

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
NÚCLEO DE ALTOS ESTUDOS AMAZÔNICOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA

LEANDRO CALVOSO CAVALCANTI

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: análise das consequências na gestão dos
municípios de Belém e Ananindeua.

BELÉM
2022

LEANDRO CALVOSO CAVALCANTI

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: análise das consequências na gestão dos municípios de Belém e Ananindeua.

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa De Pós-Graduação Em Gestão Pública do NAEA/UFGPA como requisito para a obtenção de grau de mestre em Gestão Pública.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro.

BELÉM
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Central/UNIFAP-Macapá-AP
Elaborado por Mário das Graças Carvalho Lima Júnior – CRB-2 / 1451

C377 Cavalcanti, Leandro Calvoso.

A judicialização da saúde: análise das consequências nas gestões dos municípios de Belém e Ananindeua / Leandro Calvoso Cavalcanti. - Belém, 2022.
114 f.

Orientadora: Krishna Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública, Belém, 2022.

1. Saúde - Direito fundamental. 2. Judicialização. 3. Política pública. I. Ribeiro, Krishna Day Carrilho Bentes Lobato, orientadora. II. Universidade Federal do Amapá. III. Título.

CDD 23. ed. – 351

CAVALCANTI, Leandro Calvoso. **A judicialização da saúde**: análise das consequências nas gestões dos municípios de Belém e Ananindeua. Orientadora: Krishna Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro. 2022. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública. Universidade Federal do Amapá, Belém, 2022.

LEANDRO CALVOSO CAVALCANTI

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: análise das consequências na gestão dos municípios de Belém e Ananindeua.

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa De Pós-Graduação Em Gestão Pública do NAEA/UFPA como requisito para a obtenção de grau de mestre em Gestão Pública.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro.

Banca examinadora

Prof^a. Dr^a. Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro
Presidente

Prof^a. Dr^a. Maria Eliana de Souza Franco Teixeira
Membro

Prof. Dr. Adagenor Lobato Ribeiro
Membro

Aprovado em: ____/____/2022.

Conceito: _____

BELÉM
2022

*À minha esposa Ana Cláudia,
meus pais Leonidas (in
memorian) e Edna, meus
irmãos Gabriela e Gabriel,
meus Filhos Renata e Vinicius
e Filipe, e por último e não
menos importante a minha
madrasta Cristina.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus.

Agradeço a minha orientadora por sua compreensão e esforço para que eu conquistasse o melhor resultado em meu trabalho.

Agradeço a minha esposa pelo companheirismo e apoio nos momentos difíceis que transcorreu durante essa caminhada!

"Aquilo que eu escuto, eu esqueço. Aquilo que eu vejo, eu lembro. Aquilo que eu faço, eu aprendo."

Confúcio.

RESUMO

O assunto proposto para ser abordado consiste em uma triste realidade social, o qual deve ser sempre trazido à tona para possibilitar que seja debatido e criadas formas de diminuição da mazela atual vista na saúde pública brasileira. A norma constitucional garantidora da saúde como um dever estatal já possui 33 anos, visto que foi normatizado para Constituição de 1988, regulamentado pela lei 8.080. O problema a ser pesquisado se verifica quando a judicialização da saúde, no que tange a distribuição de medicação, atinge a Gestão Municipal, dado que toda vez que se tem uma decisão judicial o Município é obrigado a cumprir, caso contrário pode sofrer duras sanções financeiras com multas diárias que o afetariam ainda mais. Com isso, a questão norteadora de pesquisa perpassa por De que forma as sentenças judiciais relativas à obtenção de medicamentos alteram os processos normais de acesso à saúde pública nos municípios? Assim para obter uma resposta, a pesquisa utilizará como universo as demandas judiciais em desfavor dos municípios de Belém e Ananindeua e forma de coleta de dados dará por meio de consultas nas Varas da Fazenda Pública do Estado do Pará, com o intuito de enriquecer o aqui discutido através de dados quantitativos das demandas judiciais voltadas contra estes Municípios que tratam de atendimento à saúde, em específico, o fornecimento a medicamento. Para isso, a pesquisa será alicerçada por dois métodos para elaboração deste estudo. Utilizará como método a caracterização para demonstrar com robustez a questão da judicialização da saúde. Desta feita utilizará a pesquisa essencialmente bibliográfica, perfazendo da legislação atual pertinente, bem como a vasta doutrina que abarca vários pensamentos sobre a matéria que será dissertada e o seu confronto com a jurisprudência atual. Isto quer dizer que o estudo será pautado no entendimento dos tribunais brasileiros para formar uma melhor convicção sobre o tema abordado. E da mesma forma pautará sua pesquisa no método quantitativo, que através dos dados coletados, no período de 2019 a 2021, em 190 demandas ações judiciais em desfavor dos entes pesquisados, demonstrará as consequências da judicialização da saúde na gestão municipal dos municípios de Belém e Ananindeua, com o intuito de alcançar o objetivo geral deste trabalho, que é analisar o fenômeno da judicialização da saúde, nos âmbitos Municipais, além dos seguintes objetivos específicos: elaborar uma linha do tempo demonstrando as diversas fases relativas a judicialização da saúde no Brasil; Discorrer sobre as alterações na gestão dos municípios em questão frente as sentenças judiciais relativas a medicamentos; e sintetizar a forma como o fenômeno da judicialização da saúde no municípios de Belém e Ananindeua impacta aqueles usuários do serviço público de saúde que tão somente procuram ser atendidos na forma administrativa.

Palavras-chave: Saúde; Direito Fundamental; Judicialização; Política Pública.

ABSTRACT

The subject proposed to be addressed consists of a sad social reality, which must always be brought to the fore to enable it to be debated and ways to reduce the current illness seen in Brazilian public health be created. The constitutional norm guaranteeing health as a state duty is already 33 years old, since it was regulated by the 1988 Constitution, regulated by law 8080. The problem to be researched is verified when the judicialization of health, regarding the distribution of medication, reaches the Municipal Management, given that every time there is a judicial decision the Municipality is obliged to comply, otherwise it may suffer severe financial sanctions with daily fines that would affect him even more. With this, the guiding question of the research permeates How do judicial sentences related to obtaining medicines change the normal processes of access to public health in municipalities? Thus, to obtain an answer, the research will use as a universe the judicial demands in disfavor of the municipalities of Belém and Ananindeua and the form of data collection will be through consultations in the public farm court of the State of Pará, with the intention of enriching what is discussed here. through quantitative data of the lawsuits directed against these municipalities that deal with health care, in particular, the supply of medication. For this, the research will be based on two methods for the elaboration of this study. It will use characterization as a method to robustly demonstrate the issue of the judicialization of health. This time, it will use essentially bibliographical research, making up the current relevant legislation, as well as the vast doctrine that encompasses several thoughts on the subject that will be discussed and its confrontation with current jurisprudence. This means that the study will be based on the understanding of the Brazilian courts to form a better conviction on the topic addressed. And in the same way, it will base its research on the quantitative method, which through the data collected, in the period from 2019 to 2021, in 190 demands for lawsuits in disfavor of the researched entities, will demonstrate the consequences of the judicialization of health in the municipal management of the municipalities of Belém and Ananindeua, in order to achieve the general objective of this work, which is to analyze the phenomenon of the judicialization of health, in the Municipal scopes, in addition to the following specific objectives: to elaborate a timeline demonstrating the different phases related to the judicialization of health in Brazil; Discuss the changes in the management of the municipalities in question in view of the judicial sentences related to medicines; and to summarize how the phenomenon of judicialization of health in the municipalities of Belém and Ananindeua impacts those users of the public health service who only seek to be attended in an administrative way.

