de riscos, bem como outras funções não previstas originariamente, tais como o estabelecimento do equilíbrio orçamentário; a possibilidade de serem realizadas limitações de empenho; o controle de custos e a avaliação dos resultados dos programas financiados; e as condições e exigências para

a transferência de recursos a entes públicos e privados através de subvenções, foram trazidas pela LRF.

A LDO é uma lei anual e deve ser encaminhada até meados de abril ao Congresso Nacional, o qual terá até final de junho para sua discussão e votação.

Por fim e não menos importante, a LOA. A Lei Orçamentária Anual (Art. 165, III, CF) é o instrumento de planejamento que estima as receitas e fixa as despesas para um exercício financeiro, ou seja, sua principal função é a gestão administrativa e financeira do país.

A LOA possui um fundamental papel no planejamento da ação governamental. É por meio da LOA que se cria um mecanismo que obriga o administrador público a prever com antecedência o que pretende realizar, uma vez que os orçamentos ficam vinculados ao planejamento das atividades governamentais e se consubstanciam em um documento. Assim, a destinação dos recursos passa a ser autorizada tão somente para o cumprimento dos objetivos pretendidos, tornando o planejamento inevitável (CONTI, 2010).

A LOA deve ser encaminhada ao Congresso Nacional até 31 de agosto e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa do mesmo ano.

Desta forma, o Sistema Orçamentário brasileiro funciona como um funil para o planejamento, na medida em que vincula as disposições de uma espécie normativa às de outras.

Em primeiro lugar, devem ser obedecidos os Fundamentos (Art. 1º da CF) e os Objetivos Constitucionais (Art. 3º da CF) que servem de lastro na construção desse Sistema Orçamentário. Na sequência, deve ser organizado o PPA, que é uma lei com prazo de validade de 4 (quatro) anos, e que estabelece os planos e projetos de governo para esse período. Após, deve ser editada a LDO, cuja função principal é orientar a construção da LOA, além de outras atribuições estabelecidas pela LRF. Por fim, no âmbito da proposição normativa, surge a LOA, que também é uma lei de prazo determinado (e o final do funil referente ao planejamento orçamentário) e que deve reger a realização de todas as despesas governamentais pelo período de 1 (um) ano (SCAFF, 2011).

Deve-se observar, portanto, a lógica sequencial exigida para a construção destes instrumentos: em primeiro, o PPA; em seguida, a LDO; sendo por último, a LOA. Todos eles (PPA, LDO e LOA) devem ser precedidos do Plano de Governo, em que estão dispostas as diretrizes do governo eleito (MENDES, 2003). Neste sistema, deverá haver harmonia entre os planos e programas governamentais e o PPA, conforme art. 165, § 4º da CF/88, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, de acordo com o art. 166, § 4º da CF/88 (MÂNICA, 2007).

A execução orçamentária de toda essa construção incumbe ao Poder Executivo, bem como aos demais Poderes que recebem de forma dozeavada os recursos que lhes cabem (Art. 168, da CF). O Poder Executivo deve publicar até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre o relatório resumido da execução orçamentária (Art. 165, § 3º, CF).

Ainda, a fiscalização financeira e orçamentária deve ocorrer através do sistema de controle interno a cada Poder (Art. 70, da CF), e ao Poder Legislativo, no âmbito do controle externo, a ser exercido com o auxílio do Tribunal de Contas (Art. 71, da CF).

Portanto, é através do Orçamento que são estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que é possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. De nada adianta falarmos em direitos, em especial os direitos sociais, se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para sua realização (SCAFF, 2011).

No Brasil é o Poder Legislativo quem determina as prioridades através do sistema orçamentário, pois é nele que são realizadas as *escolhas trágicas de eleição de prioridades de gastos públicos* a serem implementadas em curto e médio prazo. É o que se chama de “discrecionabilidade do legislador” – a possibilidade de escolha pelo legislador dos objetivos de curto e médio prazo que devem ser implementados com o objetivo de se alcançar as metas estabelecidas na Constituição. Ao Poder Executivo cabe a função de realizar estes gastos e implementar os objetivos de curto e médio prazo, da forma e no limite estabelecido pela lei (SCAFF, 2011).

No entanto, essa discricionariedade concedida pelo constituinte ao legislador não é tão ampla no que tange a quanto se deve destinar do montante arrecadado para os gastos sociais. Isto porque a própria CF traz uma série de obrigatórias vinculações da receita às despesas sociais, é o chamado “orçamento mínimo social” ou “garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais”.

Assim, é no âmbito do processo orçamentário que se realiza as primeiras *escolhas trágicas*, mesmo com os recursos vinculados estabelecidos pelo “orçamento mínimo social”. Outrossim, há que se observar que as escolhas orçamentárias são passíveis de flexibilização, pois por meio de mecanismos como os créditos adicionais; a limitação de empenho; a reserva de contingência e a margem de remanejamento, permitem que ao longo do exercício financeiro, durante a execução orçamentária, a alocação inicial de recursos na LOA seja ajustada às mudanças de prioridades políticas que venham a ocorrer; desde que com respaldo do Legislativo. Desta forma, as *escolhas trágicas* adotadas na LOA podem ser alteradas ao longo da execução orçamentária, consoante novas escolhas e na medida da reserva do possível (SCAFF, 2011).

5.1.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n.º 101/2000) foi editada com o objetivo de fixar normas de finanças públicas que servirão de lastro para pautar a responsabilidade dos gestores públicos na execução e gestão da receita e da despesa realizadas por órgãos públicos e Poderes de todos os entes da Federação (MENDES, 2001). A LRF veio sanar espaço punitivo contra mau administrador público, sendo que o desequilíbrio orçamentário, o gasto com pessoal, as operações irresponsáveis de crédito, o descuido com o patrimônio público, tudo passou a ser fiscalizado e sancionado (OLIVEIRA, 2011).

Esta lei prevê, portanto, um mecanismo de maior controle nas contas públicas: passa a haver maior rigor para que o governo não contraia empréstimos ou dívidas. É um mecanismo de fiscalização e transparência.

Mais do que assegurar a responsabilidade na gestão fiscal, a LRF também deve se ater à responsabilidade social, no tocante ao planejamento, que constitui-se como um processo na busca do equilíbrio entre os anseios coletivos e as reais possibilidades econômicas e financeiras.

Em relação a judicialização da saúde, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), deve ser observada pelo Poder Judiciário, quando da tomada de suas decisões. A LRF, dentre seus princípios, estabelece o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, traduzido em equilíbrio das contas públicas, além da necessidade de correlação entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias.

A Lei 4.320/64, legislação com status de lei complementar que regulamenta a elaboração do orçamento público, já mencionava o equilíbrio entre despesa e receita. Porém, essa norma possui um conteúdo diferente ao da LRF ao estabelecer o equilíbrio como meta, na medida em que tal fosse possível, diferentemente do conteúdo vinculante da disposição na LRF e cujo descumprimento implica em sanção de natureza penal e institucional.

Ainda, a LRF especifica regras das já existentes leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) limitando desta forma a liberdade de utilização de verbas orçamentárias e fazendo com que o gestor considere as prioridades impostas, engessando assim as possibilidades de atuação deste frente às demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais, conforme preveem o art. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em relação às sanções impostas pelo descumprimento da LRF, estas podem ser: a) fiscais; b) administrativas; e c) penais. As sanções foram impostas pela Lei 10.028/2000, lei de crimes fiscais, que introduziu dispositivos no Código Penal (inserções no Art. 359-A ao 359-H), bem como no Decreto Lei 201/67 e também tipificações introduzidas pela própria Lei de Crimes Fiscais. Ainda, a Lei 8.429/92,

denominada lei de improbidade administrativa, tipifica e dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos em casos de improbidade administrativa.

As sanções fiscais atingem diretamente o ente público e estão previstas na própria LRF, como por exemplo a suspensão de transferências voluntárias ou a proibição de realizar operações de crédito. As sanções administrativas atingem diretamente os agentes públicos, através da aplicação de penas pecuniárias. Já as sanções penais, incluem a cassação de mandato, penas de detenção, penas de reclusão, perda do cargo e inabilitação por cinco anos.

Cumpre aqui um destaque em relação ao aspecto relevante que é a vinculação do administrador ao ordenamento orçamentário e o agravamento dessa situação frente às alterações na legislação promovidas pela Lei de Crimes Fiscais (Lei. nº. 10.028/2000)¹³, que tipifica como crime a ordenação de despesas não previstas em lei.

No mesmo sentido, a Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), em seu Art. 10, IX, considera infração ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou regulamento, impondo, conforme disposto no Art. 12, II, as seguintes sanções ao agente público: ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos (5 a 8 anos); multa de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar ou receber benefícios/incentivos fiscais pelo prazo de 5 anos.

Portanto, conforme nos diz RIBEIRO e CASTRO (2010), a sentença mandatória, por vezes concedida em caráter de liminar e sem uma fase de contraditório bem definida, pode levar o Administrador Público à complicada situação de estar entre o desacato de uma decisão judicial e o cometimento de crime de Responsabilidade ou crime contra a Administração Pública.

A LRF portanto, busca reforçar o papel da atividade de planejamento e, mais especificamente, a vinculação entre o planejamento e a execução do gasto público.

¹³ Esta Lei, em seu Art. 2º, acrescentou o seguinte artigo ao Código Penal: Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena reclusão, de 1 (um) a 4 (quarto) anos.

5.2. O PLANEJAMENTO EM SAÚDE

O planejamento em saúde não é algo recente. O planejamento exige o estabelecimento de um objetivo ou meta e um conjunto de ações e requisitos fundamentais para atingir os objetivos pretendidos.

As inovações orçamentárias trazidas a partir da década de 1990, como já demonstrado, permitiram uma maior cumplicidade entre o planejamento e o processo orçamentário. A Constituição Federal de 1988 instituiu o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e a Lei Orçamentária Anual (LOA), instrumentos que, juntamente com a Lei de Responsabilidade Fiscal, devem ser observados pelos governantes no tocante a realização de políticas públicas, uma vez que estes devem realizar um planejamento orçamentário para a realização de tais políticas.

O gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado.

A primeira etapa do planejamento ocorre por meio de um diagnóstico, no qual são identificados os problemas e potencialidades. Com base nesse diagnóstico, são elaborados os programas que buscam a solução dos problemas e/ ou melhor aproveitamento das potencialidades. Cada programa constitui-se em uma das formas de produzir uma alteração na situação atual. Assim, o programa contém: objetivos, metas e indicadores, para que possa ser acompanhado, controlado e avaliado; não há possibilidade de se efetuar um gasto em saúde sem antes relacioná-lo ao seu programa- objetivos, metas e indicadores (MENDES, 2003).

A LRF em seu capítulo inicial reforça as atribuições e conexões entre os instrumentos já criados na CF/88 (PPA, LDO e LOA), a importância da compatibilidade entre estes instrumentos aponta para a necessidade de uma

formulação mais consistente desses, que conforme a LRF caracteriza-se como pré-condição para a disciplina fiscal (MENDES, 2003).

É importante frisar que estes instrumentos orçamentários não são fictícios. O que vinha ocorrendo é que esses instrumentos orçamentários era elaborados principalmente nos estados e nos municípios de forma generalizada e abrangente, o que acabava não respondendo às necessidades, constituindo-se em instrumentos fictícios. Ainda, na maioria das vezes os gastos eram realizados sem nenhuma vinculação com o que constava na programação dos instrumentos orçamentários, sem nenhum controle em relação às receitas efetivamente arrecadadas, facilitando o processo de endividamento das administrações.

Na área da saúde, duas portarias do Ministério da Saúde contribuíram para a construção desses instrumentos orçamentários: Portaria n. 483/2001 e a Portaria n. 548/2001. A primeira definiu que os recursos estaduais e municipais destinados ao SUS, bem como as ações e serviços assistenciais de saúde, devem ser explicitados e seus valores apresentados segundo a abertura programática definida pelo Ministério do Planejamento. A segunda portaria, estabeleceu que o orçamento do Fundo de Saúde deve respeitar as políticas e os programas de trabalho da Secretaria de Saúde, observando o Plano de Saúde, elaborados e aprovados nos respectivos Conselhos de Saúde (MENDES, 2003).

Em outras palavras nos diz MENDES (2003), essas portarias estabelecem que os recursos destinados ao SUS devem ser explicitados e seus valores apresentados no PPA, na LDO e na LOA.

No entanto, somente em 2006 é que a relação entre planejamento e processo orçamentário se tornou explícito no SUS, através do PlanejaSUS. Isso se deu porque os instrumentos do planejamento orçamentário (PPA, LDO e LOA), passaram a ter correspondência específica na área da saúde. O Plano de Saúde (elaborado a cada quatro anos) deve-se corresponder ao PPA; já a Programação Anual de Saúde equivale-se à LDO; e o Fundo de Saúde (alocação de recursos) se equipara à LOA. Por fim, o Relatório Anual de Gestão constitui-se instrumento fundamental para se proceder a avaliação da gestão (BRASIL, 2009a).

6. UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO STF PARA A SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRO

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete a guarda da Constituição, conforme definido no Art. 102 da CF.

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (Art. 101 da CF), e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, inciso I, da CF/88, com a redação dada pela EC nº. 61/2009).

Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros.

Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

O Plenário, as Turmas¹⁴ e o Presidente são os órgãos do Tribunal (art. 3º do RISTF/80). O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo dentre seus membros, por um período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade (art. 4º, § 1º, do RISTF/80 - atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 25/08).

Neste capítulo serão analisados os acórdãos coletados conforme descrito na metodologia, a fim de identificar sua relação com as exigências do processo orçamentário público; de acordo com a legislação de finanças públicas no País.

Os resultados da pesquisa dos acórdãos do STF por meio de seu sítio eletrônico, utilizando as palavras-chave descritas na metodologia deste trabalho, foram significativos. No total foram encontrados 161 (cento e sessenta e um) acórdãos no período compreendido entre os anos 2000 à 2011.

Feita a devida leitura das ementas, houve uma brusca redução nos achados: do universo inicial de 161 (cento e sessenta e um) acórdãos, apenas 20 (vinte) se adequaram a pertinência deste trabalho, por se referirem ao direito à saúde.

A análise dos acórdãos selecionados abordará o conteúdo de cada um deles e seus fundamentos decisórios.

¹⁴ O Supremo é composto por duas Turmas formadas por cinco ministros cada uma (o presidente do STF não participa). Nesses pequenos colegiados são julgados alguns processos que chegam à Suprema Corte e que não demandam a declaração de inconstitucionalidade de leis, o que compete somente ao Plenário. Cabe às Turmas decidir, por exemplo, sobre Recursos Extraordinários (RE), Agravo de Instrumento (AI), Habeas Corpus (HC), Recurso em Habeas Corpus (RHC), Petição (PET) e Reclamação (RCL), ressalvada a competência do Plenário.

6.1. ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS¹⁵

• RE – AgR 259508¹⁶ – julgado em 08/08/2000

Trata-se de recurso de Agravo Regimental (AgR) em Recurso Extraordinário (RE) que teve seu seguimento negado, devido ao julgamento do RE 242859¹⁷ que manteve acórdão que reconheceu a obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV, de forma gratuita, desde que comprovadamente não pudessem arcar com essas despesas sem se privarem dos recursos indispensáveis para seu próprio sustento e de sua família.

Inconformado, o município de Porto Alegre interpôs recurso de Agravo Regimental. Entre os principais argumentos sustentados no mérito, aduziu que seria do Estado do Rio Grande do Sul a responsabilidade da distribuição gratuita destes medicamentos, consoante acordo firmado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), e que a inobservância para a operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afronta o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e Art. 198, CF, § único, que responsabiliza as três esferas do governo pelo financiamento, ações e serviços na área da saúde. Por fim, alegou que definidas mediante acordo as atribuições para o atendimento da população na área da saúde, não está o judiciário habilitado a inverter o acordo entre os entes públicos, sob pena de o município restar inviabilizado financeiramente.

¹⁵ Os Acórdãos são identificados no Apêndice deste trabalho.