Keywords: Health; Fundamental right; Judicialization; Public policy.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1- Tipos de políticas publicas	48
Figura 2 - O ciclo das políticas publicas	49
Figura 3 - Quadro da quantidade de novos casos nos tribunais de justiça entre 2015 a 2020	85
Figura 4 - Quadro da quantidade de novos casos nos tribunais federais entre 2015 a 2020	85
Figura 5 - Gráfico da Quantidade de novos por assuntos judicializados entre 2015 a 2020	86
Figura 6 - Quadro do percentual de Processos com e sem concessão de liminar por grupo de assuntos.....	86
Figura 7- Quadro do percentual de deferimentos em relação aos casos novos e processos julgados.....	87
Figura 8 - Gráfico das novas demandas judiciais em 2019 no TJ/PA	90
Figura 9 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2019 do TJ/PA.....	90
Figura 10 - Gráfico das novas demandas do assunto saúde pública no ano de 2019 do TJ/PA.....	91
Figura 11 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2020 do TJ/PA.....	91
Figura 12 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2020 do TJ/PA.....	92
Figura 13 - Gráfico das novas demandas do assunto saúde pública no ano de 2020 do TJ/PA.....	93
Figura 14 - Gráfico das novas demandas judiciais em 2021 no TJ/PA	93
Figura 15 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2021 do TJ/PA.....	94
Figura 16 - Gráfico das novas demandas do assunto saúde pública no ano de 2021 do TJ/PA.....	94
Figura 17 - percentual dos Patronos das demandas pesquisadas.....	96
Figura 18 - Gráfico do sexo dos demandantes.....	97
Figura 19 - Tabela Idade dos demandantes.....	97

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Preceito Fundamental
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ASSEJEPAR - Associação dos Serventuários da Justiça Estado do Paraná
CAP - Caixa de Aposentadorias e Pensões
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CIB – Comissão Intergestores Bipartite
CIR – Comissão Intergestores Regional
CIT – Comissão Intergestores Tripartite
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
COVID-19 - Corronavírus Disease 19
DEAF - Departamento Estadual de Assistência Farmacêutica
DF – Distrito Federal
EUA – Estados Unidos da América
HIV - Human Immunodeficiency Virus (vírus da imunodeficiência humana)
IAP - Institutos de Aposentadorias e Pensões
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INANPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS - Instituto Nacional de Previdência Social
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA – Lei Orçamentária Anual
LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social
OMS – Organização Mundial da Saúde
PA - Pará
PAIS - Programa de Ações Integradas de Saúde
PJE – Processo Judicial Eletrônico
PPA – Plano Plurianual
PR - Paraná
RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES - Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
SESPA - Secretaria de Estado da Saúde do Pará

SINPAS

STF – Supremo Tribunal de Justiça

SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

UCI – Unidade de Cuidados Intermediários

UTI – Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CENÁRIO ONDE EMERGE A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL.....	13
2.1. CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DA SAÚDE NO BRASIL	13
2.2. DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE	17
2.2.1. Natureza dos Direitos Fundamentais	17
2.2.2. Direitos Fundamentais Constitucionais	21
2.2.3. Direito Fundamental a Saúde	24
2.2.4. Direito Fundamental a saúde no Brasil.....	28
2.2.5. Saúde na Constituição de 1988	28
2.2.6. Complexidades do Direito Fundamental a saúde	31
2.3. LEI 8.080 E OS PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E UNIVERSALIDADE..	33
2.3.1. O que são Princípios	35
2.3.2. Princípio da Integralidade.....	38
2.3.3. Princípio da Universalidade.....	39
2.3.4. A não obediência aos Princípios destacados	40
2.4. AVANÇOS NO DIREITO À SAÚDE IMPLEMENTADOS PELA LEI 12.401/2011 E PELO DECRETO 7.508/20211	42
3. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
3.1. CARACTERÍSTICAS DA POLÍTICA PÚBLICA	47
3.2. INSTRUMENTALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA ATRAVÉS DO ORÇAMENTO.....	50
4. POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	52
4.1. A RESERVA DO POSSÍVEL.....	52
4.1.1. Origem e evolução	53
4.1.2. Compreensão Teórica.....	54
4.1.3. Conexão com o mínimo existencial	56
4.1.4. Obrigação impossível	57
4.1.5. Direito a saúde e sua eficácia e efetividade entre a reserva do possível e o mínimo existencial.....	58
4.2. PROPORCIONALIDADE.....	59
4.2.1. Origem e evolução	60
4.2.2. Compreensão Teórica.....	61
4.2.3. Elementos norteadores	61
4.2.4. Distinção com o princípio da razoabilidade	62
4.2.5. Colisão de direitos presentes no texto constitucional.....	63
5. O ESTADO DA ARTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	64
5.1. ANÁLISE DOS ESTUDOS COLETADOS	64

5.2. UM OLHAR SISTEMICO FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	77
5.3. PARAMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL	82
5.4. ANÁLISE DO TEMA SOB A ÓTICA NACIONAL.....	84
6. RESULTADOS E DISCUSSÕES DA PESQUISA	89
6.1. DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS A SAÚDE NO TRIÊNIO 2019/21 NO TJ/PA	89
6.2. DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS A SAÚDE EM DESFAVOR DOS MUNICÍPIOS DE BELÉM E ANANINDEUA	95
6.3. DISCUSSÕES FINAIS DO RESULTADO DA PESQUISA	99
7. CONCLUSÃO	103
REFERENCIAS.....	107

1. INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde no âmbito municipal produz várias consequências na gestão pública. Essa Realidade será tratada nos municípios de Belém e Ananindeua no Estado do Pará. É comum no Brasil ser noticiado¹ alguma mazela na saúde ofertada pelo estado para a sua sociedade. E essa triste realidade também ocorre nos municípios elencados acima². Em contrapartida, neste ano vigente, nossa constituição federal completa 34 anos de sua promulgação, a qual institui o direito a saúde como direito fundamental e como o dever do estado sua garantia a sociedade brasileira, que foi devidamente regulamentado pela lei 8.080/90, conhecida como a lei do Sistema Única de Saúde. Contudo a Constituição Federal de 88 não só trouxe a direito fundamental a saúde, mas também a facilidade do acesso à justiça. Por isso, quando a sociedade deixa de ter aquilo garantido constitucionalmente, começou a acionar a justiça para ter assim seu direito garantido, nascendo assim o cerne deste trabalho que é a judicialização da saúde.

Em minha trajetória, desde a graduação em direito, enveredei meus conhecimentos para os direitos fundamentais legalmente instituído para a sociedade brasileira, em específico o direito fundamental a saúde. Em minha trajetória profissional como servidor público fortaleceu esse desejo desde quando assumi um cargo em um órgão de fiscalização, uma vez que ampliou meus conhecimentos tanto da realidade social quanto dos gestores dos entes municipais. Nesta toada, através dos conhecimentos jurídicos e administrativo, que obtive na academia e quanto do conhecimento empírico, fomentou em mim um desejo de se verificar até

¹ Pacientes relatam falta de remédios e itens básicos em unidades de saúde da Cidade de SP há meses

Faltam medicamentos para pressão alta, diabetes, anticonvulsivos, e insumos como gazes e fraldas em UBSs de pelo menos quatro bairros da capital paulista. (fonte: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/12/10/pacientes-relatam-falta-de-remedios-e-itens-basicos-em-unidades-de-saude-da-cidade-de-sp-ha-meses.ghtml>>); Pacientes reclamam da falta de medicamentos de alto custo no SUS. Alguns remédios chegam a custar mais de mil reais (fonte: < <https://recordtv.r7.com/fala-brasil/videos/pacientes-reclamam-da-falta-de-medicamentos-de-alto-custo-no-sus-16122021>>); Falta de medicamentos no SUS afeta pacientes com doenças crônicas. Em live, Movimento Medicamento no Tempo Certo reuniu líderes de associações de pacientes para debater o impacto da Covid-19 na vida de quem convive com uma doença crônica (fonte: < <https://www.bioredbrasil.com.br/falta-de-medicamentos-no-sus-afeta-pacientes-com-doencas-cronicas/>>)

² Pacientes reclamam de falta de atendimento e de remédios em pronto socorro em Belém Moradores relataram problemas no Pronto Socorro Municipal Mário Pinotti neste sábado. Sesma disse que há alta demanda e que alguns casos foram direcionados para pronto socorro no Guamá. (fonte: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/03/26/pacientes-reclamam-de-falta-de-atendimento-e-de-remedios-em-pronto-socorro-em-belem.ghtml>>)

que ponto a judicialização da saúde afeta a gestão municipal. E a partir deste anseio que foi construído este trabalho.

Doravante, este estudo perpassa pelo seguinte questionamento: De que forma as sentenças judiciais relativas à obtenção e medicamentos alteram os processos normais de acesso à saúde pública no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde nos municípios de Belém e Ananindeua?

Para tentar obter uma resposta ao questionamento acima a pesquisa foi definida em um período trienal (2019 a 2021), com o objetivo geral de analisar o fenômeno da judicialização da saúde, no âmbito das Secretarias de Saúde Municipais. Acompanhado deste o estudo possui os seguintes objetivos específicos: elaborar uma linha do tempo demonstrando as diversas fases relativas a judicialização da saúde no Brasil; Discorrer sobre as alterações na gestão Municipal dos municípios estudados frente as sentenças judiciais relativas a medicamentos; e sintetizar a forma como o fenômeno da judicialização da saúde no municípios de Belém e Ananindeua impacta aqueles usuários do serviço público de saúde que tão somente procuram ser atendidos na forma administrativa.

A pesquisa deste trabalho é fundamentalmente quantitativa pois serão coletados dados, estatístico e estruturados, fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJE) do Tribunal de justiça do Estado do Pará (TJ-PA), com o intuito de formar o alicerce da conclusão desta pesquisa. Da mesma forma, o arcabouço teórico desta obra será essencialmente bibliográfica, perfazendo da legislação atual pertinente, bem como a vasta doutrina que abarca vários pensamentos sobre a matéria que será dissertada e o seu confronto com a jurisprudência atual. Isto quer dizer que o estudo será pautado no entendimento dos tribunais brasileiros para formar uma melhor convicção sobre o tema abordado.