¹⁶ Optou-se por colocar sempre a sigla da classe da ação ou recurso, ao invés do nome completo, para facilitar a leitura. As siglas utilizadas neste trabalho são as mesmas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal e o nome completo pode ser identificado na lista de acórdãos pesquisados presente no apêndice deste trabalho.

¹⁷ RE 242.859/RS, relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 17/09/99. Manteve acórdão cujo fundamento central é o Art. 1º da Lei 9.908/93, por meio do qual o Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do Art. 196 da CF, vinculou-se à programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV, não havendo que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados (Art. 5º, I, e 196, CF).

O relator, Ministro Maurício Corrêa, considerou insubsistente as alegações do agravante e argumentou o seguinte:

Ressaltou que o Recurso Extraordinário foi negado por contrariar decisão predominante do Tribunal (RE 242859), e que o direito à saúde é uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas conforme expresso no Art. 196 da CF, sendo que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população.

Aduziu que o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos, dá efetividade a preceitos fundamentais da CF (Art. 5º, caput, e Art. 196) e representa, na concretização de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde¹⁸.

Por fim, disse que a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes não subsiste; dado que a repartição de competência entre os entes públicos para a operacionalização dos serviços de saúde atendeu aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, a Turma negou por unanimidade provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Nota-se que o município de Porto Alegre argumentou, entre outras coisas, no sentido de que o Judiciário não estaria habilitado para inverter os acordos entre os entes públicos previamente estabelecidos para o atendimento da população na área da saúde, pois a consequência seria a inviabilidade financeira do município. No entanto, o município de Porto Alegre não indica de maneira explícita o fato de que seu orçamento, aprovado por Lei, não dispunha de recursos; pois se assim o fizesse estaria se opondo aos princípios da Lei de Responsabilidade Fiscal, isto é, a execução dos recursos deve respeitar o processo de planejamento.

¹⁸ Precedente: RE-AgR 271.286/RS, relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 24/11/2000.

O STF manifestou-se no sentido de que o Poder Público, independentemente da esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, ou seja, embora fosse do Estado do Rio Grande do Sul a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos (conforme especificado em lei estadual) o município não poderia afastar sua responsabilidade. O STF também faz menção à “ofensa ao princípio da separação dos poderes”. Tal abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• **RE – AgR 257109 – julgado em 08/08/2000**

Trata-se de recurso de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário que teve seu seguimento negado tendo em vista o julgamento proferido pelo STF nos autos do RE 242859, que manteve acórdão que reconheceu a obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV, de forma gratuita, desde que comprovadamente não pudessem arcar com essas despesas sem se privarem dos recursos indispensáveis para seu próprio sustento e de sua família.

Inconformado, o município de Porto Alegre interpôs recurso de Agravo Regimental. Entre os principais argumentos alegados no mérito, sustentou que pelo acordo firmado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), o município não é responsável pelo fornecimento de medicamentos especiais ou excepcionais, como os requeridos pelo autor. Deste modo, a inobservância para a operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afronta o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e Art. 198, CF, § único, que responsabiliza as três esferas do governo pelo financiamento, ações e serviços na área da saúde.

O relator, Ministro Maurício Corrêa, considerou insubsistente as alegações do agravante e argumentou o seguinte:

Ressaltou que o Recurso Extraordinário foi negado por contrariar decisão predominante do Tribunal (RE 242859) e, ainda, não caberia a alegação de que conforme o acordo firmado na CIB, o município não é responsável pelo fornecimento de medicamentos especiais ou excepcionais, como os requeridos pelo autor, e sim o Estado do Rio Grande do Sul. Esse fato, se existente, não guardaria qualquer correlação com o princípio federativo da separação dos poderes, já que se cuidaria de hipótese de divisão de funções com vistas à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado.

Ante o exposto, a Turma negou por unanimidade provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Embora o município de Porto Alegre tenha alegado que não seria sua a responsabilidade para o fornecimento de medicamentos especiais ou excepcionais, como os requeridos, devido a lei estadual que determina esta responsabilidade ao Estado do Rio Grande do Sul, ocorrendo assim uma ofensa ao princípio da “separação dos poderes”, o STF entendeu que a presente alegação não é cabível. Para o STF, tal alegação se trata de divisão de funções ao cumprimento da determinação legal designada ao Estado, não guardando relação alguma com a possível ofensa ao “princípio da separação dos poderes”. Desta forma, a abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• RE – 195192 – julgado em 22/02/2000

Trata-se de Recurso Extraordinário contra mandado de segurança concedido a um menor de idade, portador de doença rara, para compelir o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer-lhe o medicamento necessário ao tratamento médico de que necessita, sendo que o medicamento é fabricado exclusivamente nos EUA e na Suíça. A procedência do pedido se deu em face dos fundamentos de que a vida e a saúde são direitos fundamentais de todos, sendo dever do Estado e do Município sua

promoção, proteção e recuperação (CF, arts. 5º, caput, 6º, 194, 196, 201, I; e Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, art. 241), e ainda a proteção especial dada à criança e ao adolescente (CF, Art. 227, caput, e § 1º; C. Estadual, arts. 260 e 261; e Lei Federal nº. 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), reconhecendo a estes o acesso direto ao Poder Judiciário (Lei nº. 8080/90, art. 141).

Surge então o Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, o qual argumentou o não cabimento de mandado de segurança para compelir Órgão de saúde estadual a fornecer o medicamento postulado. Aludiu-se a violação do Art. 5º, LXIX da CF, e inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão e à ausência de pedido prévio no âmbito administrativo, o que configura a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade dita coatora. Ainda, o Art. 196 da CF não seria auto - aplicável, possuindo eficácia limitada ou reduzida, porque somente incide totalmente sobre o interesse ulterior que lhe desenvolva a eficácia.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da República, esta se manifestou pelo não provimento do recurso.

O relator no STF, Ministro Marco Aurélio, entendeu que o recurso Extraordinário não devia ser reconhecido, argumentando que sob o ângulo da adequação do mandado de segurança, a Corte de origem reconheceu o direito à assistência médica, logo não há que se falar em infração ao Art. 5º, LXIX, da CF. Já sobre o mérito, o Ministro entendeu que o acórdão proferido está lastreado na interpretação de normas da CF e também locais, onde são consideradas a vida, a saúde, e o bem estar da criança e do adolescente. A própria autoridade apontada como coatora (Secretário da Saúde), teria reconhecido a obrigatoriedade da aquisição e fornecimento de medicamentos excepcionais de alto custo para o Ministério da Saúde, INAMPS e para o próprio Estado. Restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul, com sérios riscos para a saúde e desenvolvimento das mesmas.

O Ministro finalizou seu entendimento com a consideração de que o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que

problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Desta forma, por unanimidade, a Turma não conheceu do Recurso Extraordinário, nos termos do voto do relator.

Neste caso, o Estado do Rio Grande do Sul argumentou não haver amparo legal para a pretensão em questão, além da impossibilidade de um mandado de segurança para o caso e da eficácia limitada do Art. 196 da CF. O STF se manifestou no sentido do cabimento do mandado de segurança e na consideração da vida, saúde e bem estar da criança, conforme interpretação das normas da CF, ressaltando ainda que o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, ou seja, assegurar o direito à saúde, sem que problemas orçamentários impeçam a realização do que é previsto constitucionalmente. Percebe-se claramente aqui, a irrelevância das questões orçamentárias na decisão em questão, muito embora o Estado do Rio Grande do Sul não tenha argumentado neste sentido. Porém, ainda assim, a abordagem se distanciou da questão orçamentária.

• RE – AgR 271286 – julgado em 12/09/2000

Trata-se de recurso de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário que teve negado seu seguimento, interposto pelo município de Porto Alegre, contra decisão que, fundamentada no Art. 196 da CF, assegurou às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS. Ainda conforme a decisão, a legislação, neste caso, qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir aos cidadãos o acesso igualitário as ações e serviços de saúde, sendo que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população; sob pena de incidir, ainda que por omissão, em

grave comportamento inconstitucional. Por fim, a decisão aduziu que ao Poder Público incumbe formular políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no Art. 196, CF.

A decisão agravada – que não conheceu do recurso extraordinário deduzido pela parte agravante –, reconheceu a solidariedade entre Estado e município na incumbência do fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos em que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

Inconformado, o município de Porto Alegre interpôs recurso de Agravo Regimental, aduzindo entre outras coisas que o fornecimento gratuito de medicamentos aos doentes de AIDS violaria o Art. 167, I, da CF, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Ainda, aduziu que o acórdão recorrido estabeleceu que a inexistência de regulamentação municipal para custeio da distribuição dos medicamentos excepcionais não impede sua responsabilização; no entanto, determina a CF que são de iniciativa do Poder Executivo as leis que estabelecem os orçamentos anuais e é nessa lei que deverá ser previsto o orçamento da seguridade social, consoante Art. 165, III, § 5º, da CF.

Desta forma, quando o acórdão decidiu com base na Lei 9.313/96 que estabeleceu que as despesas para aquisição de medicamentos para AIDS serão financiadas com recursos da Seguridade Social da União, Estados e Municípios, deixou de considerar que a própria lei no seu Art. 2º remete sua eficácia à norma regulamentar, pois se assim não fosse, estaria a norma federal violando Art. 165, III e § 5º, III, da CF. Por fim, a inobservância da repartição de competências para a operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afrontaria o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e Art. 198, CF, § único, que responsabiliza as três esferas do governo pelo financiamento, ações e serviços na área da saúde.

O relator, Ministro Celso de Mello, entendeu ser inaceitável a pretensão recursal deduzida pela parte agravante e argumentou, resumidamente, o seguinte:

A violação ao Art. 167, I, da CF não deve proceder. A mera alegação de desrespeito ao preceito constitucional mencionado não basta, só por si, para legitimar o acesso à via recursal extraordinária, pois, acaso configurada a suposta transgressão da ordem constitucional, esta importaria, quando muito, sob tal perspectiva, em situação caracterizadora de conflito indireto com o texto da Carta Política, insuficiente para justificar a utilização do apelo extremo. Conforme exposto no acórdão recorrido, em casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, não se faz necessário a realização de licitação para a aquisição de medicamentos; afastando-se também com estes argumentos as assertivas de inexistência de previsão orçamentária.

Não há também que se falar em ofensa aos Arts. 2º e 198, § único, da CF, pois tal argumento foi repelido em sucessivas decisões do STF, no julgamento de outras causas idênticas.

O disposto no Art. 196, CF, consiste na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representando assim, fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, assegurado constitucionalmente, ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, deve prevalecer o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes; conforme já argumentado em decisão¹⁹ de contexto semelhante ao da presente causa

Continua o Ministro, ao entender que o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, acabou por validar preceitos fundamentais da Constituição (Art. 5º, caput, e 196), representando um gesto solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser sua consciência de

¹⁹ Petição 1.246/SC, relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 31/01/1997.

humanidade e de sua essencial dignidade. O direito à saúde é uma prerrogativa jurídica assegurada à todos, cabendo ao Poder Público velar por sua integridade e formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Já finalizando sua decisão, o Ministro entende que não basta que o Estado proclame o reconhecimento formal de um direito; é preciso que, para além da declaração formal deste direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente nos casos em que o direito se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Ainda, é legítima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais deixarem de respeitar o mandamento constitucional.

Por todas as considerações feitas, e considerando que o acórdão recorrido ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do STF (RE 236200, RE 247900, RE 264269, e RE 267612), por unanimidade a Turma negou provimento ao recurso de agravo regimental.

Percebe-se neste caso a preocupação orçamentária-financeira do município, ao argumentar sobre a violação de preceito constitucional que veda o início de programa ou projeto não incluído na LOA e também que cabe ao Poder Executivo a iniciativa de lei para estabelecer os orçamentos anuais, sendo que a inexistência de regulamentação municipal para custeio desses medicamentos impediria sua responsabilização. Ainda, a inobservância da repartição de competências no tocante a gestão financeira dos recursos, afrontaria o “princípio da separação dos poderes”.

No entanto o STF posicionou-se no sentido de que as questões financeiras são secundárias, pois entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, deve prevalecer o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. O Direito a saúde seria então uma prerrogativa jurídica assegurada à todos, cabendo ao Estado sua implementação e ao Poder Judiciário atuar quando

desrespeitado esse mandamento constitucional. Neste caso, o STF não entra na discussão orçamentária, na verdade nem ao menos a considera, restando prejudicado a discussão orçamentária.

• **RE – AgR 255627 – julgado em 21/11/2000**

Trata-se de Recurso de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário que teve seu seguimento negado. O Recurso Extraordinário foi interposto pelo município de Porto Alegre em face de decisão do tribunal de origem, que sustentou ser a obrigação do fornecimento de medicamentos de qualquer ente federativo, cabendo ao titular do direito subjetivo escolher o demandado (Art. 196, CF). O Recurso Extraordinário foi negado tendo em vista o julgamento proferido pelo STF nos autos do RE 242859.

Quando da interposição do Recurso de Agravo Regimental, entre os principais argumentos sustentados no mérito, o município aduziu que seria do Estado do Rio Grande do Sul a responsabilidade da distribuição gratuita de medicamentos especiais ou excepcionais, consoante acordo firmado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), e que a inobservância para a operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afrontaria o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e Art. 198, CF, § único, que responsabiliza as três esferas do governo pelo financiamento, ações e serviços na área da saúde. Alegou também, que definidas mediante acordo as atribuições para o atendimento da população na área da saúde, não está o judiciário habilitado a inverter o acordo entre os entes públicos, sob pena de o município restar inviabilizado financeiramente, comprometendo assim toda política de saúde desenvolvida no pacto de municipalização.

Por fim, ressaltou que no repasse de verbas pela União e Estado ao município de Porto Alegre, não foram computados os custos do fornecimento de

medicamentos especiais e excepcionais, motivo pelo qual a decisão impugnada estaria rompendo com o sistema concebido no Art. 198, CF, ao responsabilizar o município que não recebe a contrapartida necessária do Estado e da União.

O relator, Ministro Nelson Jobim, citou o RE 280642²⁰ como orientação precedente que, por sua vez, cita o Agravo de Instrumento (AI) n.º 238328/RS como precedente, sendo que em todos o município de Porto Alegre está envolvido. O acórdão aduz que o Art. 196 da CF tem eficácia imediata, sendo possível demandar tanto o Estado quanto o município no que se refere ao fornecimento de medicamentos. Ainda, o município de Porto Alegre possuiria responsabilidades previstas em diplomas específicos, nos convênios celebrados no sentido da implantação do SUS, devendo receber verbas do Estado. A falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição de medicamentos (no caso o Art. 2º da Lei 9.313/96 – lei que atribui ao SUS a responsabilidade pela distribuição de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS – que se refere as despesas) não impede, portanto, sua responsabilização.

Por fim, o ministro relator Nelson Jobim entendeu que prevalece o entendimento de que o Art. 196 da CF assegura aos necessitados por parte do Estado o fornecimento de medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando se trata da AIDS.

Por todo o exposto, por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso de Agravo Regimental.

Embora os argumentos do Município de Porto Alegre sejam no sentido de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos seja do Estado do RS; que estaria havendo afronta ao “princípio da separação dos poderes”; que o Judiciário não pode inverter o acordo entre os entes públicos firmado pela CIB, sob pena do município restar inviabilizado financeiramente e comprometer toda a política de saúde; e que não está incluído o custo dos medicamentos especiais e excepcionais nas verbas repassadas ao município, a discussão orçamentária foi prejudicada. O STF entendeu que é possível demandar tanto o Estado quanto o

²⁰ RE 280.642, relator Ministro Marco Aurélio, Diário da Justiça de 17/11/2000.

município, ao tratar-se do que está disposto no Art. 196 da CF e que a falta de regulamentação para custeio da distribuição de medicamentos não impede a responsabilização do município. Resta aqui a indagação: se não há regulamentação e planejamento para custeio e distribuição de medicamentos, como pode o município ser responsabilizado? Como responsabilizar alguém por algo que não está regulamentado? Tais argumentos distanciam-se da questão orçamentária, e fica evidente a desconsideração do campo orçamentário-financeiro pelo STF.

• **RE – AgR 268479 – julgado em 25/09/2001**

Trata-se de recurso de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário que teve seu seguimento negado, interposto pelo município de Porto Alegre. O caso em questão coincide com o já decidido e citado acórdão do RE 242859, sendo este citado no relatório do acórdão analisado.

O relator, Ministro Sidney Sanches, argumentou em consonância com a decisão do RE 242859 e do RE – AgR 257109.

Por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso de Agravo Regimental.

Embora o município de Porto Alegre tenha alegado que não seria sua a responsabilidade para o fornecimento de medicamentos especiais ou excepcionais, como os requeridos, devido a lei estadual que determina esta responsabilidade ao Estado do Rio Grande do Sul, ocorrendo assim uma ofensa ao princípio da “separação dos poderes”, o STF entendeu que a presente alegação não é cabível. Para o STF, tal alegação se trata de divisão de funções ao cumprimento da determinação legal designada ao Estado, não guardando relação alguma com a possível ofensa ao “princípio da separação dos poderes”. Desta forma, a abordagem se distanciou da questão orçamentária.

• **RE 261268 – julgado em 28/08/2001**

Trata-se de Recurso Extraordinário contra mandado de segurança que se fundamentou nos Arts. 6º e 196 da CF, e concedeu a internação hospitalar ao paciente na modalidade “classe diferenciada”, por se tratar de patologia grave que necessitaria de tratamento diferenciado. Esta modalidade de internação não gera ônus ao SUS, pois o paciente se compromete a pagar a diferença no tratamento, sendo que o custeio das despesas pelo SUS fica limitado a cobertura mínima.

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs o RE, alegando não ser a Justiça Estadual competente para apreciar e julgar o mandado de segurança concedido, por versar de matéria referente ao SUS, havendo a necessidade da União ser demandada.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da República, esta se manifestou pelo não provimento do recurso.

O relator no STF, Ministro Moreira Alves, citou o acórdão do RE 226835 que versava sobre caso análogo ao presente, onde foi rejeitada a alegação de incompetência estadual para julgar mandado de segurança que versava sobre o SUS, alegando ainda, o presente RE, que em vista da descentralização do SUS, caberia ao Estado responder quando demandado, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo necessário da União. Também foi citado o RE 242859. Por fim, o acórdão ressaltou a importância de se observar o Art. 196 da CF, e aduziu que no caso em questão não houve quebra de isonomia, pois apenas está se facultando o atendimento diferenciado em uma situação diferenciada, sem ampliação do direito previsto na CF e sem ônus para o sistema público; o direito à saúde conforme previsto na CF não deve sofrer embaraços no sentido de ser reduzido ou dificultado por autoridades administrativas.

Frente ao exposto, a Turma por unanimidade negou provimento ao Recurso Extraordinário.

O Estado do RS, neste caso, argumentou somente no sentido de que não era da Justiça Estadual a competência para apreciação do fato. Já o STF recusou o argumento do Estado do RS, e frisou que o Art. 196 da CF não deve sofrer maiores embaraços em sua execução. Tal abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• **RE 256327 – julgado em 25/06/2002**

Trata-se de Recurso Extraordinário, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra mandado de segurança que obriga o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer medicamentos necessários ao portador de uma doença neurológica. A Corte de origem entendeu que o Estado do Rio Grande do Sul é responsável pelo fornecimento dos medicamentos pelos seguintes motivos, resumidamente:

As verbas destinadas ao SUS são repassadas do Estado aos municípios, não havendo então que se falar em solidariedade com o município, uma vez que o Estado poderia reservar a quantia necessária para casos como este.

O Estado teria a obrigação de dar assistência à saúde de seus contribuintes, ainda mais quando desprovidos de recursos financeiros. Não há também que se falar em ausência de previsão orçamentária para as despesas com os remédios, pois há entendimento da responsabilidade de todos com o atendimento da saúde; caberia ao Estado administrar a verba recebida do SUS.

A Lei estadual 9.908/93 é citada e utilizada como fundamentação para a concessão do mandado de segurança.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário alegando violação ao Art. 196 da CF.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da República, esta se manifestou pelo não provimento do recurso.

O relator no STF, Ministro Moreira Alves, citou o acórdão do RE 242859 que versava sobre caso análogo ao presente para fundamentar a decisão tomada no caso em questão.

Por unanimidade, a Turma negou provimento ao Recurso Extraordinário.

O STF entendeu que o Estado do RS, ao regulamentar o Art. 196 da CF por meio de Lei estadual, vinculou-se a programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes. Além disso, por se tratar de um caso com precedentes análogos, conformou-se em citar acórdão anterior para fundamentar sua decisão. Desta forma, não há uma abordagem da questão orçamentária no presente caso.

• AI – AgR 486816 – julgado em 12/04/2005

Trata-se de recurso de Agravo Regimental da decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento (AI) interposto da decisão denegatória do processamento do Recurso Extraordinário. O acórdão recorrido, em apelação cível, manteve a sentença que julgou procedente o pedido de portadora de doença, para o fornecimento de medicamentos para seu tratamento, por parte do Estado, bem como o custeio de passagens aéreas para a realização do tratamento em cidade fora do Estado.

No Recurso Extraordinário, o Estado do Rio de Janeiro alegou violação ao Art. 196 da CF. O recurso foi negado.

Já no recurso de Agravo Regimental, o agravante sustentou a insubsistência da decisão impugnada, pois precedentes do STF não dariam suporte à condenação do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de passagens aéreas para tratamento de doença em outro Estado da Federação.

O relator, Ministro Carlos Velloso, destacou trecho da decisão agravada, onde é citado o acórdão do RE 271286 e também do RE 264269, que por sua vez se refere ao acórdão do RE 242859. Entendeu o Ministro que a decisão deve ser

mantida por encontrar embasamento em jurisprudência do STF, sendo que a tese jurídica que embasa o Recurso Extraordinário foi repelida pelo STF por encontrar precedentes, indicados na decisão agravada.

Em relação ao custeio das passagens, não haveria o que se discutir, pois a questão não foi levantada em momento oportuno, quando da contestação do pedido.

A Turma, por unanimidade negou provimento ao recurso de Agravo Regimental.

No caso em questão, o STF se limitou a citar acórdãos precedentes, não trouxe novos argumentos para o caso; além de se manifestar no sentido de que a questão do custeio das passagens deveria ter sido levantada em momento oportuno. Tendo como fundamento decisões precedentes, o Tribunal mais uma vez se posicionou no sentido de que as questões financeiras são secundárias, pois entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, deve prevalecer o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. O Direito a saúde seria então uma prerrogativa jurídica assegurada à todos, cabendo ao Estado sua implementação e ao Poder Judiciário atuar quando desrespeitado esse mandamento constitucional. Neste caso, a abordagem orçamentária restou prejudicada.

• AI – AgR 597182 – julgado em 10/10/2006

Trata-se de recurso de Agravo Regimental, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, da decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento contra decisão que, na origem, indeferiu o processamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A decisão agravada trata de bloqueio de valores pelo juiz para assegurar o atendimento médico urgente ao paciente necessitado, com o fornecimento de medicamentos e serviços,

medida excepcional que se justifica pela relevância dos bens jurídicos em liça (vida e saúde).

No Recurso Extraordinário o recorrente alegou violação aos Arts. 2º, 5º, II, e 100 da CF.

No acórdão que negou o recurso de Agravo de Instrumento, o STF entendeu que os temas suscitados não foram objeto de consideração no acórdão recorrido, faltando assim os requisitos de pré-questionamento. Ainda, a recusa do Estado em fornecer medicamento colocaria em risco a saúde de paciente necessitado, desrespeitando assim o Art. 196 da CF. O Tribunal citou o RE – AgR 271286 como caso análogo e jurisprudência, negando assim seguimento ao recurso de Agravo de Instrumento.

No entanto, no recurso de Agravo Regimental, o agravante insistiu no processamento do Recurso Extraordinário sustentando que o sequestro de verbas públicas para garantir fornecimento de medicamentos não se encontra pacificada pelo STF, e deveria prevalecer o entendimento de que tal medida se justificaria apenas na hipótese de quebra da ordem cronológica de pagamento dos precatórios expedidos, nos termos do Art. 100, § 2º, CF.

O Ministro relator Cezar Peluzo, entendeu que o bloqueio de verbas como meio coercitivo para que a medida judicial de fornecimento de medicamentos seja efetivamente cumprida, visa salvaguardar o direito garantido no Art. 196 da CF. Ainda, no entendimento do Ministro, o recurso não trouxe novas razões para serem discutidas, sendo desta forma abusivo e de má-fé.

Por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso de Agravo Regimental e condenou a parte agravante a pagar à parte agravada multa no valor corrigido de 5% da causa, nos termos do Art. 557, § 2º, cc. Arts. 14, II e III, e 17, VII, do Código de Processo Civil.

Conforme decisão precedente, o STF se posicionou neste caso no sentido de que as questões financeiras são secundárias, pois entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, deve prevalecer o respeito

indeclinável à vida e à saúde humana. A alegação do Estado do RS no sentido de que o sequestro de verbas não se encontra pacificada pelo STF não prosperou; pois o STF considerou tal medida como uma garantia para se cumprir o estabelecido no Art. 196. Ainda, o Tribunal considerou de má-fé e abusiva a insistência por parte do Estado do RS em querer discutir melhor a questão, com o objetivo de ter seu recurso provido. Mais uma vez a questão foge do campo orçamentário-financeiro, pois muito embora o Estado queira discutir e argumentar o sequestro de verbas (o que prejudica a execução do planejamento orçamentário definido), o Tribunal parece irredutível em olhar o caso com outros olhos, buscando em decisões precedentes seus fundamentos decisórios.

• RE – AgR 393175 – julgado em 12/12/2006

Trata-se de recurso de Agravo Regimental contra decisão que conheceu e deu provimento ao apelo extremo da parte agravada (portadores de doença grave). Inconformada, a parte ora agravante (Estado do Rio Grande do Sul) interpôs o presente recurso, postulando o improvimento do Recurso Extraordinário deduzido por portadores de doença maníaco-depressiva e esquizofrenia paranoide, destituídos de recursos financeiros, que necessitavam do fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis para seu tratamento.

O relator, Ministro Celso de Mello, aduziu que, resumidamente, o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida; a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente; e que a distribuição gratuita a pessoas carentes, de medicamentos à preservação de sua vida e/ou de sua saúde, é um dever constitucional que o Estado não pode deixar de cumprir (Art. 5º, caput, e 196 da CF).

Ainda, o Ministro entendeu que a pretensão recursal deduzida pelo Estado do Rio Grande do Sul é inacolhível por divergir da orientação jurisprudencial

do STF firmada nos seguintes acórdãos: AI 462563; AI – AgR 486816; AI 532687; AI 537237; RE 195192; RE 19863; RE 237367; RE 242859; RE 246242; RE 279519; RE 297276; RE 342413; RE 353336; e AI 570455.

Desta forma, o presente recurso teria intuito procrastinatório, por quanto o Estado do Rio Grande do Sul teria conhecimento da jurisprudência do STF, principalmente por ter o próprio Estado já sucumbido em diversas vezes em casos idênticos: RE – AgR 257109; RE – AgR 271286; RE – AgR 273042; AI – AgR 597182; e AI – AgR 604949.

Pelo exposto, por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso de Agravo Regimental e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 1% sobre o valor da causa em favor da parte agravada.

O STF entendeu neste caso que o direito à saúde deve prevalecer independentemente dos argumentos aduzidos pela parte contrária, ou seja, a garantia de acesso das pessoas carentes aos medicamentos por meio da distribuição gratuita do Estado, é um dever constitucional que deve ser cumprido. Os argumentos trazidos pelo Estado do RS não foram aceitos, tendo em vista decisões precedentes em que o próprio Estado sucumbiu perante o Tribunal. Tais argumentos distanciaram-se da questão orçamentária.

• RE – AgR 534908 – julgado em 11/12/2007

Trata-se de recurso de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, interposto contra decisão que condenou o Estado de Pernambuco a fornecer medicamento para tratamento de paciente que não podia suportar o seu custo.

O Recurso Extraordinário foi negado, pois entendeu o STF que a recusa do Estado em fornecer medicamentos representa desrespeito ao Art. 196 da CF, que determina a saúde ser um direito de todos e um dever do Estado. Como

fundamentação, foi citado o acórdão do RE – AgR 271286, acompanhado dos acórdãos do RE – AgR 271286; AI 418320; RE 259415; RE 198263; e RE 242859.

No Recurso de Agravo Regimental, no que se refere ao mérito, o Estado de Pernambuco sustentou que não se trata de negar o fornecimento de medicamento, mas sim de fazê-lo de maneira com que se garanta a universalidade do fornecimento de medicamentos, mediante a correta alocação de recursos.

O Ministro relator, Cezar Pelluzo, aduziu que a decisão agravada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentaram à compreensão e ao desate da questão jurídica. Entendeu ainda que o presente recurso não traz novas razões para que fosse feita uma releitura da orientação assentada pela Corte, motivo pelo qual teria então caráter abusivo e de má-fé.

Pelo exposto, a Turma por unanimidade negou provimento ao recurso por considerá-lo infundado e impôs à parte agravante multa de 5% sobre o valor corrigido da causa, a ser paga para a parte agravada.

Fica evidente neste caso que o STF dificilmente mudará sua posição no que se refere ao direito à saúde previsto no Art. 196 da CF. O próprio Ministro Relator aduziu que a decisão agravada “invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte”, os mesmos já citados em decisões precedentes, que diz respeitam as questões financeiras como secundárias, pois entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, deve prevalecer o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Ainda que pese o Estado de Pernambuco ter aludido que não se tratava de negar fornecimento de medicamento, mas sim de fazê-lo de maneira com que se garanta a universalidade do fornecimento, mediante a correta alocação de recursos, o STF acabou por considerar a pretensão abusiva e de má-fé. Desta forma, a abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• AI – AgR 553712 – julgado em 19/05/2009

Trata-se de recurso de Agravo Regimental interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão que negou seguimento ao recurso de Agravo de Instrumento. O acórdão recorrido em Agravo de Instrumento, entendeu pela possibilidade da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública quando se refira ao dever de fornecimento de medicamentos.

Neste sentido, o Estado do Rio Grande do Sul sustentou, em suma, violação ao Art. 100 da CF, que determina que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, devem ser feitos exclusivamente por meio de precatórios. Como fundamentação indicou o AI 558283, onde ficou consignada a necessidade de expedição de precatórios para pagamento de crédito de natureza alimentícia decorrentes de sentença concessiva de mandado de segurança.

Aduziu ainda, que o Poder Judiciário não pode intervir em políticas públicas, sob pena de violar frontalmente a regulamentação sobre verbas públicas, previsão de gastos, e execução orçamentária.

O relator, Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que a decisão agravada não mereceu reforma, visto que não há novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada. O Art. 100 da CF, disciplina tão somente o regime especial dos precatórios, tendo incidência apenas nos casos de execução de decisão condenatória, não se revelando plausível a alegação de que, em hipóteses outras, mostra-se defeso o depósito dinheiro por ente público. Portanto o invocado artigo não se aplicaria ao caso, não houve violação à Constituição Federal; pois o fornecimento de medicamentos não deve ser realizado mediante precatórios.

Além disso, o acórdão impugnado encontra-se em harmonia com o entendimento da Corte, que ao julgar o RE – AgR 271286 entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sendo que a regra contida no Art. 196 da CF tem como destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a

organização federativa do Estado brasileiro. Corroboram com este entendimento também, as seguintes decisões: AI 607646; RE 411557; e AI 507072.

Por fim, o relator transcreveu a ementa do acórdão precedente AI – AgR 597182, onde foi examinada questão idêntica a este caso.

Desta forma, por unanimidade, a Turma negou provimento ao Recurso de Agravo Regimental.