Para isso, o trabalho contém 5 capítulos que tem o intuito de fomentar um melhor entendimento do leitor. No primeiro capítulo, será apresentado o cenário onde emerge a judicialização no Brasil, iniciado pelo contexto histórico jurídico do tema saúde no Brasil. Continua com a explanação sobre uma apresentação sobre Direito Fundamental perpassando por sua natureza até seu cunho constitucional, afunilando para o conhecimento do Direito Fundamental a Saude no estado Brasileiro e suas complexidades, bem como analisará a Lei do 8.080 com enfoque

nos princípios da integralidade e universalidade e. avanços do tema trazidos pela Lei 12.401 e o Decreto 7.508.

A partir do aspecto multidisciplinar este estudo, tem como seu segundo capítulo uma explanação sobre a materialização dos direitos fundamentais através das políticas públicas. Para isso será caracterizado o que é política pública, sua instrumentalização através do orçamento.

Em continuidade o terceiro capítulo tratará sobre a possibilidade da limitação dos direitos fundamentais, em específico, o da saúde. Nesta toada, este tópico apresentará a teoria da Reserva do Possível, mediante sua origem, evolução e conceito. Fazendo ainda uma conexão desta teoria com a teoria do mínimo Existencial e a obrigação impossível. De igual modo, apresentará a proporcionalidade como uma forma de limitação, trazendo além de seu conceito, origem e evolução, sua distinção com o princípio da razoabilidade e como este age na colisão dos direitos constitucionais.

O penúltimo capítulo demonstrará o estado da arte do tema em questão, tendo por base a análise de estudo coletados acerca de matéria. Assim como, observar o foco do através de um olhar sistêmico, utilizando a teoria de Luhmann. Trazendo também parâmetros para a atuação judicial, embasado no estudo do Ministro Luis Roberto Barroso e uma análise do tema sob uma ótica Nacional

E o último capítulo demonstrará os dados coletados pela pesquisa da seguinte forma. Iniciará fazendo uma análise das demandas relativas à saúde nos anos de 2019 a 2021 no TJ-PA, para que no segundo momento faça uma análise com mais riqueza de detalhes das demandas judiciais que são em desfavor aos municípios de Belém e Ananindeua, com foco naquelas tratam na distribuição de medicamentos. Para assim, apresentar a discussão dos dados apresentado nos tópicos anteriores.

Por fim, o que se pretende demonstrar que a forma que a judicialização da saúde atual, que não considera quesitos técnicos e operacionais afeta a gestão municipal. Em virtude da falta de conexão entre as políticas públicas e a massiva quantidade de sentenças favoráveis, além de pôr em xeque se o judiciário ultrapassa sua função jurisdicional levam a um efeito danoso da gestão pública do Estado em relação ao tema, que é o seu desemparelhamento entre aquilo que foi programado e aquilo que foi executado, afetando diretamente sua governança.

2. CENÁRIO ONDE EMERGE A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

O capítulo iniciará fazendo um contexto histórico- jurídico brasileiro no que tange a saúde para poder começar a compreender onde surge a judicialização do tema no Brasil. Dará continuidade aprofundando o conhecimento no Direito fundamental a saúde, tratando da natureza destes direitos, os direitos Constitucionais, as complexidades dos Direito Fundamental a saúde.

Como sequência, o capítulo abordará a lei 8.080/90, em específico nos princípios da integralidade e da universalidade. Finalizando com os avanços trazidos no direito à saúde trazidos pela lei 12.401 e do decreto 7.508, ambas as normas de 2011.

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DA SAÚDE NO BRASIL

Para entender atualidade do sistema de saúde Público brasileiro deve-se fazer um pequeno contexto histórico da saúde pública brasileira, referenciando os principais normativos ao longo deste tempo.

No período colonial não existiam políticas públicas voltados para a temática em questão. O acesso a saúde daqueles que não pertenciam a nobreza dependiam das poucas entidades Filantrópicas Religiosas. Como por Exemplo tem-se a Fundação Santa Casa de Misericórdia do Pará³. Esta situação perdurou até o início do século XX. Entretanto com a declaração da independência do Brasil, em 1822, já iniciou um movimento do Estado em adotar medidas voltadas para o saneamento básico e a própria saúde pública com o intuito de controlar as epidemias da época. Entre outras medidas estão a Lei de municipalização dos Serviços de Saude em 1828⁴, a imunização compulsória contra a varíola em 1837 e o decreto 464/1846 que regulamenta o Instituto vacênico do império.

Mas em 1920 que começa a notar uma evolução da saúde pública com um ritmo mais acelerado, graças ao decreto 3.987 cria o Departamento Nacional da

³ A História desta importante organização para a população paraense se inicia bem antes da mesma se tornar uma Fundação. Tendo seu fundador desconhecido é sabido que a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia do Pará foi fundada em 24 de fevereiro de 1650. 17 anos após sua criação a organização recebeu os mesmos privilégios que continha a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Lisboa, lembrando que neste período o Brasil ainda era colônia de Portugal. (FAVACHO, 2001).

⁴ Após a Independência, foi promulgada, em 30 de agosto, a lei de Municipalização dos Serviços de Saúde, que conferiu às Juntas Municipais, então criadas, as funções exercidas anteriormente pelo Físico-Mor, Cirurgião-Mor e seus Delegados. No mesmo ano, ocorreu a criação da Inspeção de Saúde Pública do Porto do Rio de Janeiro, subordinada ao Senado da Câmara, sendo em 1833, duplicado o número dos integrantes.

Saúde Pública. E em 1923 surgiu os primeiros passos da seguridade Social a partir do Decreto-Lei 4.682, com as Caixas de Aposentadores e Pensões para empresas de estrada de ferro. De forma não exclusiva se criou o Primeiro Ministério em 1930 com o decreto 19.402, o Ministério dos Negócios e Saúde Pública no Brasil.

Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência. (BARROSO.2007, p.13)

O ministério Exclusivo para a saúde somente foi criado 23 anos depois em 1953, a partir da lei 1.920 deste ano. Contudo mesmo antes da Criação do Ministério da Saúde houve dois eventos importantes que merecem destaque que foram as 1ª e 2ª Conferências Nacionais de Saúde, o qual a primeira, em 1941, tratou da defesa sanitária, assistência Social, proteção da maternidade, infância e adolescência. Já a segunda tratou da higiene e segurança do trabalho e prevenção da saúde a trabalhadores e gestantes.

Em 1961, através do decreto 49.974, foi instituído no Brasil o Código Nacional da Saúde em que nos seus primeiros artigos (1º a 4º)⁵ trazia a finalidade do código, a responsabilidade bipartite (Estado e família) e a responsabilidade dos entes federativos brasileiros.

Após a instituição Código Nacional da Saúde e antes da Constitucionalização da Saúde, houve mais seis Conferências Nacionais da Saúde:

⁵ Art . 1º. O Código Nacional de Saúde regulamenta normas gerais de defesa e proteção da saúde a serem observadas em todo o território nacional por qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios, instituições civis ou militares, entidades autárquicas, para-estatais e privadas, de qualquer natureza.

Art . 2º. É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo.

§ 1º Ao Estado, precipuamente, cabe a adoção das medidas preventivas, de caráter geral, para defesa e proteção da saúde da coletividade.

§ 2º O Estado deve prestar assistência médica gratuita aos que não disponham de meios ou recursos para provê-la.

§ 3º À família, por seus responsáveis, cabe a adoção de medidas preventivas, de caráter individual, recomendadas pelas autoridades sanitárias competentes, e as providências necessárias para adequada assistência médica de seus integrantes, quando doentes.

Art . 3º O Ministério da Saúde é o órgão federal ao qual incumbe o estudo, a pesquisa e a orientação dos problemas médico-sanitários e a execução das medidas de sua competência que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art . 4º Compete aos Estados, Territórios e Distrito Federal organizar e fazer funcionar os seus serviços de saúde, bem como legislar supletivamente.

3ª conferência (1963), que tratou proposta inicial da descentralização da saúde; 4ª Conferência (1967) que tratou dos recursos humanos necessários às demandas no país; 5ª Conferência (1975) que tratou da elaboração de uma política nacional de saúde, da implementação do sistema Nacional de Saúde, do Programa de Saúde Materno-infantil e do Sistema Nacional de Vigilância; 6ª conferência (1977), que tratou do controle das grandes endemias e interiorização dos serviços; 7ª Conferência (1980) tratou da implantação e desenvolvimento dos serviços dos serviços básicos de saúde e a extensão das ações de saúde por meio dos serviços básicos; e a 8ª Conferência que tratou Marco da reforma Sanitária, da saúde com direito, da reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento setorial.

E em 1988 com a promulgação da atual Constituição Brasileira que houve a normatização constitucional do tema saúde, definindo saúde como um direito de todos e dever do Estado, abolindo o pensamento do código anterior que atrelava a responsabilidade da saúde também a família. Ademais, a Saúde não apenas foi introduzida nas normas constitucionais, como também é considerado um direito fundamental, como será visto nos discorrer deste trabalho. Dois anos após o Sistema Único de Saúde – SUS foi regulamentado através da Lei 8.080 de 1990.