A interferência do Judiciário em políticas públicas, podendo ocasionar a violação da regulamentação em políticas públicas, planejamento, gastos e orçamento, foi argumentada pelo Estado do RS; bem como a questão dos pagamentos via precatórios. Ocorre que o STF demonstrou ter outro entendimento, ao assegurar que o fornecimento de medicamentos não deve ser realizado mediante precatórios, bem como o Art. 196 ter como destinatário todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro, no plano institucional. Ainda, o STF entendeu que as questões financeiras são secundárias, e que deve prevalecer o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, conforme decisão precedente. Tal abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• **STA – AgR 175 – julgado em 17/03/2010**

Trata-se de recurso de Agravo Regimental interposto pela União contra decisão do STF que indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) concedida em sede de Apelação pelo TRF, à portador de doença grave que buscava o fornecimento de medicamentos.

A decisão relatou que o enfermo necessitava de medicamento que poderia lhe possibilitar aumento de sobrevida e melhora de sua qualidade de vida, sendo que sua família não teria condições de custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52 mil por mês.

O principal argumento da União era que o medicamento não se encontrava registrado na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) na ocasião da propositura da ação. Porém, o relator, Ministro Gilmar Mendes, posteriormente constatou que já havia o registro do medicamento na ANVISA, embora não fosse contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública em virtude de seu alto custo, não havendo Protocolo Clínico para seu uso perante o SUS. O Ministro ressaltou ainda, que o alto custo do medicamento não era motivo para seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Aduziu também que o referido medicamento havia sido prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos.

O debate processual enfrentou questões referentes a violação à separação dos poderes; quebra de normas do SUS; interferência do Judiciário nas diretrizes de políticas públicas; inexistência de responsabilidade solidária entre os entes federativos; de que o desembolso de quantia considerável para aquisição de medicamento de alto custo implicaria deslocamento de esforços e recursos estatais e a descontinuidade da prestação de serviços de saúde ao restante da população; efeito multiplicador desde precedente.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou a jusfundamentalidade do direito à saúde, que deve ser objeto não apenas de uma proibição de intervenção, a qual expressa também um postulado de proteção, mas também de proibição de proteção insuficiente. Após comentar sobre o custo dos direitos, o Ministro mencionou que para parte da doutrina os direitos sociais assumem a feição de normas programáticas, dependendo assim de formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Neste caso, a intervenção do Poder Judiciário ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível (reserva do possível).

O Ministro também afirmou que o Estado deve dispor de um determinado valor para custear todo o aparato necessário a garantir a liberdade de

todos os cidadãos, mas no caso do direito à saúde o Estado deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão, envolvendo desta forma, a adoção de critérios distributivos para esses recursos; pois se gastaria mais com uns do que com outros. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva, configurando-se como típicas opções políticas, pressupondo “escolhas trágicas”, pautadas por critérios de macrojustiça. A escolha de uma ou outra política deve considerar fatores como o número de destinatários, a efetividade e a eficácia dos serviços a serem prestados, bem como a maximização dos resultados pretendidos, dentre outros.

Ao seguir este entendimento, implicaria então que o Poder Judiciário, responsável pela microjustiça, não tem condições de analisar todas estas variáveis no caso concreto de determinada pretensão à prestação de um direito social, pois isto implicaria beneficiá-la em prejuízo dos demais, “do todo”. Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário nesses casos argumentam que é seu papel decidir no caso concreto, distribuindo individualmente a Justiça pleiteada por cada parte em litígio.

Continua o Ministro, em seu voto, fatiando agora cada qual dos termos do Art. 196 da CF, mencionado que no citado artigo constam tanto direitos individuais como coletivos, caracterizando-se como um “direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional”, conforme já assentado pelo STF no RE – AgR 271286, na ADPF 45²¹ e também na STA 91.

Logo após aduzir tais comentários, o Ministro relator passou a resenhar as conclusões decorrentes da Audiência Pública da Saúde realizada pelo STF no ano de 2009, onde podemos destacar o entendimento de que no Brasil o problema talvez não seja de judicialização, da interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas, em matéria de saúde, pois quase na totalidade dos casos o que ocorre é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento das políticas já existentes.

²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental –ADPF 45/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004.

Ainda, se a prestação pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou de uma vedação legal à sua dispensação.

Em caso de omissão legislativa (pretensão de obter fármaco que não esteja registrado na ANVISA) é vetado à Administração Pública fornecê-lo, inclusive os importados.

Na hipótese de haver uma decisão administrativa de não fornecer aquela ação de saúde, é necessário haver motivação para seu não fornecimento. Ocorreria então, neste caso, duas possibilidades: o SUS fornece tratamento alternativo; ou o SUS não tem nenhum tratamento para aquela patologia. Em relação ao fornecimento de tratamento oferecido pelo SUS, ficou decidido que este só tem a obrigação de prestar aquelas ações que estejam de conformidade com as políticas sociais e econômicas públicas formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, esta é a chamada corrente da “Medicina com Base em Evidências”. Em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Quando não houver tratamento na rede pública para determinada patologia, deve ser diferenciadas as situações em que exista tratamentos meramente experimentais daquelas em que existam novos tratamentos ainda não testados pelo SUS.

No caso do tratamento experimental, por se tratar de uma pesquisa médica, o Estado não pode ser condenado a fornecê-lo. Quanto aos novos tratamentos, aduz o Ministro que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. A omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, seja por ações individuais ou coletivas,

sendo necessário que haja instrução probatória, o que viria a configurar um obstáculo à concessão de cautelares.

Por fim o acórdão estabelece que os entes federativos possuem responsabilidade solidária para as ações de saúde, não sendo possível ser atribuída maior responsabilidade a um do que a outro para esse tipo de gasto. O acórdão não entra em detalhes sobre a forma de compensação destes gastos entre os entes.

Por todo o exposto, o Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso de Agravo Regimental, nos termos do voto do relator.²²

A Audiência Pública da Saúde ocorrida no ano de 2009 criou balizas jurisprudenciais para a análise de casos como este em questão. Na verdade, este caso em específico ao se basear nos parâmetros traçados pela audiência, se tornou precedente de vários outros casos, significando um importante avanço no posicionamento do STF nas questões referentes ao direito à saúde. No presente caso, o STF entendeu que, dentre outras coisas, o alto custo de medicamento não era motivo para seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

O STF argumenta também que parte da doutrina entende que a intervenção do judiciário na construção de políticas públicas violaria o “princípio da separação dos poderes” e a reserva do possível, e que o Estado deveria adotar critérios distributivos para os recursos que dispõem, para a saúde, pois os valores são variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Estes critérios configurariam opções políticas que considerariam determinados fatores para sua realização. Porém, muito embora outra parte da doutrina entenda que é papel do Judiciário decidir no caso concreto, distribuindo individualmente a Justiça pleiteada

²² O Ministro Celso de Mello, mesmo após ter sido analisado item a item as hipóteses em que o Poder Judiciário poderia ou não intervir, sempre observada a dilação probatória, pediu a palavra em proferiu seu voto em sentido oposto, mencionando ser o direito à saúde um direito de todos, mas concordando integralmente com o voto do relator. No final do julgamento, mais uma vez o Ministro pediu a palavra, reiterou argumentos elucidados em outras decisões, sempre no mesmo sentido de ser a saúde um direito de todos e que caberia ao Poder Judiciário intervir em todas as situações, mas prosseguiu anuindo com o relator. Este curioso detalhe demonstra a dificuldade de parametrizar esse tipo de entendimento para todo o Poder Judiciário.

por cada parte em litígio, este não tem condições de analisar todas estas variáveis no caso concreto de determinada pretensão à prestação de um direito social, pois isto implicaria beneficiá-la em prejuízo dos demais.

Importante frisar que o presente acórdão também estabelece a existência da responsabilidade solidária entre os entes federativos para as ações de saúde, não sendo possível ser atribuída maior responsabilidade a um do que a outro para esse tipo de gasto, além de fazer uma análise pormenorizada do Art. 196 da CF e das questões balizadas na Audiência de 2009.

Embora muito bem argumentado e tendo várias questões analisadas de melhor forma, o acórdão não entrou no campo orçamentário-financeiro; ficando prejudicada desta forma a sua abordagem.

• **STA – AgR 361 – julgado em 23/06/2010**

Trata-se de recurso de Agravo Regimental interposto pelo Estado da Bahia contra decisão que negou o pedido de suspensão de tutela antecipada, concedida em Agravo de Instrumento pelo TRF, que determinou o fornecimento de medicamento à parte autora, que não tinha condições financeiras para custear o tratamento. No pedido de suspensão de tutela antecipada, o Estado da Bahia alegou a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia pública, em razão da ausência de registro do fármaco na ANVISA e de seu alto custo (R\$ 920.000,00 por ano); alegou que o tratamento não tem eficácia comprovada; e alegou ainda a possível ocorrência do efeito multiplicador da ação.

Naquela ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada aduzindo que embora o medicamento não constasse nos Protocolos e Listas Terapêuticas do SUS, ele apresentava sim registro na ANVISA. Também arguiu que há nos autos a comprovação científica do tratamento, e que seu alto custo não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento,

visto que a política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis (STA 175; STA 178; e STA 244, todos de autoria do Ministro Gilmar Mendes).

Por fim, concluiu o Ministro relator que o não fornecimento do medicamento pode representar graves e irreparáveis danos a saúde e à vida do paciente; não havendo que se falar em grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. O pedido de suspensão de tutela foi indeferido.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da República, esta se manifestou pelo não provimento do recurso.

Já no recurso de Agravo Regimental, o relator, Ministro Cezar Peluso, considerou o recurso inconsistente por entender que a alegação de graves danos aos interesses públicos tutelados não deve ser presumida; deveria ser provada. A alegação de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas há de ser de grande monta, e não meramente hipotética ou potencial. Não há prova de que houve grave lesão, e ainda assim caberia o ônus de provar a ocorrência de grave lesão a Fazenda Pública, o que não ocorreu.

Desta forma, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou seguimento ao recurso de Agravo Regimental.

No caso em questão, o STF entendeu que o alto custo de medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis, conforme já decidido pelo Tribunal em outros casos. Ainda, o não fornecimento do medicamento poderia causar danos irreparáveis à saúde e à vida do paciente, não havendo que se falar portanto em ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública; mesmo porque a simples alegação desta não justifica sua existência, ela não pode ser presumida. O ônus da prova caberia a Fazenda Pública, o que não ocorreu. Nota-se que, diferentemente de outros casos, o STF parece querer levar em consideração a argumentação de ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública; pois ao

dizer que a simples alegação não justifica sua existência, caso houvesse uma prova concreta pode ser que o posicionamento do STF fosse diferente. No entanto, não foi o que aconteceu. Por isso, tal abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• **STA – AgR 334 – julgado em 24/06/2010**

Trata-se de recurso de Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao pedido de suspensão de tutela antecipada. Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com requerimento de antecipação de tutela, em face da União, do Estado de Santa Catarina e do Município de Florianópolis, para garantir aos portadores de Hepatite B crônica e coinfectados com HIV o amplo e irrestrito acesso a determinado medicamento. A antecipação de tutela foi negada na origem, motivo pelo qual foi interposto recurso de Agravo de Instrumento no TRF, sendo concedido o efeito suspensivo ativo, em que se determinou o fornecimento do medicamento pleiteado. Paralelamente foi ajuizada ação de suspensão de que ora se cuida.

O pedido de suspensão foi indeferido no STF, uma vez que o medicamento passou a integrar o novo Protocolo Clínico para tratamento de Hepatite B crônica e coinfeções.

A União agravou a decisão, alegando que a decisão foi genérica por não exigir dos pacientes a necessária utilização do SUS para o tratamento e também alegou que o fármaco em questão não seria o recomendável para o tratamento.

O relator, Ministro Cezar Peluzo, considerou inviável o recurso. Isto porque as razões da agravante se prenderam a generalidade do provimento do TRF, segundo o qual bastaria a comprovação da condição de portador da moléstia para garantia do direito de fornecimento do medicamento, sendo dispensável atuação de profissional do SUS para prescrição do tratamento.

Acontece, no entanto, que a decisão monocrática do Agravo que se pretende suspender foi julgada pela Turma daquela Corte, onde ficou decidido que a prescrição médica deve ser formulada por profissional do SUS, seguindo o estabelecido no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para o tratamento da moléstia.

Neste sentido, por unanimidade, o Tribunal negou provimento ao recurso de Agravo Regimental, nos termos do voto do relator.

No presente caso, a garantia de acesso ao medicamento pelos pacientes sem que estes utilizassem o SUS, poderia causar uma grave lesão aos cofres públicos, motivo pelo qual a União agravou da decisão. O STF por sua vez entendeu que bastaria a comprovação de portador da moléstia para ter acesso aos medicamentos. É evidente que o STF seguiu aqui a linha de posicionamento já defendida em outros acórdãos, o qual deve prevalecer o direito à vida frente aos interesses secundários. Nota-se, que ao assim agir, o STF se distancia da questão orçamentária e do planejamento necessário para as políticas de saúde. Por sorte, o TRF decidiu a tempo que a prescrição por profissional do SUS era necessária, o que de certa forma diminuiu o impacto que haveria caso o oposto ocorresse. Todavia, tal abordagem se distanciou da questão orçamentária.

• STA – AgR 328 – julgado em 24/06/2010

Trata-se de recurso de Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao pedido de suspensão de tutela antecipada. Na origem o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual ajuizaram ação civil pública, com requerimento de antecipação de tutela, em face da União e do Estado do Paraná, para compelir a União ao cumprimento da obrigação de fazer, relativo ao tratamento de doença pulmonar, com o respectivo fornecimento dos medicamentos. A decisão na origem concedeu a antecipação de tutela, sendo esta agravada pela União. Na decisão do agravo, o relator do recurso no TRF concedeu parcial efeito suspensivo, apenas

para restringir os efeitos da tutela antecipada, afim de que seja disponibilizado a todos os usuários do SUS na Subseção Judiciária de Maringá que no curso da ação comprovem a necessidade do uso do medicamento, por intermédio de um profissional do SUS. Foi interposto Agravo Regimental, desprovido pela Corte de origem.

O juízo *a quo* proferiu sentença que manteve os termos da tutela antecipada concedida, com as restrições promovidas pelo TRF.

A União então, ajuizou o pedido de STA, que foi indeferido pelo STF, com o argumento de que a decisão não acarreta lesão à ordem e à economia públicas, por versar sobre medicamentos específicos registrados na ANVISA, cuja disponibilidade deve ser precedida de comprovação médica da real necessidade de uso.

A União agravou, sob fundamento de que a decisão seria genérica, pois a falta de indicação dos beneficiários da tutela prestada destinaria um grupo indeterminável de pacientes; bem como por exigir dos interessados a mera comprovação da condição de portadores da moléstia, por meio de laudo médico sem a realização de perícia.

O relator, Ministro Cezar Peluzo, considerou o recurso inviável por entender que não se sustentam as alegações da agravante. A decisão exigia condições específicas dos portadores da moléstia, residência no âmbito territorial da Subseção Judiciária de Maringá e indicação em receituário expedido por médico vinculado ao SUS. A análise por profissional do SUS, por si só, seria suficiente para comprovação de necessidade de tratamento, não prosperando assim o alegação de generalidade da decisão impugnada.

A alegação de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas há de ser de grande monta, e não meramente hipotética ou potencial. Não houve prova de que houve grave lesão.

Assim, por unanimidade, nos termos do voto do relator, o Tribunal negou procedimento ao recurso de Agravo Regimental.

No caso em questão, o STF parece aceitar a possibilidade de haver grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, desde que comprovadas e de grande monta; o que não vinha ocorrendo em outras decisões. No entanto, a União somente alegou o fato, o que tornou a situação hipotética. Caso a União tivesse comprovado grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, pode ser que a decisão do STF seguisse outro caminho. Desta forma, tal abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• **SL – AgR 47 – julgado em 17/03/2010**

Trata-se de recurso de Agravo Regimental, interposto pelo Estado de Pernambuco, contra decisão do Ministro Nelson Jobim que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida pelo Juízo Federal de Petrolina/PE, cuja suspensão havia sido negada pelo TRF.

A liminar foi deferida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o Município de Petrolina, o Estado de Pernambuco e a União. A liminar foi deferida em desfavor do Município de Petrolina para que este adotasse 8 (oito) providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan.

Em relação ao Estado de Pernambuco e à União, a liminar determinou que estes adotassem os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas.

O Estado de Pernambuco, por sua vez, alegou na liminar que o caso é de “manifesto interesse público”; que o cumprimento das medidas determinadas pela liminar provocaria grave lesão à sua estrutura administrativa e a seu orçamento; e que a execução de tais medidas seria de competência do Município. Embora a causa tenha por fundamento o Art. 196 da CF, o requerente aduziu que a liminar ofende o princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado.

O Ministro Nelson Jobim, quando da decisão da suspensão da liminar, fundamentou sua decisão dizendo que a orientação do STF é que sejam demonstradas as graves lesões do ato que se pretende suspender, o que não ocorre no caso em questão, pois o Estado de Pernambuco fez alegações genéricas e embasadas em trechos de decisões que foram proferidas em outro contexto, diverso do que se discutiu nos autos. O pedido de suspensão foi indeferido.

Inconformado, o Estado de Pernambuco interpôs recurso de Agravo Regimental, renovando os argumentos da ocorrência de grave lesão à ordem administrativa, à economia e à saúde públicas, visto que a liminar impugnada não especificou as providências a serem tomadas pelo Estado de Pernambuco. Sustentou ainda, que o cumprimento da decisão implicaria deslocamento de esforços e recursos estaduais e a consequente descontinuidade da prestação dos serviços de saúde em outros postos de atendimento.

Diante da interposição do recurso de Agravo, foi aberta vista ao Ministério Público Federal, que deu parecer pelo não provimento do recurso.

O Tribunal por sua vez, por unanimidade, nos votos do relator²³, negou seguimento ao recurso de Agravo Regimental.

No caso em questão, o STF parece mais uma vez aceitar a possibilidade de haver grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, desde que comprovadas e de grande monta; o que não vinha ocorrendo em outras decisões. No entanto, o Estado de Pernambuco somente alegou este fato, o que tornou a situação hipotética. Caso o Estado tivesse comprovado grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, bem como a descontinuidade da prestação dos serviços de saúde nos postos de atendimento, pode ser que a decisão do STF seguisse outro caminho. Desta forma, tal abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

²³ É importante dizer que neste caso, o relator e os demais Ministros do Tribunal votaram identicamente e, inclusive, com os mesmos argumentos do acórdão da STA – AgR 175, julgada em 17/03/2010, já analisada na página 85.

• RE – AgR 607381 – julgado em 31/05/2011

Trata-se de recurso de Agravo Regimental interposto pelo Estado de Santa Catarina, contra decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário que versava sobre a constitucionalidade do indeferimento, por juízo na Justiça Federal, do pedido de chamamento ao processo da União para figurar no polo passivo de ação que busca o fornecimento de medicamento a paciente hipossuficiente. O Recurso Extraordinário foi negado por não tratar de motivo que causasse ofensa à CF, requisito essencial para a admissão de Recurso Extraordinário.

Interposto o recurso de Agravo Regimental, a agravante alegou que a presença da União na lide é questão fundamental para se dimensionar a extensão do direito à saúde, conforme disposto no Art. 196 da CF, pois a solidariedade entre os entes federativos para o fornecimento de medicamentos fora reconhecido pelo acórdão recorrido.

O relator, Ministro Luiz Fux, entendeu que o recurso não mereceu prosperar. Para o Ministro, o chamamento ao processo da União para figurar como litisconsorte se tratou de um entrave processual para postergar a resolução do feito que, diante da gravidade aparente para quem necessita dos medicamentos, deve ser evitado o uso de medidas protelatórias.

Além disso, cabe a parte autora da ação de fornecimento de medicamentos exigir a prestação integral de qualquer um dos entes federados, sendo que o chamamento ao processo não se aplicaria a este caso. O objetivo do chamamento ao processo é garantir ao devedor solidário o direito de regresso caso seja perdedor da demanda; configura atalho processual para se exigir dos demais co-devedores o pagamento de suas respectivas cotas da dívida. De qualquer forma o Estado de Santa Catarina arcaria sozinho com o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois esta foi a escolha da autora da ação.

Assim posto, a insistência no uso de entrave processuais configura a violação dos dispositivos constitucionais aventados, motivo pelo qual foi negado provimento ao recurso de Agravo Regimental, por unanimidade, pela Turma.

Discute-se no caso em questão a constitucionalidade do indeferimento, por juízo da Justiça Federal, do chamamento ao processo da União para figurar no polo passivo da ação que busca o fornecimento de medicamento a paciente.

O STF negou provimento ao recurso, entendendo que é dever do Estado fornecer os medicamentos, não havendo que se falar em solidariedade quanto ao fornecimento, ainda que reconhecido a solidariedade entes federativos para o fornecimento de medicamentos. Ainda, o STF entendeu que o Estado de Santa Catarina arcaria sozinho com o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois esta foi a escolha da autora da ação.

Os entes federativos devem ser solidários na prestação dos serviços na área da saúde, então por que exigir somente do Estado de Santa Catarina o ônus em arcar com o fornecimento dos medicamentos? O acórdão não entra em maiores detalhes sobre valores, mas imaginemos que se trate de uma quantia significativa ao orçamento de Santa Catarina e, ainda, imaginemos que outros cidadãos também demandem contra o Estado para obterem o fornecimento de medicamentos de valores extremamente altos e que o STF continue a manter seu posicionamento sobre a responsabilidade ser apenas do Estado de Santa Catarina. Não teríamos aqui um comprometimento orçamentário significativo? Estas são questões que precisariam serem melhor analisadas. Portanto, diante da argumentação do STF, a abordagem distanciou-se da questão orçamentária.

• RE 368564 – julgado em 13/04/2011

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União contra decisão do TRF que concedeu a ordem de segurança (se tratava de um mandado de segurança), em recurso de apelação, a um grupo de portadores da doença denominada retinose pigmentar, causadora de cegueira e sem tratamento no Brasil. O grupo em questão pleiteava a liberação da quantia necessária para o tratamento da doença em Cuba. Os argumentos foram no sentido de que portadores de HIV e

doadores de medula óssea encontravam respaldo em legislação para terem as despesas com viagem ao exterior cobertas, em caso de tratamento médico ou doação de medula, e portanto haveria uma ofensa ao princípio da igualdade a restrição ao direito de se tratar também a retinose pigmentar no exterior. Ainda, alegaram que o Estado possuía recursos financeiros para a realização do feito.

O pleito de liminar não foi acolhido. No entanto, o TRF proveu o recurso de apelação aduzindo que é dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde e que a realização do tratamento no exterior daria direito a reembolso total das despesas.

A União interpôs Recurso Extraordinário alegando que é inconcebível que o Estado custeie no exterior tratamento médico idêntico ao que já se realiza no Brasil. Afirmou também que o acórdão recorrido violou os Arts. 6º e 196 da CF, porquanto os mencionados artigos possuem eficácia contida, não tendo o condão de legitimar o ajuizamento de mandado de segurança contra o Poder Público exigindo cuidados médicos particulares no exterior. O deferimento da pretensão implicaria comprometimento do direito de melhor tratamento à coletividade, além de compelir o agente público à satisfação de despesa financeira, sem prévia dotação orçamentária.

O relator, Ministro Menezes Direito, conheceu e proveu o RE, sob o argumento de que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia emitiu parecer dizendo que não existiria tratamento para essa doença, conforme alegado. Por isso, se o Estado custeasse o tratamento no exterior estaria se abrindo um rombo financeiro desnecessário.

Em pedido de vista aos autos, o Ministro Marco Aurélio se manifestou no sentido de que em nenhum momento foi apreciado a questão do tratamento experimental em Cuba e a existência ou não de tratamento no Brasil, não houve debates e decisões prévias sobre estas questões, não havendo que se falar em transgressão a qualquer preceito constitucional. No tocante a alusão aos Arts. 6º e 196 da CF, na decisão o que decidido pelo Tribunal de origem, encontra-se em harmonia com reiterados pronunciamentos do STF, a citar por exemplo o AI – AgR 238328; RE 226835; e RE – AgR 271286. Por estes motivos, o Ministro em seu voto

desproveu o recurso sem adentrar nas questões alusivas ao caráter experimental do tratamento e à existência, no Brasil, de profissionais habilitados a implementá-lo.

No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia em seu voto negou seguimento ao recurso.

Em pedido de vista aos autos, o Ministro Ricardo Lewandowski enfatizou que a discussão em questão visava apenas discutir o aspecto teórico, pois a decisão do TRF data de 2001, e por ser mandamental foi executada imediatamente, não havendo efeito suspensivo. O Ministro, ao abordar a questão das políticas públicas e a intervenção do Poder Judiciário, entendeu que quando este define o conteúdo e a forma de execução de políticas públicas registra-se uma modificação no sistema de freios e contrapesos, entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O presente caso seria um bom exemplo disso, pois coloca o direito e a política em zonas limítrofes.

Além disso, a CF de 1988 define os limites e restrições de atuação para cada Poder, sendo que dentro de suas restrições o Judiciário tem dificuldades em dar concreção às políticas públicas, uma vez que sua atuação está muito mais identificada com a lógica da justiça comutativa, e não distributiva. Desta forma, o Judiciário ao tratar de questões das quais não possui os instrumentos adequados para intervir na realidade concreta, termina por conferir certos direitos a alguns quando na realidade deveriam ser contemplados sobre a ótica universal.

Ao conferir natureza individual a um direito universal, o Judiciário deixa de aplicar de forma correta o texto constitucional e ainda interfere na forma de distribuição de recursos pelo Estado, sem ter como definir os graus de prioridade com que devem ser contemplados. A concessão de ordem para a realização do tratamento no exterior acabou por causar uma distinção entre cidadãos, pois privilegiou um tratamento em relação a outras enfermidades que assolam outros cidadãos, ofendendo assim o princípio da igualdade.

Ainda, continuou o entendimento do Ministro no sentido de que a interpretação do Art. 196 da CF passa pelo acesso universal à saúde, não devendo comportar uma avaliação individualizada; há que se levar em conta que se trata de

distribuir recursos orçamentários por definição escassos. Não pode o STF definir de maneira pontual e individualizada a forma como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde, mas sim garantir que essa distribuição seja realizada dentro dos parâmetros constitucionais e legais.

Por todo o exposto, o Ministro entendeu que o recurso merece prosperar para que o acórdão recorrido fosse reformado, com a denegação da ordem.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, após elucidar casos semelhantes e citar alguns exemplos de acórdãos do STJ, votou no sentido de negar seguimento ao recurso.

Desta forma, a Turma, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito.

No presente caso, a União alega ser inconcebível o custeio do tratamento médico no exterior, quando já existe tratamento no Brasil para esta doença. O Tribunal, por sua vez, negou provimento ao recurso da União sob o argumento de que é dever do Estado garantir o direito à saúde, e não adentrou no mérito da eficácia e efetividade do tratamento no Brasil, no entanto, dentre os votos vencidos, interessante se fez o voto do Ministro Menezes Direito que justificou seu voto sob o argumento de que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia emitiu parecer dizendo que não existiria tratamento para essa doença, sendo que se o Estado custeasse o tratamento no exterior estaria se abrindo um rombo financeiro desnecessário.

O voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski também é interessante, ao posicionar-se a favor do orçamento e da defesa do direito coletivo à saúde, aduzindo que o custeio de tal tratamento prejudicaria o tratamento de outros tantos, e que existe dificuldade por parte do Judiciário ao tratar de políticas públicas por não possuir os instrumentos adequados para intervir na realidade concreta. O Judiciário, ao assim agir, ofende o princípio da igualdade e não leva em consideração o acesso universal decorrente da interpretação do Art. 196 da CF. Por fim, o Ministro salienta que o STF não pode definir a maneira com a qual a Administração deve

distribuir os recursos orçamentários, mas sim garantir que sejam distribuídos dentro dos parâmetros legais.

Ainda que de forma mínima, o Tribunal teve conhecimento de que as regras orçamentárias existem e precisam ser observadas. Mas este foi um entendimento minoritário, visualizado somente no voto de dois Ministros. Acabou prevalecendo o entendimento da maioria, ou seja, a sobreposição do direito à saúde ao campo orçamentário-financeiro.

7. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na análise dos acórdãos, cabe elucidar a maneira com a qual o STF lida com as questões orçamentárias em suas decisões. Pode-se visualizar nas decisões que foram objeto de estudo neste trabalho (período dos anos 2000 a 2011), que a jurisprudência do STF no que se refere ao direito à saúde tem passado por uma constante e importante mudança nos últimos anos, principalmente após a Audiência Pública da Saúde no ano de 2009, e do julgamento da STA-AgR 175, no ano de 2010. Portanto cumpre apresentar e discutir dois momentos distintos verificados nesta pesquisa: os acórdãos anteriores ao ano de 2009 e os acórdãos posteriores, para uma melhor elucidação dos fatos.

Ao se discutir os acórdãos encontrados no período dos anos 2000 a 2009, um dado interessante deve ser mencionado. Dentre os anos de 2000 a 2009 (ano em que ocorreu a Audiência Pública da Saúde), foram encontrados 13 (treze) acórdãos do STF: RE-AgR 259508; RE-AgR 257109; RE 195192; RE-AgR 271286; RE-AgR 255627; RE-AgR 268479; RE 261268; RE 256327; AI-AgR 486816; AI-AgR 597182; RE-AgR 393175; RE-AgR 534908; e AI-AgR 553712.

Dentre estes 13 (treze) acórdãos, o município de Porto Alegre figurou em 5 (cinco) deles na condição de Agravante (RE-AgR 259508; RE-AgR 257109; RE-AgR 271286; RE-AgR 255627; RE-AgR 268479). Já o Estado do Rio Grande do Sul apareceu em 6 (seis) acórdãos (RE 195192; RE 261268; RE 256327; AI-AgR 597182; RE-AgR 393175; AI-AgR 553712), na condição de Recorrente ou Agravante. O que chama a atenção é que praticamente na primeira década do ano 2000, a maioria dos acórdãos do STF pesquisados no tocante ao direito à saúde tenham tido o Estado do Rio Grande do Sul ou o Município de Porto Alegre envolvidos.

A explicação mais sensata para este fato, é que o Estado do Rio Grande do Sul é signatário da Lei Estadual n.º 9.908/93, por meio do qual o Estado do Rio

Grande do Sul, regulamentando a norma do Art. 196 da CF, vincula-se à programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, o que de fato permitiu uma maior busca pelo Judiciário nos casos em que o direito à saúde não foi atendido conforme a legislação pertinente.

Outro dado importante a ser mencionado, é que destes 13 (treze) acórdãos, 10 (dez) deles (RE–AgR 259508; RE–AgR 257109; RE–AgR 255627; RE–AgR 268479; RE 261268; RE 256327; AI–AgR 486816; RE–AgR 393175; RE–AgR 534908; e AI–AgR 553712) citam o acórdão do RE 242859²⁴ em sua fundamentação decisória.

Certo é que, da análise dos acórdãos deste primeiro período (2000-2009), o STF em nenhuma decisão admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Na verdade os argumentos orçamentários são desconsiderados pelo STF, como é possível perceber no RE 195192, no voto do relator Ministro Marco Aurélio:

O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Posição que também foi seguida pelo relator Ministro Celso de Mello, no RE–AgR 271286, sendo mencionada ainda nos acórdãos AI–AgR 486816; AI–AgR 597182; e AI–AgR 553712:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente

²⁴ RE 242.859/RS, relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 17/09/99. Manteve acórdão cujo fundamento central é o Art. 1º da Lei 9.908/93, por meio do qual o Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do Art. 196 da CF, vinculou-se à programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV, não havendo que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados (Art. 5º, I, e 196, CF).

daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

Estes dois entendimentos refletem claramente o posicionamento do STF em relação ao direito à saúde e a questão orçamentária neste período. No entanto, dizer que o interesse financeiro é um interesse secundário do Estado é de difícil compreensão, pois os direitos sociais necessitam de recursos para serem efetivados; a questão orçamentária está intimamente vinculada ao direito à saúde, sendo este dependente daquela.