Em meio a nova realidade brasileira trazidas supracitadas no parágrafo anterior, em 1992 houve a 9ª Conferência Nacional de Saúde com o tema: Descentralizando e democratizando o conhecimento. Municipalização é o caminho. O qual já se vislumbrou que o Ente Federal não conseguiria gerir tal sistema de uma forma centralizadora.

Alcançasse então que a partir da atual Constituição Federal foi estabelecido a saúde como um direito social do cidadão brasileiro. Da mesma forma que esta norma trouxe mecanismos e ferramentas que facilitaram o acesso do cidadão brasileiro a recorrer ao judiciário nos casos que acreditam que estão tendo seus direitos cerceados, como por exemplo a norma que conferiu ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todas as pessoas que comprovem insuficiência de recursos, nos ditames do art. 5º, LXXIV, através da institucionalização das defensorias públicas. Dallari em sua obra afirma que o aumento da judicialização da saúde está intimamente ligado com a expansão dos direitos humanos e ao novo constitucionalismo.

Vilhena trata o novo constitucionalismo como a regeneração constitucional que surgiu nos meados do século XX, tendo seu marco o fim da segunda grande guerra, com o intuito substituir cartas magnas, utilizadas por governos arbitrários e totalitários, que serviam como instrumentos de imposição da força estatal. Assim, os novos textos constitucionais eram pautados na democracia e na garantia de direitos. No Brasil, como já foi visto, somente a partir da Constituição de 88, que a norma máxima brasileira passa a ter tais características. É de bom alvitre ressaltar que o Brasil passava por sérios problemas estruturais e de desigualdade. Por isso, nosso ordenamento máximo, com o intuito de superar tais mazelas não se limitou em apenas incorporar um modelo liberal democrático de direito, mas sim reconheceram uma ampla esfera de direitos sociais, visando políticas públicas voltadas para assegurar a transformação da sociedade.

Barroso coaduna com o tema quando:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. (BARROSO. 2007, p.10)

Também é importante destacar que de acordo com dados do IBGE na elaboração da constituição (Década de 80) a população brasileira o Brasil possuía uma população de em torno de 120 milhões de pessoas e na atualidade a atual a população brasileira passa das 210 milhões de pessoas, ou seja, um crescimento demográfico de 75 % da população em 40 anos. Assim como, não pode esquecer para a continuação deste estudo o avanço a informação que a partir da virada do milênio, cada vez se tornou mais fácil e irrestrita obter a informação.

Deste modo, com a junção de uma constituição que garante a saúde ao cidadão, com a facilidade de acesso ao judiciário com um alto crescimento demográfico e com o avanço do acesso à Informação nasce o fenômeno da judicialização de uma maneira geral no Brasil.

A partir de então, foram editadas importantes normas, com o intuito de frear o crescimento da judicialização, que são a Lei 12.401 de 28 de abril de 2011

alterou a Lei 8.080, implementando a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no SUS, e o decreto 7.508/2011, que regulamenta a Lei 8.080, que também serão tratadas em momento posterior deste capítulo.

Assim. para dar continuidade no estudo tratará de uma forma mais aprofundada o direito fundamental a saúde no tópico seguinte deste capítulo

2.2. DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Tratar a saúde como um direito humano e fundamental, protegido pelo estado, vem de uma longa evolução social, que ainda não se encontra em seu ápice em nosso estado, necessita a continuidade deste crescimento para que se possa realmente ser digno e alcançado por todos os brasileiros.

Considerado tal direito como clausula pétrea, este se encontra normatizado nos artigos 6º e 196⁶ de nosso atual ordenamento máximo. Tratado como direito social, a saúde deve ser garantida plenamente pelo estado visando a dignidade da pessoa humana e por isso caracterizado por sua fundamentalidade ao homem.

Por isso, este tópico tratará dos direitos fundamentais de uma maneira geral para o melhor entendimento da matéria para aprofundar no foco do estudo, que é o direito fundamental a saúde, fazendo uma diferenciação com o direito sanitário, que muitas das vezes são confundidos, entretanto é de fundamental importância a correlação entre estes para a garantia plena dos direitos confrontados.

2.2.1. Natureza dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais surgiram da evolução dos direitos humanos que com o passar do tempo evidenciou-se que a pessoa humana necessita que alguns direitos sejam inerentes a ele, protegidos pelo ordenamento jurídico estatal. Mas ressalta-se que mesmo que os direitos fundamentais sejam a evolução dos direitos humanos, não é comum falar que são sinônimos, em razão de o direito fundamental ser protegido por nosso ordenamento, enquanto os direitos humanos ainda não

⁶ 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.

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

foram positivados pelas normas do país, somente por meio de declarações e tratados internacionais.

No tocante a este assunto o ordenamento jurídico brasileiro, em sua norma máxima, no artigo 5º, parágrafo 2º e 3º, trazem tais normas internacionais como quando ratificada como norma a ser seguida pelo país, deixando ainda mais próximo os direitos humanos dos direitos fundamentais. Mas novamente para diferenciar o parágrafo 1º desta mesma norma cita que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, sendo assim, pode-se afirmar que um direito se torna fundamental quando o Estado o normatiza em seus ordenamentos, devido à importância para a dignidade humana da sociedade.

Muito embora sabe-se que os direitos humanos foi um marco inicial para o surgimento dos direitos fundamentais, não sendo coerente tratar que todos os direitos fundamentais surgiram dos direitos humanos.

ROCHA (2011, P.22) em sua obra, ratifica o descrito acima, quando diz que “em regra, os direitos fundamentais configuram direitos humanos incorporados pelo estado mediante normas jurídicas, podendo, entretanto, haver direitos fundamentais que não possuem correspondência com os direitos humanos”.

Também não pode ser confundido como os direitos do homem pois estes direitos têm sua validade para todos os povos não dependendo sua temporalidade, inerte a própria natureza humana, sendo caracterizado por sua inviolabilidade, intemporal idade e universalidade, enquanto os direitos fundamentais, como já visto acima estão integrados a norma jurídica de um povo de um tempo, o qual este pode ser atualizado conforme a necessidade social.

O surgimento do direito fundamental é um controverso entre os doutrinadores, pois há aqueles que defendam como existente desde a época de antes de Cristo, contudo como pode tratar de direito fundamental sem um Estado limitado no que pesa em sua organização jurídica orientadora.

George Marmelstein cita:

“... pode-se dizer que tranquilamente que não havia direitos fundamentais na antiguidade, nem na idade média, nem durante o Absolutismo, pois a noção do Estado de Direito ainda não estava consolidada. Não era possível, naqueles períodos, exigir do governante o cumprimento das normas que ele mesmo editava. Somente há sentido em falar em direitos fundamentais quando se admite a possibilidade de limitação jurídica do poder político. Portanto, o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais – enquanto normas jurídicas de hierarquia constitucional destinadas à limitação jurídica do poder político – somente ocorreu por volta do século XVIII, com o

surgimento do modelo político chamado Estado democrático, resultantes das chamadas revoluções liberais ou burguesas” (MARMELSTEIN, 2008, p. 33)

Mas como já dito, este não é um ponto pacífico entre os doutrinadores, por isso há uma corrente que os direitos fundamentais surgem de qualquer forma de proteção do indivíduo ao longo dos tempos. Nesta divergência doutrinária sou favorável a primeira, tendo que para que se tenha os direitos fundamentais é necessário que exista o Estado, o indivíduo e a norma que regula a relação entre estes dois.

Partindo então da corrente seguida por este presente estudo, pode-se dizer os marcos iniciais para os direitos fundamentais são a Declaração dos Direitos de Virginia em 1776 e a Declaração do Homem e do Cidadão, na França em 1789.

A partir daí pode-se dividir os direitos fundamentais em dimensões. A primeira dimensão, conhecidos como os civis e políticos que envolvem os direitos à vida, à liberdade, a propriedade, entre outros. Estando relacionado diretamente ao indivíduo, o que o Estado tem a atuação limitada sobre este.

A segunda geração, aparecendo ao fim do século XIX, são conhecidos como os protetores do trabalho, mostrando a importância de se obter um Estado Social, com uma atuação em prol do bem-estar social. Os direitos fundamentais da segunda dimensão englobam, pois, prestações positivas pelo Estado, que permitem melhores condições de vida, especialmente aos mais necessitados, visando promover maior igualização social (ROCHA, 2011). Neste o estado deve intervir em todas as relações que existam uma relação de hipossuficiência, para que os maiores não se favoreçam perante os menores, criando uma relação de equilíbrio.

Já os de terceira dimensão são os direitos da fraternidade evidenciados no século XX, protegendo então nesta geração os direitos difusos e comuns da sociedade, como o direito a paz, meio ambiente, entre outros. Nota-se por isso que a finalidade desta dimensão é a coletividade.