Outro entendimento muito utilizado como precedente é de autoria do Ministro Celso de Mello, no RE-AgR 271286, e aparece em 6 (seis) das 13 (treze) decisões (RE-AgR 259508; AI-AgR 486816; AI-AgR 597182; RE-AgR 393-175; RE-AgR 534908; e AI-AgR 553712) ora diretamente no texto, ora na citação de precedentes que trazem diretamente essa passagem, ou mesmo como argumento principal da decisão:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA

CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, [...] dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Vê-se, desse modo, que mais do que a simples positivação dos direitos sociais [...] recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham ela acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ela integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por

qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Fica evidente nesta passagem que o STF, até este momento, entendia que o direito à saúde era um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável, devendo ser efetivado de forma plena e universal. Ainda, poderia o Judiciário atuar somente nos casos em que o Poder Público fosse omissivo de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável”, ou qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento desviante.

A questão orçamentária envolvida na efetivação do direito à saúde não foi foco das abordagens do STF neste primeiro momento; não compôs a análise jurídica dos Ministros. Em diversas decisões ficou expresso que estes eram problemas de menor importância, secundários, e que não seriam aceitáveis ao se tratar do direito à saúde. Não há discussão a respeito do custo dos direitos, escassez de recursos, reserva do possível, normas orçamentárias e muito menos planejamento orçamentário, o que parece apontar para um entendimento de que o direito à saúde não teria em seus custos ou na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua concretização.

Na realidade, fica evidente o total desconhecimento da LRF por parte do STF em suas decisões envolvendo o direito à saúde, pois em nenhum momento há observação desta lei, principalmente ao disposto nos Arts. 16 e 17, os quais o descumprimento resulta em sanções impostas pelas Leis 10.028/2000²⁵ e 8.429/92²⁶; não se tem mensuração da importância da LRF para a execução das políticas públicas de saúde.

Entretanto, este posicionamento começou a mudar a partir do ano de 2010, quando do julgamento da STA-AgR 175.

²⁵ Acrescentou o Art. 359-D ao Código Penal, que aduz o seguinte: Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena reclusão, de 1 (um) a 4 (quarto) anos.

²⁶ Art. 10, IX. Ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou regulamento. Sanções impostas ao agente público, conforme disposto no Art. 12, II, da presente Lei: ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos (5 a 8 anos); multa de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar ou receber benefícios/incentivos fiscais pelo prazo de 5 anos.

A Audiência Pública da Saúde ocorrida no ano de 2009 foi um verdadeiro instrumento balizador para o STF, pois a partir de então todas as decisões do STF levaram em consideração as experiências e os dados colhidos quando de sua realização. É importante ressaltar que a Audiência Pública resultou na elaboração da Recomendação n.º 31 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual recomenda aos Tribunais a adoção de medidas para subsidiar os magistrados a fim de garantir maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, como, por exemplo, apoio técnico de médicos e farmacêuticos às decisões dos magistrados, contribuindo assim com um melhor entendimento, embasamento, e conhecimento técnico na aplicação dos fundamentos decisórios; o que resulta diretamente em uma melhor aplicação e respeito à política pública de saúde planejada.

No mesmo sentido, o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, instituído por meio da Resolução n.º 107 do CNJ, também deve atuar para a efetividade dos processos judiciais e na prevenção de novos conflitos.

É neste sentido que a STA-AgR 175 tornou-se um precedente na área do direito à saúde; pois foi a primeira decisão a abordar e utilizar os resultados da Audiência Pública da Saúde.

O relator do acórdão da STA-AgR 175, Ministro Gilmar Mendes, ao destacar a forma pela qual a CF estabelece os limites e as possibilidades de implementação do direito à saúde, conforme o Art. 196, tece interessante comentário ao “fatiar” o presente artigo, ponto-a-ponto:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. [...] Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um

direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. [...] Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

O Ministro também elucida a questão da judicialização da saúde, ao citar um dos primeiros entendimentos decorrentes da Audiência Pública da Saúde:

[...] no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Ainda, se a prestação pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não fornecê-la; ou de uma vedação legal à sua dispensação.

Sobre esta passagem, cumpre complementá-la no sentido de que no texto do acórdão o Ministro ressalta que:

a intervenção do Poder Judiciário ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível (reserva do possível).

Neste ponto em específico, o Ministro Celso de Mello, mesmo após ter sido analisado item a item as hipóteses em que o Poder Judiciário poderia ou não intervir, sempre observada a dilação probatória, pediu a palavra e proferiu seu voto em sentido oposto, mencionando ser o direito à saúde um direito de todos, mas concordando integralmente com o voto do relator. No final do julgamento, mais uma vez o Ministro pediu a palavra, reiterou argumentos elucidados em outras decisões, sempre no mesmo sentido de ser a saúde um direito de todos e que caberia ao Poder

Judiciário intervir em todas as situações, mas prosseguiu anuindo com o relator. Este curioso detalhe demonstra a dificuldade de parametrizar esse tipo de entendimento para todo o Poder Judiciário.

O presente acórdão também estabelece a existência da responsabilidade solidária entre os entes federativos para as ações de saúde, não sendo possível ser atribuída maior responsabilidade a um do que a outro para esse tipo de gasto, e resenha alguns entendimentos colhidos na Audiência Pública da Saúde.

No entanto, esse posicionamento não foi observado no acórdão do RE-AgR 607381, onde foi negado provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina que, entendendo que é dever do Estado fornecer os medicamentos, não havendo que se falar em solidariedade quanto ao fornecimento, ainda que reconhecido a solidariedade entes federativos para o fornecimento de medicamentos. Ainda, o STF entendeu que o Estado de Santa Catarina arcaria sozinho com o ônus do fornecimento do medicamento requerido, pois esta foi a escolha da autora da ação.

O que se observa nestas passagens, é que o STF parece querer trilhar um novo caminho em seu entendimento jurisprudencial, ao mencionar que “a prestação individual da saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS” ou seja, indiretamente entende-se, dentre outros aspectos, que faz-se aqui referência ao comprometimento orçamentário, tendo em vista que o SUS é financiado com o orçamento público. Portanto, se o orçamento for comprometido, o SUS assim também o será.

Ainda, o STF parece dar novo entendimento em outros dois pontos muito debatidos, a questão da solidariedade entre os entes da federação, em que restou reconhecida a solidariedade entre os entes federativos para as ações de saúde (embora tal posicionamento não tenha sido observado no RE-AgR 607381); e a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, ao afirmar que que esta só deve ocorrer caso já exista políticas estabelecidas, pois caso contrário haveria violação ao “princípio da separação dos poderes” e ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Desta forma, o presente acórdão “abriu” caminho para outras decisões (STA-AgR 361; STA-AgR 328; SL-AgR 47 e particularmente no RE 368564 que teve dois votos vencidos em favor do orçamento público), que se mostraram mais receptíveis ao debate sobre a escassez de recursos, reserva do possível, e a questão do comprometimento do planejamento em saúde, o que não vinha ocorrendo até então pois o direito à saúde deveria ser efetivado de forma plena e universal, e os interesses financeiros era considerados secundários. A passagem a seguir aparece de forma idêntica na STA-AgR 361 e STA-AgR 328, em resposta aos argumentos das partes agravantes:

De fato, o pressuposto básico da suspensão é a ocorrência concreta da grave lesão à ordem, à segurança ou à economia públicas. A lesão, portanto, há de ser de grande monta e não meramente hipotética e potencial, não sendo suficiente para a suspensão da segurança o fato de o Poder Público ter interesse, de uma forma ou de outra, na causa. O que se quer é que a medida pela qual se procura impedir a execução do ato tenha uma dimensão maior, mais ampla.

De todos os acórdãos analisados até o momento, restou somente um único a ser comentado, e talvez o que melhor traduz a evolução jurisprudencial do STF. Até o momento, mesmo com todo balizamento jurisprudencial decorrente dos dados colhidos na Audiência Pública da Saúde e solidificados na STA-AgR 175, a abordagem orçamentária não foi objeto de análise. O que verificou-se, é que o STF caminhou no sentido de considerar tal abordagem, o que não ocorria antes do ano de 2009.

No ano de 2011, com o julgamento do RE 368564, foi possível constatar que a jurisprudência caminha em um sentido evolutivo.

No presente caso, a União alega ser inconcebível o custeio de tratamento médico no exterior, quando já existe tratamento no Brasil para a doença. O Tribunal, por sua vez, negou provimento ao recurso da União sob o argumento de que é dever do Estado garantir o direito à saúde, e não adentrou no mérito da eficácia e efetividade do tratamento no Brasil, no entanto, dentre os votos vencidos, interessante se fez o voto Ministro Menezes Direito que justificou seu voto sob o

argumento de que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia emitiu parecer dizendo que não existiria tratamento para essa doença, sendo que se o Estado custeasse o tratamento no exterior estaria se abrindo um rombo financeiro desnecessário. Nas palavras do Ministro:

Agora, no caso, parece-me que elas não têm direito, por um motivo muito simples. O direito se confere se existe a possibilidade certificada de que há cura, de que há o tratamento, de que é possível perante os requisitos que o Estado estabeleceu: laudo, parecer, a indicação. E, no caso concreto, há um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, portanto um laudo que é insuspeito, porque não é um laudo de uma entidade vinculado ao Estado, mas de uma entidade especializada, que confere, até mesmo, o título de especialista em oftalmologia que afirma peremptoriamente que não existe esse tratamento nem aqui, nem em outro lugar. [...] Estou conhecendo e provendo por esses fundamentos, porque senão vamos abrir um rombo desnecessário.

O voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski também é interessante, ao posicionar-se a favor do orçamento e da defesa do direito coletivo à saúde, aduzindo que o custeio de tal tratamento prejudicaria o tratamento de outros tantos, e que existe dificuldade por parte do Judiciário ao tratar de políticas públicas por não possuir os instrumentos adequados para intervir na realidade concreta. O Judiciário, ao assim agir, ofende o princípio da igualdade e não leva em consideração o acesso universal decorrente da interpretação do Art. 196 da CF. Por fim, o Ministro salienta que o STF não pode definir a maneira com a qual a Administração deve distribuir os recursos orçamentários, mas sim garantir que sejam distribuídos dentro dos parâmetros legais.

[...] o Judiciário ao tratar de questões para as quais não dispõe de instrumentos adequados para intervir na realidade concreta, termina por conferir a alguns indivíduos direitos pretensamente subjetivos, que, a rigor, deveriam ser contemplados sobre a ótica universal. [...] A interpretação do Art. 196 da Constituição Federal, portanto, passa necessariamente pelo acesso universal à saúde e tendo consideração que se trata de distribuir recursos orçamentários por definição escassos. Penso que o papel do Judiciário seja o de garantir que essa distribuição seja realizada dentro de

parâmetros constitucionais e legais, garantindo, sempre que possível, a universalização do acesso à saúde. Para tanto, não pode o judiciário – salvo em situações extremas, em que a própria vida esteja em risco – ir além da fixação de critérios para a atuação da Administração Pública, impedindo que determinados cidadãos sejam privilegiados em detrimento de outros. [...] Não pode – insisto – o Judiciário e, em especial, esta Suprema Corte, guardiã dos valores constitucionais, definir, de maneira pontual e individualizada, como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde.

Conforme exposto, em nome do princípio da igualdade, o Estado deveria obrigar-se a dar o mesmo tratamento a todos os cidadãos, e não favorecer este ou aquele caso, pois ao assim agir pode causar um rápido esgotamento dos recursos destinados à proteção e a promoção da saúde de todos, colocando em risco o direito à saúde e o direito à vida de muitas pessoas; o que se agrava neste caso, por se tratar de um dispêndio orçamentário para um tratamento sem eficácia comprovada, em outro país. O Judiciário também não deveria definir a forma de aplicação dos recursos públicos destinados à saúde, conforme anteriormente exposto na STA-AgR 175.

No entanto, no presente caso, ainda que de forma mínima, o Tribunal teve conhecimento de que as regras orçamentárias existem e precisam ser observadas. Mas este foi um entendimento minoritário, visualizado somente no voto de dois Ministros. Acabou prevalecendo o entendimento da maioria, ou seja, a sobreposição do direito à saúde ao campo orçamentário-financeiro.

8. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente podem ser exigidos, ainda que por via judicial. Isto porque a normatividade e a efetividade das disposições da CF de 1988 permitem e contribuem significativamente para isto.

A CF de 1988 consolidou em nosso país o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos; Estado este que é regido por normas democráticas, com eleições livres e periódicas realizadas pelo povo, e pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais. Além de ser um Estado Democrático de Direito, a República Federativa do Brasil possui alguns fundamentos, merecendo destaque a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Ainda, em relação aos direitos sociais, a CF de 1988 afirmou que estes são direitos fundamentais, constitucionalmente reconhecidos e garantidos, dentre os quais o direito à saúde. Estes direitos são universais, ou seja, toda e qualquer pessoa brasileira ou estrangeira residente no país são titulares destes direitos, o que permite concluir que a saúde é um direito fundamental social de caráter universal.

Neste sentido, as políticas de saúde devem garantir de forma universal e igualitária o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação de todos, além de serem formuladas e executadas com ampla participação da comunidade, conforme explicitado na Constituição Federal em seus artigos 196 e 198.

Desta forma, a busca pela efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, por meio do Poder Judiciário, consiste em exercer o direito de cidadania, garantido pelo Estado Democrático de Direito, sendo perfeitamente constitucional. É importante frisar que, no tocante aos direitos sociais, estes são ao mesmo tempo individuais e coletivos, não podendo o individualismo ferir a coletividade e vice-versa. Assim, a atuação do Judiciário deve-se pautar na harmonização quando houver

conflitos entre direitos ou garantias fundamentais, evitando o prejuízo de uns em relação aos outros.

Em decorrência do reconhecimento do direito à saúde pela CF de 1988, o Estado adquiriu a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde capazes garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, surgindo desta forma o SUS.

O SUS é fruto do processo de lutas e conquistas dos direitos fundamentais, e reúne os instrumentos (administrativos, jurídicos, institucionais e financeiros) necessários para que o Estado desenvolva atividades que garantam o direito à saúde previsto na CF. Um dos princípios do SUS é o chamado princípio da integralidade da assistência, segundo o qual exige que paciente e profissional mantenham um vínculo, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, e realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público da saúde. Outrossim, não deve ser este princípio interpretado equivocadamente, no sentido de que o SUS deva fornecer todo e qualquer insumo de saúde, para todo cidadão, a qualquer tempo.

Da mesma forma não deve ser confundido integralidade com universalidade (outro princípio do SUS). Enquanto integralidade pressupõe um atendimento contínuo e integral a quem estiver dentro da rede pública da saúde, dentro do SUS, a universalidade diz respeito ao direito de todas as pessoas ingressarem no SUS, terem acesso à saúde. Assim, o paciente deve respeitar as regras do SUS em relação ao seu acesso, pois a assistência terapêutica íntegra pressupõe que ele esteja em tratamento no SUS e, assim ocorrendo, deverá o SUS custear completamente o tratamento incluindo a assistência farmacêutica. Em relação a esta, em regra, apenas medicamentos devidamente registrados nos órgãos nacionais de vigilância sanitária devem ser fornecidos, sendo proibido a comercialização em território nacional de produtos não registrados previamente. Não há obrigatoriedade de fornecimento, por parte do SUS, de medicamentos sem registro no país, embora isso não afaste seu dever de apreciar situações excepcionais, como a indispensabilidade de um fármaco não disponível no país, para o tratamento de

determinado usuário. Neste sentido, a obtenção de medicamentos por meio do Poder Judiciário tornou-se comum.

Nesta perspectiva, a aprovação da Lei n. 12.401/11 que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde, definindo o que são os produtos de interesse para a saúde e os consagrados protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, visou instituir a obrigatoriedade de serem respeitadas as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico ou, na ausência desses, a relação de medicamentos instituída pelo SUS, proibindo expressamente que o SUS pague por medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais ou não autorizados ou não registrados pela ANVISA.