Até esta dimensão é visível a influência Francesa com os traços de liberdade, igualdade e fraternidade. Mas nas últimas décadas surgiram a quarta dimensão que abrange o a segurança genética e o da quinta dimensão que trata da informação cibernética

Os direitos fundamentais têm em sua natureza a indivisibilidade tanto na sua proteção como na promoção, com o intuito de assegurar o mínimo existencial a partir da dignidade humana.

Da Silva, em sua obra cita:

“Destarte, é possível se destacar com o olhar de indivisibilidade, em elo formador da estrutura dos direitos Fundamentais, de onde se vislumbra a intrínseca relação entre os direitos das diversas gerações ou dimensões, como queiram, a indissociabilidade do direito à vida com a liberdade, a saúde, o meio ambiente, a paz” (DA SILVA, 2010, p 49)

Além da indivisibilidade os direitos fundamentais têm por características a universalidade, a interdependência, a relatividade e a justiciabilidade. A universalidade deve-se porque os direitos fundamentais devem estar diante de todos sem preconizar raça, religião, sexo, entre outros. A interdependência se dá porque eles denotam em uma vinculação entres os direitos das dimensões acima destacados. A relatividade se encontra nestes direitos porque os mesmos não são absolutos, como por exemplo, a Constituição brasileira trás que a casa é um asilo inviolável, entretanto tal inviolabilidade é relativa como o próprio texto constitucional normatiza⁷. Rocha traz em sua obra sobre tal característica:

“Vale ressaltar, também, que, em caso de colisão entre direitos fundamentais, é possível ao juiz utilizar-se da regra de ponderação para impor restrição a alguns deles, e, portanto, poderá haver a predominância de um direito sobre o outro diante das peculiaridades do caso concreto.” (ROCHA, 2011, p 37)

Ou seja, a colisão dos direitos também há a relatividade dos direitos fundamentais pois no choque entre dois direitos, um deles vai prevalecer sobre o outro, restringindo o vencido para que prevaleça o direito que se entende principal. Ressalta-se que tal colisão deve ser feita caso a caso.

E por último a justiciabilidade nada mais é que a possibilidade destes direitos serem cobrados pelo poder judiciário, o qual este se perfaz de ferramentas coercitivas para efetivar a garantia, sob a ótica subjetiva dos direitos fundamentais.

Sendo assim pode-se afirmar que as dimensões se dividem em objetivas e subjetivas. Sendo esta, a capacidade que os direitos fundamentais possuem de gerar direitos subjetivos. Figueiredo afirma que:

⁷ Artigo 5 XI, - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

“... a dimensão subjetiva que se lhes reconhece, que os direitos fundamentais dão origem a uma série de posições jurídicas diversas, outorgando ao titular do direito pretensões de defesa, proteção e prestação, quer perante o Estado, na concepção clássica, quer diante de particulares.” (FIGUEIREDO, 2007, p.43)

Corroborando ROCHA (2011, p. 40) diz que “a extensão da dimensão subjetiva não apenas para o confronto dos indivíduos em face do Estado, mas também para as relações entre particulares, decorre especialmente da postura atribuída pelo constitucionalismo contemporâneo à dimensão objetiva”. Em concordância com os autores pode-se resumir que a dimensão objetiva é o poder do titular do direito em exigir ou impor judicialmente sua real efetivação.

Já a objetiva “são um conjunto de valores objetivos, que fornecem diretrizes materiais e expandem-se por todo o ordenamento jurídico, proporcionando sustentáculo à ordem constitucional” (ROCHA, 2011, p .41). Ou seja, é o espaço normativo dos preceitos que introduzem valores ou interesses humanos que configuram o alicerce objetivo da ordenação da vida social. Devendo ser destacado dois efeitos nesta dimensão: a tutela das garantias constitucionais e à admissão de deveres para e entre particulares decorrentes dos direitos fundamentais.

Por fim, após um breve histórico, pode-se afirmar que os direitos fundamentais vieram para garantir que a sociedade possua um poder limitador frente ao estado soberano, proporcionando-lhes o mínimo para sua dignidade frente ao estado e aos demais particulares. Nos próximos tópicos deste capítulo será tratado do direito fundamental em nossa constituição e o cerne deste estudo que é o direito fundamental à saúde e suas especificidades.

2.2.2. Direitos Fundamentais Constitucionais

Em um estado constitucional contemporâneo os direitos fundamentais são elevados ao ápice do ordenamento jurídico, ou seja, na constituição federal do país. Isto se deve ao fato que tais direitos emergem pelo sentimento da dignidade da pessoa humana. “Os direitos fundamentais se apresentam como escopo fundamental do estado, principalmente em seu âmbito objetivo, com os fins a que o Estado deve atuar para protegê-los e efetivá-los” (SILVA,2010, p.50). Diante ao pensamento de Silva, concordando em sua plenitude é prudente acreditar que devido ao seu caráter assecuratório nada mais coeso que tais normas sejam

constitucionais, muito embora que, como já foi visto anteriormente nada impede que um direito fundamental não esteja normatizado no ordenamento máximo do país.

Corroborava novamente com este pensamento de Silva, quando esclarece em sua obra citando:

... percebe-se que os direitos fundamentais não devem ser compreendidos somente pela ótica do indivíduo, haja vista que antes de tudo são direitos relacionados aos valores da comunidade a serem alcançados como valor jurídico, como bem tutelado pelo Estado, possuindo dessa forma, hierarquia superior no ordenamento jurídico. (SILVA,2010, p .50)

Pelos fatos já apresentados pode-se afirmar que os direitos fundamentais é o alicerce para que se tenha uma real constituição federal, visto que é nestes ordenamentos que se encontram as premissas básicas como, direito a vida e a saúde, o qual são institutos essenciais para concretizar a dignidade humana.

Além disso atualmente vive-se em um estado social democrático de direito como preceitua nossa constituição em seu primeiro artigo. Por isso o Estado deve ter como finalidade direitos sociais, que refletem um bem-estar a sociedade e esta deve ser atribuído o direito de cobrá-los frente o estado soberano.

Humenhuk em seu artigo diz que:

“Um Estado Social Democrático de Direito poderia definir-se não pela atuação direita, ou não, na economia, mas sim pelo comprometimento Constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda no tocante à prestação direta dos serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são saúde, educação e assistência social”.(HUMENHUK. 2004, p.1)

A partir disso, chega ao entendimento que o Estado para alcançar o objetivo social deve-se proporcionar a sociedade os serviços básicos e essenciais para a sobrevivência. Por isso, o Estado deve sempre manter um elo inquebrável com os direitos fundamentais, pois somente a partir destes que se alcança a plenitude social e democrática, tendo então como parte inseparável de toda constituição aplicada a um Estado Social e Democrático de direito, e a atual constituição brasileira, não está fora deste pensamento, conforme o ensinamento de Sarlet:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, caput, refere-se apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisso 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.(SARLET,2007, p.65)

Ainda sobre este pensamento o Prof. Marcos Maliska:

Sendo assim, os direitos fundamentais, além de condicionantes formais de validade da ordem jurídica, em decorrência da posição hierárquica superior em que se encontram, também assumem posição de condicionantes materiais, ou seja, passaram a vincular a ordem jurídica sob o prisma do conteúdo de tais direitos. (MALINSKA apud HUMENHUK. 2004)

Com o intuito de tornar mais nítida a noção do que representa os direitos fundamentais como base de uma Constituição, sendo facilmente considerado como a ordem fundamental jurídica da coletividade, é mister que nos valer mais uma vez a lição do doutrinador Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SARLET, 2007, P.59)

Com isso, para se atingir em um Estado Social de Direito, cristalizado por princípios democráticos, é de extrema importância que o ordenamento máximo jurídico de um país, além de gerir a organização do Estado, seja cristalizada por direitos fundamentais, com o intuito de servir a sociedade de forma que consiga garantir o bem-estar social

Em nossa constituição de 1988 os direitos fundamentais são divididos em cinco partes. A primeira parte é a dos direitos individuais e coletivos ligados ao ser humano. Previstos no artigo 5º de nosso ordenamento máximo, visam garantir os direitos personalíssimos como a vida, a liberdade, a honra, entre outros. Exemplos do que foi falado é o inciso I do artigo supracitado que visa a igualdade entre as pessoas e o inciso X da mesma norma que resguarda a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada.

A segunda parte são as dos direitos sociais que tem o intuito de garantir uma melhor qualidade de vida para a sociedade brasileira. Amparado pelo artigo 6º da constituição eles visam a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, e a assistência aos desamparados. Também pelo próximo artigo são protegidos os trabalhadores com regras de garantir um equilíbrio entre o elo mais forte que são os empregadores e o mais fraco que são os empregados.

A terceira parte protege os direitos da nacionalidade, ou seja, o vínculo entre o indivíduo e o Estado, tornando este indivíduo como elemento social.

Normatizados nos artigos 12 e 13 da Constituição e tais direitos fundamentais da capacidade ao homem, que introduzido na sociedade brasileira, possa exigir do Estado os direitos protegidos pela norma e em contrapartida o Estado possa cobrar os deveres impostos aos indivíduos que pertençam a sociedade inserida nos moldes da constituição do país.

Na quarta parte surge a proteção aos direitos políticos, peça fundamental para que a sociedade consiga exercer a cidadania de forma direta ou indiretamente pelos representantes votados para garantir uma democracia estatal. Descritos nos artigos 14 a 16 da norma supracitada, vem com intuito de garantir ao cidadão o direito de votar e ser votado e a forma da sociedade participar efetivamente da política estatal. Como já dito anteriormente os direitos fundamentais podem sofrer limitações, este aqui descritos é a prova viva disto pois não são todas as pessoas que exercem o direito de votar e ser votado e sim aqueles reconhecidos como cidadãos e possuem alguns requisitos como exemplo, ter no mínimo 35 anos para se candidatar para presidente da república.

E por fim a quinta parte que a da participação em partidos político, observados no artigo 17 da constituição, visando proteger a autonomia e a liberdade destas entidades com o intuito de garantir a real democracia do Estado de Direito.

Embora hoje a Constituição Federal de 1988, haver muito tipos de direitos fundamentais, o objetivo deste estudo se encontra na segunda parte, que são os direitos sociais, demonstrada acima, mais especificadamente no direito fundamental a saúde, o qual além de estar descrito no artigo 6º⁸, ele também vem no artigo 196 da mesma norma já citada, trazendo que é dever do estado a garantia deste direito fundamental e que infelizmente não é alcançado em sua plenitude, como será demonstrado de forma mais especificada no decorrer deste trabalho.

2.2.3. Direito Fundamental a Saúde

A saúde no Brasil é um direito público subjetivo constitucionalmente tutelado como já dito anteriormente, no artigo 196 de seu ordenamento máximo⁹.

⁸ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Cabendo, desta forma, ao estado promover das diversas formas possíveis a garantia deste direito a sociedade.

Mas antes de conceituar tal direito bem como suas complexidades deve-se estudar o que é saúde e a que se deve a sua fundamentalidade no direito brasileiro.

2.2.3.1. Fundamentalidade do Direito à Saúde

Ao tratar que algum direito possui a fundamentalidade como atributo, verifica-se que tal direito tem uma proteção maior na norma jurídica, e este objetiva manter a dignidade social que vive sob o prisma do ordenamento estatal que atribuiu a sua fundamentalidade, sendo esta analisada por dois aspectos, o formal e o material.

Sarlet discorre em sua obra:

A Fundamentalidade formal dos direitos decorre da previsão constitucional e apresenta as seguintes consequências relevantes: a) como parte constitucional escrita, os direitos fundamentais situam-se no topo da ordem jurídica; b) eles encontram-se submetidos aos limites formais e materiais ao poder da reforma; e c) tem aplicabilidade imediata e vinculam aos poderes públicos. (SARLET, 2007, P 86)

Na mesma corrente Figueiredo:

A fundamentalidade formal, de seu turno concerne à positivação constitucional dos direitos, por meio da qual se outorgam a supremacia e a força normativa da Constituição ao objeto abrangido pela norma constitucional de que se trate. (FIGUEIREDO, 2007, p 67)

Assim o aspecto formal é a sua normatização na Lei maior do Estado. Já o aspecto material trata de sua indispensabilidade para o estado e para a sociedade como diz Sarlet:

A identificação da fundamentalidade material de um direito material, portanto, passa pela definição de elementos que possam redirecioná-lo à ordem de valores dominante e consensualmente aceita em certa comunidade, bem como às demais circunstâncias de caráter social, político, econômico e cultural consagradas pelo sistema constitucional de que se trate. (SARLET, 2007, p.92)

Nota-se que a saúde possui o aspecto formal, dado que é normatizada na constituição como já amplamente discutido neste trabalho. E o aspecto material, pois a sociedade tem o interesse e necessita da saúde garantida pelo estado.

2.2.3.2. O que é saúde?

Para continuar o estudo sobre o direito fundamental à saúde é importante conceituar o que é saúde nos tempos atuais, visto que muito se evoluiu ao longo da história sobre este assunto.

Na antiguidade, pensadores consideravam a saúde como influências da cidade e por isso os médicos não erram se entender como essa influência atingia sua população. Ultrapassados a teoria citada, por muito tempo a saúde foi concebida como ausência de doenças, teoria francesa adotada por Descartes.

Até que em 1946 a Organização mundial da Saúde (OMS), na feitura de sua constituição conceituou saúde, em seu preâmbulo, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”¹⁰. Note que a OMS veio acrescentar na teoria francesa mais que o simples conceito de ausência de doença, utilizando fragmentos de antigas teorias já adotadas para criar seu conceito. Rocha preconiza sobre este conceito:

Este conceito contemporâneo de saúde merece elogios por reconhecer a necessidade de que haja o equilíbrio interno do indivíduo, bem como o equilíbrio deste com o ambiente, encontrando respaldo desde os ensinamentos preconizados por Hipócrates, e há que se destacar que a saúde já não é mais vista apenas como ausências de doenças, o que leva à incorporação de um aspecto positivo ao conceito de saúde, qual seja, por uma melhor qualidade de vida. (ROCHA, 2011, p.81)

Por isso fazendo uma interpretação deste atual conceito dá para ver que a saúde tem três linhas, a preventiva, para evitar as doenças; a curativa para curar aquelas que não foram evitadas: e a promocional, com o intuito de promover a qualidade de vida.

Na Carta de Otawa, na primeira Conferência Internacional sobre a promoção da Saúde, em 1986, o tema saúde foi conceituado da seguinte forma:

“Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social, os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não

¹⁰ Preâmbulo da constituição da Organização Mundial de Saúde de 22 de julho de 1946.

é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.”¹¹

Nesta Carta é importante destacar que sua intenção era saúde para todos até o Ano 2000. E que a saúde depende de pilares essenciais para que ocorra em plenitude, que são: Paz; Habitação, Educação; Alimentação; Renda; Ecossistema Estável; Recursos Sustentáveis; justiça social; e equidade. Henriques coaduna com o raciocínio quando:

Ainda que fiel à ideia original, patente a intenção do documento de realçar a importância de certos determinantes de ordem pessoal, socioeconômica e ambiental para a obtenção e manutenção da saúde, e, assim, tentar conferir maior concretude ao conceito. Longe de propor uma nova definição – tarefa que tampouco diplomas internacionais recentes parecem dispostos a enfrentar –, reconhece que o estado de saúde de que se desfruta depende não só do acesso universal a serviços médicos, mas também, e em larga medida, de circunstâncias pessoais e familiares, condições de moradia e trabalho, grau de educação e nível de renda. (HENRIQUES. 2007, p.18)

Como já visto o Brasil, na era colonial a saúde era insignificante no que tange a atuação estatal, tendo pouca influência estatal para a melhoria da qualidade de vida. Só com a vinda da família real é que houve alguma melhoria na cidade do Rio de Janeiro com um intuito de proporcionar um conforto para a família Real. Segundo Scliar:

A história da organização de ações e serviços públicos de saúde no Brasil é muito recente. Até o final do século XIX, o Brasil não tinha uma preocupação formal de atuação sobre a saúde da população; apenas, e de forma ocasional, atuava em situações de surtos de determinadas moléstias que ocorriam nos portos de Santos e Rio de Janeiro. A economia era essencialmente agrícola e as riquezas necessárias para o crescimento do país eram oriundas principalmente da exportação agrícola. (SCLIAR. 2007, p.1)

Resta claro que a preocupação do estado em garantir a saúde social veio a partir da constituição de 1934 com algumas proteções trabalhistas, tendo seu amplo atendimento na Constituição Federal. Após o entendimento do conceito de saúde e entendido que recentemente o Brasil tem como importante a saúde como direito fundamental.

Por fim, Figueiredo (2007, p.77) em sua obra diz que “a noção de que saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo

¹¹ Acesso a integra deste documento em:
https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf

Estado, é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia de que seja saúde.

2.2.4. Direito Fundamental a saúde no Brasil

Antes do atual ordenamento máximo aplicado em território brasileiro, não havia uma normativa expressiva sobre o direito à saúde. Na constituição de 1824 somente garantia os socorros públicos. A de 1891 não havia qualquer previsão sobre o assunto. As cartas magnas de 34, 37 e 46, somente tratavam o assunto direcionado para os trabalhadores e a constituição de 67 somente ampliou para junto com os trabalhadores, os ex-combatentes da Segunda Grande Guerra.

Quando a Constituição de 1988 trouxe em seu texto, uma parte específica somente para o direito a saúde denotou um grande avanço jamais visto na história jurídica Brasileira. Ainda mais porque o assunto foi considerado como direito fundamental devido a estar elencado como um dos direitos sociais do artigo 6º, conforme já analisado neste trabalho. Entretanto com a constituição, veio à tona da importância da saúde, mas a mesma não regulamentou o assunto apenas trouxe as diretrizes básicas. Por isso, o legislativo brasileiro em 1990 normatizou com a lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, a qual esta lei ordinária, de acordo com seu preâmbulo dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Ratifica a fundamentalidade do direito a saúde o segundo artigo¹² da lei supracitada, bem como a prestação do serviço por parte do Estado.