Se por um lado a Lei nº. 12.401/11 tende a tangenciar a questão da judicialização referente aos fármacos e também ao cumprimento obrigatório dos protocolos e listas do SUS, por outro lado uma interessante questão surge: de que forma o Poder Judiciário se comportará de agora em diante, tendo em vista já ter decisões consolidadas no sentido contrário a Lei nº. 12.401/11.

Certo é que, a partir do reconhecimento do direito fundamental à saúde na CF de 1988, o número de demandas referentes ao direito à saúde junto ao Poder Judiciário aumentou. A grande discussão sobre a chamada judicialização da saúde se concentra em torno das consequências ocasionadas pela atuação do Judiciário na efetivação deste direito, como por exemplo, o comprometimento do orçamento público em face das decisões judiciais na saúde. No entanto, outros pontos também merecem atenção, como por exemplo a questão da separação dos poderes, citada diversas vezes nos acórdãos.

A CF de 1988, em seu Art. 2º, estabelece que o Poder Legislativo, o Executivo, e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, a isto denominamos separação de poderes, a separação clássica em três poderes, ainda que o poder do Estado seja uno. Essa ocorre para que seja possível haver uma imparcialidade na forma de governo, evitando-se assim o abuso de poder. Há que se observar, em relação a harmonia entre os poderes, que em alguns pontos

especificados constitucionalmente, um pode interferir no outro; bem como a divisão de funções e a independência entre eles não é em todo absoluta, existindo o denominado mecanismo de *freios e contrapesos*, que busca encontrar o necessário equilíbrio para realizar o bem coletivo.

Atualmente, não há que se discutir a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas, mas sim a questão da separação entre os poderes no que diz respeito às competências. Por exemplo, em uma demanda judicial que vise satisfazer o direito à saúde, especificamente para a obtenção de medicamentos, o magistrado provavelmente considerará a previsão expressa do direito à saúde na Constituição Federal e a garantia do direito ao medicamento; além de lembrar, que o direito de obter medicamentos é uma resposta a questões de política pública, no que tange a quantidade de recursos a ser empregada na área da saúde e a maneira de como fazê-lo. Caberia portanto ao magistrado, questionar-se sobre sua competência para decidir sobre o dispêndio de recursos públicos, ou se isso não seria tarefa dos legisladores ou órgãos do governo.

Ainda, há que se lembrar a problemática dos custos dos direitos fundamentais, pois os recursos empregáveis na satisfação de tais direitos são insuficientes. Portanto, os custos e a questão da competência são de certa forma dependentes entre si, pois a solução de uma questão interfere na outra. A decisão judicial deve avaliar a escassez de recursos e observar as leis orçamentárias, uma vez que a determinação da consecução do direito à saúde deflagra uma desestruturação nas contas públicas, prejudicando os demais direitos ou mesmo o próprio direito à saúde aos outros indivíduos.

As decisões judiciais devem tomar em conta a variável econômica que permeia a realidade, não podendo ignorar a escassez de recursos econômicos e o planejamento orçamentário abordado na LRF em seu capítulo II (Do Planejamento), artigos 3º a 10, pois muitas vezes sequer são cogitados os efeitos econômicos das decisões; indo mais além, muitas vezes o Judiciário ignora quase completamente as questões orçamentárias-financeiras envolvidas nas demandas que lhe são postas para solução.

O magistrado possui um ambiente de visão limitado pelas pretensões postas pelas partes, ignorando os efeitos sociais dos seus julgados e limitando assim o conjunto de oportunidades, o que afeta a qualidade da decisão. Desta forma, as sentenças judiciais que satisfazem o direito à saúde implicam aumento de custos para os cofres públicos, reconhecendo um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado, dificultando assim o planejamento governamental no tocante às políticas públicas já aprovadas e com recursos orçamentários já definidos.

O cumprimento da determinação judicial, em alguns casos, extrapola suas possibilidades orçamentárias, o que leva a discussão para a chamada Reserva do Possível, prática jurídica invocada como um limite fático e intransponível diante de uma alegada escassez de recursos. Quando trazida como insuficiência de recursos, a reserva do possível deve ser entendida no sentido de que as necessidades são ilimitadas e os recursos escassos, havendo de ser observada na formulação de políticas públicas e em decisões judiciais. Sua interpretação também tem sido no sentido de limitar a efetivação de direitos sociais frente a incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito; se não há previsão orçamentária específica, a intervenção judicial fica comprometida. Mas este último entendimento não é majoritário na jurisprudência dos tribunais, que já chegaram inclusive a bloquear recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior que determinava o fornecimento de medicamentos.

Desta forma, o Judiciário deve observar a Lei de Responsabilidade Fiscal bem como as regras orçamentárias quando da tomada de suas decisões, principalmente porque a LRF limita a liberdade de utilização de verbas orçamentárias, faz com o que o gestor considere as prioridades impostas, engessando assim as possibilidades de atuação deste frente às demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais (Arts. 16 e 17 da LRF). Não há possibilidade de se efetuar gastos em saúde sem antes haver uma relação com seu programa, há que se observar a interação proposta pela LRF, em relação aos instrumentos de planejamento e orçamento, PPA, LDO e LOA, sob pena de incorrer em sanções previstas nos Art.

2º. da Lei 10.028/2000 (Lei de Crimes Fiscais)²⁷ e Art. 12, II, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)²⁸.

Assim, as decisões judiciais ao não observarem as regras orçamentárias podem colocar em risco todo o planejamento já definido para a realização das políticas de saúde, além de inviabilizar a realização destas. Por isso, a aplicação da reserva do possível parece ser justa e necessária frente às decisões judiciais que não observam e não respeitam a Lei de Responsabilidade Fiscal e as normas orçamentárias; desde que observado o equilíbrio e racionalidade de sua adequada aplicação.

Com o aumento da judicialização da saúde e também de suas consequências, inúmeras reações por parte dos gestores e da doutrina começaram a surgir. Neste contexto, a Audiência Pública da Saúde²⁹ realizada pelo STF, teve como objetivo a realização de um amplo debate público em favor das políticas de saúde, além de informações técnicas necessárias para a instrução dos processos do Tribunal, resultando em maior conhecimento acerca do funcionamento do SUS para todos os participantes envolvidos, Ministros do STF, debatedores e ouvintes. A Audiência teve fundamental importância no cenário da judicialização, pois resultou num elemento de coordenação dos processos judiciais que envolvem as políticas públicas de saúde, e possibilitou a adoção de critérios e parâmetros para a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos.

No que tange ao campo orçamentário, a CF de 1988 instituiu uma série de mudanças significativas, sendo a criação de um sistema articulado de normas, permitindo desta forma um planejamento e ação orientada em função dos objetivos descritos na Constituição, a principal delas. O equilíbrio e a coparticipação do Legislativo e Executivo, além de um sistema de planejamento econômico, são a base

²⁷ Reclusão, de 1 (um) a 4 (quarto) anos.

²⁸ Ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos (5 a 8 anos); multa de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar ou receber benefícios/incentivos fiscais pelo prazo de 5 anos.

²⁹ A Audiência Pública da Saúde resultou na elaboração da Recomendação nº. 31 do CNJ, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. O Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, instituído por meio da Resolução nº. 107 do CNJ, também é resultado da Audiência Pública da Saúde.

do atual modelo orçamentário que é regulado pelas leis do PPA, LDO, e LOA. A LRF, que foi promulgada posteriormente, trouxe novas regras de responsabilidade e transparência na gestão das finanças públicas, para os três níveis de governo, prevendo desta forma um mecanismo de maior controle nas contas públicas. Ainda, a LRF deve se ater à responsabilidade social, no tocante ao planejamento, que constitui-se como um processo na busca do equilíbrio entre os anseios coletivos e as reais possibilidades econômicas e financeiras. Cumpre salientar que a LRF estipula sanções quando de seu descumprimento, que podem ser fiscais, administrativas ou penais.

Desta forma, o administrador encontra-se vinculado ao ordenamento orçamentário, podendo praticar um crime quando ordenar despesas não previstas em lei e quando infringir um dispositivo de natureza orçamentária (por exemplo, realizar despesa superior ou não prevista no orçamento). Assim, quando da existência de liminares judiciais sem que haja uma fase de contraditório bem definida, o administrador público poderá encontrar-se na difícil situação de estar entre o desacato de uma decisão judicial e o cometimento de crime de responsabilidade fiscal.

Compreende-se, portanto, que a LRF busca reforçar o papel da atividade de planejamento, mais especificamente a vinculação entre o planejamento e a execução do gasto público. Assim, o gasto em saúde deve estar ligado ao planejamento, como um instrumento que baliza o orçamento. Se o gasto é caracterizado por um dispêndio de recursos, representado por uma saída de recursos financeiros, esse só pode ser viabilizado se estiver em acordo com o que foi planejado e orçado.

Entende-se então por planejamento o estabelecimento de ações e serviços públicos a partir de políticas públicas predefinidas, dimensionando recursos físicos, humanos e financeiros para atingir objetivos e metas em determinado horizonte de tempo.

No âmbito do SUS o planejamento está presente por meio do PlanejaSUS, sendo seus principais instrumentos o Plano de Saúde, a Programação

Anual de Saúde e o Relatório Anual de Gestão. Desta forma, nenhum gasto deverá ser realizado sem que haja disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros.

É importante frisar que os instrumentos orçamentários não são fictícios. Este entendimento surgiu pois os instrumentos orçamentários eram elaborados principalmente de forma generalizada e abrangente antes da vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que acabava não respondendo às necessidades, constituindo-se assim em instrumentos fictícios. Ainda, na maioria das vezes os gastos eram realizados sem nenhuma vinculação com o que constava na programação dos instrumentos orçamentários, sem nenhum controle em relação às receitas efetivamente arrecadadas, facilitando o processo de endividamento das administrações.

No tocante aos 20 (vinte) acórdãos analisados, no período dos anos 2000 a 2011, evidenciou-se uma evolução no que tange a observação das normas orçamentárias-financeiras somente após o ano de 2010, mesmo que de forma mínima. Ainda, dentre os 20 (vinte) acórdãos, somente 1 (um), no ano de 2011, adentrou na discussão orçamentária-financeira, demonstrando assim, que o debate e consideração desta questão pelo STF, mesmo sendo um entendimento minoritário e que muitas vezes sequer é manifestado nos votos, caminha no sentido de uma melhor compreensão.

Porém, é certo que o STF não mais considera secundária a questão orçamentária em suas decisões, indicando que, dentro de um processo de evolução jurisprudencial que acompanha também a realidade social, tudo deve ser uma questão de tempo para que tal abordagem ganhe um maior significado e importância.

Todos os acórdãos abordados negaram provimento aos recursos que, em maioria, eram de entes públicos inconformados com a decisão e preocupados com os cofres públicos. Mas não adianta apenas um lado das partes se preocupar; o Poder Judiciário também necessita ser mais cauteloso ao analisar estas demandas.

É certo que a problematização da judicialização da saúde e o comprometimento orçamentário, que muitas vezes ocorre por falta de conhecimentos

técnicos por parte do Poder Judiciário ao conceder as demandas que lhe são apresentadas, está longe de ser resolvido.

No entanto, cumpre lembrar que saúde e o orçamento convivem lado a lado, sendo o direito à saúde dependente, entre outras coisas, do orçamento para se efetivar. Há portanto, que haver um equilíbrio e proporcionalidade nas decisões por parte do Poder Judiciário nas questões que envolvam a judicialização da saúde.

Não menos importante, este trabalho evidencia a necessidade de uma maior discussão e a realização de um estudo de maior amplitude no campo do direito à saúde e orçamento público.

Por fim, as observações doutrinárias e normativas trazidas por este trabalho são de grande importância, posto que ao observar e respeitar as normas orçamentárias, o Poder Judiciário evitará que ocorra o prejuízo da concretização da política de saúde planejada.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, P. M. *Coleção Ensaio de Processo Civil, vol. 3, Processo e Democracia*. LAMY, E. A.; ABREU, P. M. (Coord.). São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AITH, F. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *A Emergência do Direito Sanitário como um Novo Campo do Direito*. In: ROMERO, L. C.; DELDUQUE, M. C.. (Org.). *Estudos de Direito Sanitário: A Produção Normativa em Saúde*. 01 ed. Brasília: Senado Federal, v. 01, p. 13-40, 2011.

ALMEIDA, C. O. F. *O Planejamento Financeiro Responsável: boa governança e desenvolvimento no Estado contemporâneo*. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. F. (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 577-599, 2011.

BARACHO, J. A. O. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, p. 1-8, 1995.

BARROSO, L. R. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In: SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2. tir. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. *Política social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006.

BLIACHERIENE, A. C.; MENDES, G. A. S. *Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites da Vinculação e da Discricionariedade da Execução da Dotação Orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios*. In: BLIACHERIENE, A. C.; SANTOS, J. S. (Org.). *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, p. 16-26, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema de Planejamento do SUS; uma construção coletiva: Estudo sobre o arcabouço legislativo do planejamento da saúde*, v. 3. Brasília: MS, 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública nº. 04*. Brasília, 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGRS.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: Vade Mecum, 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011a.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. *Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na Seara das Justiças Estaduais*. Brasília, 2011b. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 5 de julho de 2012.

CONTI, J. M. *Planejamento e responsabilidade fiscal*. In: SCAFF, F. F.; CONTI, J. M. (cords.) *Lei de Responsabilidade Fiscal: 10 anos de vigência – questões atuais*. São José (SC): Conceito Editorial – IBDF, p. 39-56, 2010.

DALLARI, D. A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 131-150, 2011.

DESLANDES, S. F.; ASSIS, S. G. *Abordagens Quantitativa e Qualitativa em Saúde: o diálogo das diferenças*. In: MINAYO, M. C. S.; DESLANDES, S. F. (Org.). *Caminhos do Pensamento: Epistemologia e Método*. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 213, 2008.

FAIM FILHO; E. G. *A Judicialização da Saúde e seus Reflexos Orçamentários*. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. F. (Coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1009-1044, 2011.

FERRAZ, M. F. *Gestão Orçamentária e Financeira*. In: IBÁÑEZ, N.; ELIAS, P. E. M. *et.al.*, (Org). *Política e Gestão Pública em Saúde*. São Paulo: Hucitec Editora, p. 479-499, 2011.

GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159, 2005.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F. *et. al. Judicialização do direito à saúde: prós e contras*. In: BLIACHERIENE, A. C.; SANTOS, J. S. (Org.). *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, E. R. *Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas: o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, p. 130-148, 1993.

KEINERT, T. M. M. *Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Papel do Executivo, Legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo*. In: KEINERT, T. M. M.; PAULA, S. H. B. *et. al.*, (Org.). *As Ações Judiciais no SUS e sua Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, p. 87-108, 2009.

LAVILLE, C.; DIONNE, J. *A Construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

LIMA, R. S. F. *Direito à saúde e critérios de aplicação*. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIRA, D. N. *A Audiência Pública da Saúde e o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Saúde*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto4.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2013.

MÂNICA, F. B. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARQUES, R. M.; MENDES, A. N. *Crônica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro*. In: XII Encontro de Pesquisadores da PUCSP na área da Saúde, 2009, São Paulo. Publicado no CD Rom do Encontro - XII Encontro de Pesquisadores da PUCSP na área da Saúde. São Paulo : PUC-SP, 2009.

MENDES, A. *A Busca da Cumplicidade entre o Planejamento e o Processo Orçamentário na Saúde Paulistana*. In: MENDES, A.; SOUZA, M. F. (Org.). *Tempos Radicais da Saúde em São Paulo: A Construção do SUS na Maior Cidade Brasileira*. São Paulo: Hucitec, p. 109-122, 2003.

MINAYO, M. C. S; SANCHES, O. *Quantitativo-Qualitativo: Oposição ou Complementaridade?* Cad. Saúde Públ., Rio de Janeiro, 9 (3): 239-262, jul/set, 1993.

MONTESQUIEU, C. S. B. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, p.167-168, 2000.

MORAES, A. *Direito Constitucional* - 21 ed.; São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, P. S. *Direito à Saúde: O Problema da Eficácia das Normas Constitucionais e da Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Caderno Virtual n°. 24, v. 1 – jul-dez/2011.

MOREIRA, M.; MENDES, A. *Comentários à lei de responsabilidade na gestão fiscal*. CEPAM. São Paulo, 2001.

NOBRE, L. L. L. *Análise dos Julgamentos do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará: um olhar sobre a prestação de contas dos sistemas municipais de saúde*. Tese de Doutorado em Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. São Paulo: p. 61, 2010.

NOGUEIRA, M. A. *Para uma governabilidade democrática progressiva*. Lua Nova, n.36, p. 105-128, 1995.

OLIVEIRA, R. F. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, R. J. B.; CASTRO, R. G. *O Direito à Saúde e o Orçamento Público: A Busca de um Equilíbrio Estável*. In: BLIACHERIENE, A. C.; SANTOS, J. S. (Org.). *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, p. 16-26, 2010.

SABINO, M. A. C. *Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde*. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, M. T.. *Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a Partir da Ciência Política*. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, L. *SUS: Contornos Jurídicos da Integralidade da Atenção à saúde*. In: KEINERT, T. M. M.; PAULA, S. H. B. *et. al.*, (Org.). *As Ações Judiciais no SUS e sua Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, p. 63-72, 2009.

_____, L. Instituto de Direito Sanitário Aplicado. *Todos os Cidadãos têm o Direito à Saúde Garantido?* Campinas, 2013. Disponível em: <http://www.idisa.org.br/site/documento_9072_0__todos-os-cidadaos-tem-o-direito-a-saude-garantido-.html>. Acesso em: 30 de março de 2013.

SARLET, I. W.. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* - 10 ed.; 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, F. F. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Os direitos sociais na Constituição Brasileira*. In: SCAFF, F. F.; ROMBOLI, R.; REVENGA, M. (coord.) *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quarter Latin, p. 22 e ss, 2010.

_____. SCAFF, F. F. *Direito à Saúde e os Tribunais*. In: NUNES, A. J. A.; SCAFF, F. F. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUSTEIN, C.; HOLMES, S.. *The Cost of Rights*. Cambridge: Havard University Press, p. 14-55, 1999.

TANAKA, O. Y. *A Judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica*. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.1, p.139-143, mar./jun. 2008.

TOJAL, S. B. B. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o direito sanitário*. In: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

TOLLINI, H. M.; AFONSO, J. R. R. *A Lei 4.320 e a Responsabilidade Orçamentária*. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. F. (Coord.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 491-511, 2011.

VASCONCELOS, N. P. *O Supremo Tribunal Federal e o Orçamento: uma análise do controle concentrado de leis orçamentárias*. Monografia de conclusão de curso. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, p. 6 e ss, 2010.

WANG, D. W. L. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações*. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, vol. 10, n. 1, p. 308-318, Mar/Jul., 2009. Resenha de: SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.), Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____, D. W. L. *Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e reserva do Possível na Jurisprudência do STF*. Revista Direito GV. São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 539-568, Jul/Dez., 2008.

WEICHERT, M. A. *O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade*. In: SANTOS, L. (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes editora, p. 101-142, 2010.

ZANETI JUNIOR, H. *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia*. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANITELLI, L. M. *Custos ou Competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível*. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

APÊNDICE – ACÓRDÃOS ANALISADOS

1)

RE – AgR 259508
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Agravante: Município de Porto Alegre
Agravado: Patrício Palacio de Souza
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Julgamento: 08/08/2000

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. LEI ESTADUAL Nº 9.908/93. ACORDO FIRMADO ENTRE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE NA COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE. INOBSERVÂNCIA DAS CLÁUSULAS PACTUADAS ENTRE AS PARTES. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. 1. Programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores do vírus HIV. Lei nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou o preceito do artigo 196 da Carta Federal. Constitucionalidade. Precedentes. 2. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre. Exame das cláusulas pactuadas entre os entes públicos no que concerne à reserva de atribuições para a operacionalização dos serviços de saúde. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. Hipótese em que foram observados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. Agravo regimental não provido.

2)

RE – AgR 257109
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Agravante: Município de Porto Alegre
Agravado: João Albino Theobald
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Julgamento: 08/08/2000

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS ESPECIAIS OU EXCEPCIONAIS A

PESSOAS CARENTES. LEI Nº 9.908/93, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, E ACORDO FIRMADO NA COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE - CIB. REEXAME DE CLÁUSULAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Programa de distribuição de medicamentos especiais ou excepcionais a pessoas carentes. Lei nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul. Ofensa ao artigo 196 da Carta Federal. Alegação improcedente. Precedentes. 2. Acordo firmado na Comissão Intergestores Bipartite - CIB. Reexame das cláusulas firmadas entre as partes no que concerne à reserva de atribuições para operacionalização dos recursos financeiros. Impossibilidade. Ofensa ao princípio federativo da separação dos poderes. Inexistência. Hipótese que trata de divisão de funções com vistas à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado. Agravo regimental não provido.

3)

RE 195192

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 22/02/2000

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

4)

RE – AgR 271286

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravante: Município de Porto Alegre

Agravada: Diná Rosa Vieira

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 12/09/2000

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER

CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

5)

RE – AgR 255627

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravante: Município de Porto Alegre

Agravado: Carlos Alberto Ebeling Duarte

Relator(a): Min. NELSON JOBIM

Julgamento: 21/11/2000

EMENTA: Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido.

6)

RE – AgR 268479

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravante: Município de Porto Alegre

Agravado: André Costa Cavalheiro Lima

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 25/09/2001

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DOENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS. ACORDO FIRMADO NA COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE (CIB). AGRAVO. 1. A decisão do Relator tem apoio nos precedentes a que se referiu, bem como nos artigos 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e 557 do Código de Processo Civil. 2. E a agravante sequer impugnou seus fundamentos, limitando-se a insistir na subida do R.E. 3. Ademais, no julgamento do AGRRE nº 257.109-1/RS, a 08.08.2000, o relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, teve oportunidade de salientar: "(...) Também não viabiliza o conhecimento do recurso extraordinário a alegação do Município de Porto Alegre de que, consoante acordo firmado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), compete ao Estado do Rio Grande do Sul fornecer às pessoas carentes medicamentos especiais ou excepcionais necessários ao seu tratamento, dada a imprescindibilidade do exame das cláusulas pactuadas entre as partes no que concerne à reserva de atribuições para operacionalização de recursos financeiros. Esse fato, se existente, não guardaria qualquer correlação com o princípio federativo da separação dos poderes, já que se cuidaria de hipótese de divisão de funções com vistas à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado". 4. Adotados os fundamentos deduzidos nos precedentes referidos, o agravo resta improvido.

7)

RE 261268

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Fernando Jose Pires Silveira

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 28/08/2001

EMENTA: - Direito à saúde. "Diferença de classe" sem ônus para o SUS. Resolução n. 283 do extinto INAMPS. Artigo 196 da Constituição Federal. - Competência da Justiça Estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. - O direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por

autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia. Recurso extraordinário não conhecido.

8)

RE 256327

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Antônio Martinelli

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 25/06/2002

Recurso extraordinário. Pessoa carente portadora de doença de origem neurológica. Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul. - Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 242.859, relativo a caso análogo ao presente que diz respeito a doença de origem neurológica, assim decidiu: "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido". Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.

9)

AI – AgR 486816

AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravante: Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Ana Paula Santos de Oliveira – representada por Ana Cristina Rosário dos Santos

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 12/04/2005

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. - Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. II. - Agravo não provido. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de

agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 12.04.2005.

10)

AI - AgR 597182
 AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
 Agravante: Estado do Rio Grande do Sul
 Agravada: Elvira Alves
 Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
 Julgamento: 10/10/2006

EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 5% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 10.10.2006.

11)

RE - AgR 393175
 AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Agravante: Estado do Rio Grande do Sul
 Agravado: Luiz Marcelo Dias e outro
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 12/12/2006

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS

CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 12.12.2006.

12)

RE - AgR 534908
 AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Agravante: Estado de Pernambuco
 Agravado: Vanildo Gonçalves de Oliveira
 Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
 Julgamento: 11/12/2007

EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 5% sobre o valor corrigido da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 11.12.2007.

13)

AI – AgR 553712
 AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
 Agravante: Estado do Rio Grande do Sul
 Agravada: Neiva Cecília Belle
 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
 Julgamento: 19/05/2009

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes.

Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. 1ª Turma, 19.05.2009.

14)

STA – AgR 175

AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Agravante: União

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Clarice Abreu de Castro Neves

Agravado: Município de Fortaleza

Agravado: Estado do Ceará

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 17/03/2010

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Plenário, 17.03.2010.

15)

STA – AgR 361

AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Agravante: Estado da Bahia

Agravado: Francisco de Pinho dos Santos

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 23/06/2010

EMENTA: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. Pretensão de fornecimento de medicamento registrado na Anvisa (Myozyme). Deferimento. Alegação de grave dano à economia pública, ante o alto custo. Ausência de demonstração. Agravo regimental não provido. Não se presume, nos processos de suspensão, grave lesão

aos interesses públicos tutelados, a qual deve estar provada de plano pela Fazenda Pública. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 23.06.2010.

16)

STA - AgR 334

AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Agravante: União

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Estado de Santa Catarina

Agravado: Município de Florianópolis

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 24/06/2010

EMENTA: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. Pretensão de fornecimento de medicamento (Entecavir). Alegação de mera comprovação de ser o requerente portador de hepatite viral crônica B e coinfeções. Insuficiência. Necessidade de prescrição por médico do SUS. Tutela antecipada. Suspensão deferida. Agravo regimental não provido. Para obtenção de medicamento pelo Sistema Único de Saúde, não basta ao paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se prescrição formulada por médico do Sistema. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, em representação do Tribunal na Mena Rule of Law Conference 2010, em Ifrane, Marrocos, a Senhora Ministra Ellen Gracie, licenciado o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 24.06.2010.

17)

STA - AgR 328

AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Agravante: União

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná

Agravado: Estado do Paraná

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 24/06/2010

EMENTA: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. Fornecimento de medicamento. Concessão a pacientes usuários do SUS, residentes nos municípios da seção judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao Sistema. Tutela antecipada para esse fim. Impugnação sob alegação de decisão genérica. Improcedência. Especificações suficientes. Não ocorrência de lesão à saúde, nem à economia públicas. Suspensão indeferida. Agravo improvido. Para efeito de suspensão de antecipação de tutela, não constitui decisão genérica a que determina fornecimento de medicamentos a pacientes usuários do SUS, residentes nos municípios da comarca ou da seção judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao Sistema único de Saúde - SUS. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, em representação do Tribunal na Mena Rule of Law Conference 2010, em Ifrane, Marrocos, a Senhora Ministra Ellen Gracie, licenciado o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 24.06.2010.

18)

SL – AgR 47

AG. REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

Agravante: Estado de Pernambuco

Agravado: União

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Ministério Público do Estado de Pernambuco

Agravado: Município de Petrolina

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 17/03/2010

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Plenário, 17.03.2010.

19)

RE - AgR 607381

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravante: Estado de Santa Catarina

Agravada: Ruth Maria da Rosa

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 31/05/2011

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 31.5.2011.

20)

RE 368564

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: União

Recorrida: Maria Euridice de Lima Casale

Relator(a): Min. MENEZES DIREITO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 13/04/2011

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO. Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis. Decisão: Após o voto do Ministro Menezes Direito, Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio, Presidente. 1ª Turma, 08.04.2008. Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 06.05.2008. Decisão: Prosseguindo o julgamento, após os votos do Ministro Marco Aurélio, Presidente, e da Ministra Cármen Lúcia, negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista do processo o Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 16.09.2008. Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 13.4.2011.

Fábio Ferreira Mazza

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/6556883626262726>

Última atualização do currículo em 09/04/2013

Mestrando (com bolsa CAPES) em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP), na área de concentração Serviços de Saúde Pública, linha de pesquisa Política e Gestão em Saúde. Pós-graduado (especialização) em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP-2012) e em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG (FADIR/UFU-2011). Graduado em Direito pela Universidade Paulista - campus Ribeirão Preto/SP - (UNIP-2007). Tem concentrado seus estudos nas áreas do Direito Sanitário, Saúde Pública, e Política e Gestão em Saúde. **(Texto informado pelo autor)**

Identificação

Nome Fábio Ferreira Mazza
Nome em citações bibliográficas MAZZA, F. F.

Endereço

Formação acadêmica/titulação

- 2011** Mestrado em andamento em Saúde Pública.
Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.
Título: Os Impasses entre a Judicialização da Saúde e o Processo Orçamentário sob a Responsabilidade Fiscal: Uma Análise dos Fundamentos Decisórios do Supremo Tribunal Federal, Orientador: Prof. Dr. Áquilas Nogueira Mendes.
Bolsista do(a): Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.
Palavras-chave: Saúde Pública; Judicialização; Orçamento; Supremo Tribunal Federal; Responsabilidade Fiscal.
Grande área: Ciências Sociais Aplicadas / Área: Direito / Subárea: Direitos Especiais / Especialidade: Direito Sanitário.
Grande Área: Ciências da Saúde / Área: Saúde Coletiva / Subárea: Saúde Pública.
- 2011 - 2012** Especialização em Direito Sanitário. (Carga Horária: 360h).
Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.
Título: Judicialização e Orçamento: um olhar sobre a saúde pública.
Orientador: Prof. Dr. Livre-Docente Áquilas Nogueira Mendes.
- 2009 - 2011** Especialização em Direito Público. (Carga Horária: 405h).
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.
Título: A Judicialização do Direito à Saúde no Brasil.
Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato (FDRP-USP).
- 2002 - 2007** Graduação em Direito.
Universidade Paulista, UNIP, Brasil.
Título: Da Inconstitucionalidade do Ressarcimento ao SUS.
Orientador: Rafael de Figueiredo Silva Pinheiro.

Formação Complementar

2004 - 2004 Extensão universitária em Temas Atuais de Processo Civil.

Áquilas Nogueira Mendes

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7310723011915165>

Última atualização do currículo em 04/01/2013

possui doutorado em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP - (2005), livre-docência pela USP (2012) e pós-graduação em Política e Relações Internacionais pela Lancaster University da Inglaterra (1984). Atualmente é professor livre-docente de economia da saúde da Faculdade de Saúde Pública da USP e de seu programa de pós-graduação em Saúde Pública, professor doutor do Departamento de Economia e do Programa de Pós-Graduação em Economia Política da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), ex-presidente da Associação Brasileira de Economia da Saúde (Abres) (2007-2010). Autor de vários livros e artigos e com experiência de consultoria e pesquisa na área de Economia Social, com ênfase nos seguintes temas: economia da saúde, financiamento da saúde e do SUS, previdência social, assistência social, finanças públicas, economia e desenvolvimento e economia política na América Latina. **(Texto informado pelo autor)**

Identificação

Nome	Áquilas Nogueira Mendes
Nome em citações bibliográficas	MENDES, Áquilas Nogueira

Endereço

Endereço Profissional	Faculdade de Saúde Pública - USP, Departamento de Prática de Saúde Pública da FSP/USP. R. Dr. Arnaldo, 715 Cerqueira César 01246-904 - São Paulo, SP - Brasil Telefone: (011) 30617784 URL da Homepage: http://www.fsp.usp.br
------------------------------	--

Formação acadêmica/titulação

2012	Livre-docência. Faculdade de Saúde Pública da USP. Título: Tempos Turbulentos da Saúde Pública Brasileira: os impasses do financiamento no capitalismo financeirizado, Ano de obtenção: 2012. Palavras-chave: Saúde pública universal; Financiamento do SUS; Capitalismo Contemporâneo; Capital portador de juros; Regulamentação da EC29. Grande área: Ciências da Saúde / Área: Saúde Coletiva / Subárea: Economia da Saúde.
2000 - 2005	Doutorado em Ciências Econômicas. Universidade Estadual de Campinas, UNICAMP, Brasil. Título: Financiamento, Gasto e Gestão do SUS: a gestão descentralizada semiplena e plena do sistema no Estado de São Paulo (1995-2001), Ano de obtenção: 2005. Orientador: Sônia Miriam Draibe. Palavras-chave: Financiamento da saúde; Economia da Saúde; gasto em