2.2.5 Saúde na Constituição de 1988

A Constituição Brasileira não se ateve apenas em elencar a saúde em seus artigos 6º e 196, já discutidos anteriormente. Em seu Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo II, Da Seguridade social há uma seção específica para a temática Saúde. E nesta Seção contém cinco normativos (196 a 200) que será visto neste a seguir.

O artigo 196, já amplamente discutido traz a obrigatoriedade do Estado em prestar a assistência à saúde para a população brasileira, visto que esta norma deixa claro que é um direito de todos. Tal assistência é realizada através de

¹² Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

políticas públicas (sociais e econômicas) visando a prevenção e o acesso universal e igualitário.

O próximo artigo demonstra a importância do tema quando descreve que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e por isso a regulamentação fiscalização e controle cabe única e exclusivamente ao poder Público. Entretanto esta mesma norma abarca que a execução não é uma exclusividade do poder pública, podendo ser prestados também por terceiros contratados pelo poder público, por pessoa física e pessoa jurídica do direito privado.

Já o artigo 198¹³, traduz que as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema Único, por isso integram uma rede regionalizada e hierarquizada. Em seu primeiro parágrafo trata do financiamento do sistema único de saúde com recursos da Seguridade Social da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, não descartando a possibilidade de outras fontes, nos termos do artigo 195¹⁴. O segundo parágrafo estipula que os entes federativos brasileiros devem anualmente aplicar um quantitativo mínimo em ações e serviços públicos de saúde. Já o terceiro estabelece a reavaliação, a cada 5 anos, por lei complementar os percentuais do parágrafo anterior, os critérios de rateio e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas em saúde de todos os entes federativos.

Neste ponto, é de bom alvitre ressaltar que a ADPF 672¹⁵, o qual fez a interpretação da hierarquia trazida no artigo supracitado. Na decisão deste julgado

¹³ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

¹⁴ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

¹⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA

trouxe que não é competência da união, através do poder Executivo afastar as decisões dos governos Estaduais que tratam de medidas protetivas a pandemia ao Coronavírus. Na análise do ministro Relator, o douto Alexandre de Moraes, o exercício da competência constitucional dos entes federativos brasileiros abarca a adoção de importantes medidas restritivas. Entretanto o mesmo ministro deixou claro que tais medidas poderiam ser objeto de discussão jurídica, quando cita: "Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente".

A despeito do tema hierarquização Henriques, e seguindo a linha de raciocínio deste trabalho, entende que se trata na complexidade de atendimento que é necessário para cada caso específico e não o fato de que a União poder interferir nas medidas de outros entes federativos brasileiros que visam a prevenção da

SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente. Integra disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>

saúde pública¹⁶, que no caso em tela foram medidas ao combater a pandemia que o Brasil atravessa desde o início de 2020.

Por fim o artigo 199 trata da possibilidade da assistência à saúde ser realizada pela iniciativa Privada. E o último artigo desta seção, o artigo 200, exhibe as competências constitucionais do Sistema Único de saúde, que são: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Contudo a Constituição não restringiu as competências somente as elencadas em seu texto quando no caput do artigo está inserido a frase “além de outras atribuições”.

2.2.6. Complexidades do Direito Fundamental a saúde

Quando a constituição estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, submete a este uma grande responsabilidade. Bem provável que os constitucionalistas quando criaram este trecho constitucional não previa a explosão demográfica, nem os custos para a efetiva manutenção deste direito.

Rocha cita:

A constituição, ao estabelecer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impõe a este a incumbência de tornar efetivo o respectivo direito fundamental, por meio de políticas sociais e econômicas (políticas públicas) que garantam a todos o acesso às ações e serviços em prol de um bem-estar geral (universalidade)...(ROCHA, 2011, p.85)

¹⁶ A hierarquização, por sua vez, significa divisão de nível em complexidade crescente: idealmente, salvo em situações emergenciais, o usuário deve procurar o serviço de saúde de menor complexidade e ser remetido a serviços mais complexos quando e na medida de suas necessidades. (HENRIQUES, 2007, p.25)

Aqui se vê um problema, pois para se obter um direito a saúde de qualidade é preciso um planejamento econômico por parte do estado e infelizmente o que se denota na atualidade é de que o estado não dá atenção necessária para o assunto uma vez que não garante um serviço de qualidade para a população. Um sério apontamento sobre o afirmado é a explosão de planos de saúde particular, fato este que demonstram a descrença da sociedade com o serviço prestado pelo estado.

A falta de política pública pode trazer um caos para o assunto pois como se pode garantir um mínimo digno para a sociedade se o Estado, não importando se União, estados ou municípios, tratam com descaso o texto constitucional. Muito embora, não pode afirmar que não há atendimento público, e sim que não este não atinge a todos, muito menos integra todas as ações muitas vezes necessárias, por isso nota-se a importância de estudar sobre os princípios da universalidade e integralidade.

Outro fator importante também é o tamanho geográfico do país e suas características multiculturais/regionais, que atrapalha bastante, pois cada região brasileira tem mazelas muito específicas no que tange a saúde, direta e indiretamente, dificultando um planejamento geral para o país. Bem como a explosão demográfica que ocorreu no país em suas últimas décadas, o que em desde a instituição da atual constituição a população brasileira praticamente triplicou contando dados do censo de 1991¹⁷.

Além disso o próprio direito a saúde, de forma contraditória trouxe uma grande complexidade, pois gerou uma melhor qualidade de vida, aumentando a expectativa de vida da população. Entretanto é a população idosa é a que mais precisa de atendimento e o governo atualmente não dá conta deixando a população sem um dos seus principais direitos fundamentais, à mercê de um sofrimento imensurável.

O tema é tão complexo que o direito a saúde está sendo judicializado cada vez mais frequente em nosso país. Como a sociedade não consegue a prestação do serviço garantido constitucionalmente, a mesma procurando o judiciário para efetivação do seu direito, causando um grande problema pois muitas

¹⁷ Dados extraídos do site do IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censohistorico/1940_1996.shtm>

das vezes o estado não tem como atender nem com a ordem judicial e quando atende deixa alguém sem o atendimento.

Demonstrado a complexidade deste direito, no próximo tópico tratará dos princípios da saúde sob a ótica da lei 8.080/90, perpassando no que são princípios e enfocando em dois princípios básicos da saúde que a universalidade e a integralidade e como eles não são obedecidos por aquele que tem o dever de garantir.

2.3. LEI 8.080 E OS PRINCÍPIOS DA INTEGRALIDADE E UNIVERSALIDADE

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Transcreve em sua Disposição Preliminar (art. 1^o¹⁸) que sua abrangência é todo o território nacional e atinge todas as formas que são executadas as ações e serviços de saúde.

Na sequência, no segundo artigo, ratifica o texto constitucional sobre a fundamentalidade do direito à Saúde. Assim como que é dever do Estado prover a saúde para a população brasileira, de forma universal e igualitária. Entretanto não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade com a saúde coletiva. Ou seja, por mais que o estado tenha o dever de prover a saúde, os demais atores também têm sua parcela de responsabilidade, devido ao parágrafo único do terceiro artigo que também são ações em saúde todas aquelas que se destinam a garantia da coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Merece um destaque o caput do artigo 3^o, em função dele traduzir o sentimento relatado na Carta de Ottawa em relação aos determinantes para atingir níveis satisfatórios de saúde, tais como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Nota-se que o legislador evoluiu a concepção de saúde, trazendo fatores sociais como primordial para o alcance de níveis de excelência no tema.

O artigo 4^o cria o SUS que é constituído por ações e serviços prestados por Órgão e instituições públicas, de todos estes federativos e das funções mantidas

¹⁸ Art. 1^o Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

pelo poder público e de forma complementar a iniciativa privada poderá participar do SUS.

A referida norma traz no caput do artigo 7^o¹⁹ os princípios e diretrizes que o Sistema Único de Saúde deve seguir para o funcionamento do direito à saúde. Nesta norma ela diz que se deve seguir as diretrizes impostas no artigo 198 da constituição Federal, já trazidos anteriormente.

Quanto aos princípios são treze que são elencados diretamente nesta norma, são eles: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios, b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Neste tópico irá tratar apenas com os princípios de universalidade e da integralidade, elencados nos incisos I e II deste artigo supracitado, mas antes far-se-á um breve estudo em que são princípios finalizando o mesmo com os fatos que levam para a não obediência destes princípios

¹⁹ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios

2.3.1. O que são Princípios

Os princípios são essenciais, sendo considerados como normas elementares, que servem para servir de alicerce de algo. Assim, no mundo jurídico, servem de pontos básicos, vitais no próprio direito servindo como base para estruturação das demais normas.

Sua importância se dá em dois pontos fundamentais do direito: na elaboração das normas, bem como na sua aplicação, preenchendo as lacunas previstas nos textos jurídicos.

Nader em seu estudo cita:

Quando se vai disciplinar uma determinada ordem de interesse social, a autoridade competente não caminha sem um roteiro predelineado, sem planejamento, sem definição prévia de propósitos. O ponto de partida para a composição de um ato legislativo deve ser o da seleção dos valores e princípios que se quer consagrar, que se deseja infundir no ordenamento jurídico. (NADER. 2012, p 200)

O douto Miguel Reale diz:

Restringindo-nos do aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são verdade fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis. (REALE. 2011, p.311)

Sendo assim em concordância com os doutrinadores acima é de se verificar a grande importância dos princípios para se obter uma norma adequada para a sociedade, alcançando plenamente seu objetivo com eficácia e eficiência, primando em normas justas e sociais.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais e, inicialmente os princípios jurídicos não apresentavam efetividade em função do “não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p142). Com o passar do tempo e com a evolução do Direito, os princípios foram reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e indireta. BARROSO; BARCELLOS, 2003, 146)

O Brasil, por sua característica positivista, no tocante suas normas jurídicas, traz o Artigo 4^o²⁰ da Lei de Introdução as Normas Brasileiras trazem que quando a lei for omissa o juiz terá como opção de julgamento os princípios gerais de direito

Na sua evolução os princípios possuem três fases. A do jus naturalismo, embasada no direito natural, ou seja, seu alicerce eram os valores que o homem possuía independente das normas impostas pelo Estado. Esta fase evidencia-se no século XVI e os princípios não tinham aplicabilidade jurídica, serviam apenas em metas a serem alcançadas. Já no século XX, vem a fase do positivismo, o qual afasta totalmente o direito natural sendo que o direito são as normas impostas pelo estado. E por fim e atual a fase do pós-positivismo que os princípios são pautados na dignidade humana e considerados como fundamentais para a construção do ordenamento estatal.

Reale também divide os princípios em três grandes categorias: a primeira é a omni-valentes, que são validos para todas as formas de saber; a segunda é a plurivalentes, quando são aplicáveis a vários campos de conhecimento; e por fim os mono-valentes que só valem no âmbito de determinada ciência. (REALE. 2011, p 304)

Conforme a categoria apresentada por este doutrinador, é evidente que o direito se encaixa na terceira, ou seja, a mono-valente, o qual os princípios jurídicos só cabem neste campo do conhecimento. Ratifica Nader quando cita, “de acordo com a classificação que a doutrina apresenta quanto às categorias de princípios, os de Direito são mono-valentes, porque se aplicam apenas a Ciência do Direito”.(NADER. 2012, p201)

Os princípios possuem características que se torna importante analisar para o melhor entendimento da matéria, sendo elas a normatividade, eficácia, abstração, imperatividade e precedência material.

A normatividade se dá porque os princípios têm efeito de norma jurídica, sendo alguns descritos expressamente no texto normativo. A eficácia pelo fato de que os princípios devem ser obedecidos para que alcance o resultado esperado, sendo que a sua não obediência gera a exigência de cumprimento por vias judiciais. A abstração é uma característica porque os princípios podem ser aplicados

²⁰ Art. 4o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

diretamente na maior variedade de casos concretos. A imperatividade se concentra por suas normas gerar obrigatoriedade para aqueles que se dirigem. E por último a precedência material se dá por seu contexto axiológico sobre as demais normas, referindo-se como os valores máximos de uma sociedade.

Para terminar o estudo do que são princípios é necessário que se faça a distinção entre princípios e regras, e a diferença se dá justamente pela abstração que o princípio possui se encaixando em várias situações, já as regras são diretas alcançando um objetivo único. “As regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações às quais se dirigem” (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p 148)

A teoria dos princípios, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado. Na sequência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito⁶. As duas obras precursoras desses autores – Levando os direitos a sério e Teoria dos direitos fundamentais – deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures. São elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios. A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos. (BARROSO. 2007,p7)

Barroso em sua obra defende que a principal distinção entre regra e princípio se afigura no modo de aplicação, como nas regras se aplicam em uma modalidade de tudo ou nada, não havendo margem para interpretação, devendo ser aplicadas de acordo com o fato imputado na norma e gerando o efeito previsto, podendo apenas deixar de ser aplicada quando uma outra regra for excepcionar ou invalidar a regra imputado ao fato. Enquanto os princípios apontam em direções diversas, o qual pode haver eventuais colisões e por possuírem a mesma hierarquia devem ser analisadas e aplicadas conforme cada situação específica.

Superado o entendimento do que são os princípios e criado uma base para a continuidade de nosso estudo, será visto os princípios que envolvem o problema de nosso estudo, que são os princípios da universalidade e da integralidade previstos na lei Orgânica da Saúde.

2.3.2. Princípio da Integralidade

O princípio da integralidade da assistência vem ratificar o princípio já estudado e consiste em dizer que o serviço deve ser proporcionado em todos os níveis necessários para gerar um bem-estar do indivíduo, levando ao entendimento que o Estado tem que estar preparado para o atendimento no que tange a saúde em qualquer necessitado pela sociedade e que um tratamento não pode ser cerceado puramente pela falta do serviço mais específico, muitas vezes não fornecido pelo estado. Vale ressaltar que além de um princípio destacado na lei, também é uma das diretrizes apontadas na constituição federal em seu artigo 198, inciso II.

A própria lei orgânica da saúde define como um “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”²¹

Carvalho (2007, p.64) em sua obra corrobora com o assunto com o seguinte entendimento, “a integralidade de assistência exige que os serviços de saúde sejam organizados de forma a garantir ao indivíduo e à coletividade a proteção, a promoção e a recuperação da saúde, de com a necessidade de cada um.”

Resta claro que a assistência não se limita a um único nível de atendimento, esta deve ser integral e que em muitos casos é necessário uma combinação de esforços para que seja garantida o direito a saúde ao cidadão.

O artigo 6º da mesma lei inciso I, alínea d, informa que as execuções das ações de assistência terapêutica integral, inclusive a farmacêutica, estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde. Ratificando o entendimento que vai muito mais além que o simples atendimento médico, devendo ser incluído até os remédios necessários para condicionar o bem-estar social através da saúde.

A assistência terapêutica compreende o conjunto de ações e serviços que visam o tratamento das doenças e agravos à saúde, subsequentes ao procedimento diagnóstico, destinados a garantir ao indivíduo a proteção de seu potencial biológico e psicossocial e a recuperação da saúde. (CARVALHO. 2007,p.67)

Com isso, vislumbra ao entendimento de quanto é grande a ideia da integralidade da assistência e igualmente não alcançado que nem o princípio anteriormente estudado.

²¹ Lei 8.080/90, artigo 7º, II

2.3.3. Princípio da Universalidade

A lei 8.080 de 1990 traz como seu primeiro princípio a universalidade dá acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência. Isto quer dizer que o serviço que visa garantir a saúde da sociedade, independentemente do nível que a população dependa deve ser assegurado pelo o Estado, e que este não deve medir esforços para alcançá-lo.

Anteriormente ao SUS, o acesso aos serviços de saúde só estava garantido às pessoas que contribuíam para o sistema previdência e assistência social. Essas pessoas eram denominadas beneficiários ou segurados; as demais não tinham acesso aos serviços públicos de saúde. Hoje o acesso ficou garantido independentemente de qualquer requisito. A universalidade do acesso é uma decorrência natural do novo conceito de saúde. CARVALHO. 2007, p.63)

Já Pontes, Cesso, Oliveira e Gomes citam em seu artigo:

O princípio da universalidade caracteriza a saúde como um direito de cidadania, ao ser definido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado. Neste sentido, abrange a cobertura, o acesso e o atendimento nos serviços do SUS e exprime a ideia de que o Estado tem o dever de prestar esse atendimento à toda a população brasileira. (PONTES et al., 2009, p.3)

Com isso e totalmente de acordo com os pensamentos acima é de concluir que com certeza a universalidade da saúde veio como um princípio com intuito de mudar o pensamento social sobre esta matéria. Passando de uma vez por todas, o entendimento de que o estado tem o dever de garantir a saúde de uma maneira geral para a toda população brasileira, em todos os níveis necessários, desde a promoção até o atendimento de maior complexidade.

Entretanto isso é uma questão que não se vê acontecer, muito pelo ao contrário diariamente o que se assiste na mídia brasileira, são pessoas que dependem totalmente deste serviço e não tem. Ao analisar, entende-se que a intenção do legislador ao normatizar tal princípio, é que ele fosse alcançado com o tempo e não de uma hora para outra. Contudo já se passam 23 anos da edição da norma e não se enxerga melhoras, muito menos perspectivas de melhoras, ao contrário não raras as vezes o que se evidencia é a priora do serviço, levando cada vez mais a diminuição no atendimento, indo totalmente de encontro com este importante princípio.

Mais adiante estudará o que faz para que este princípio não seja obedecido, quais são suas causas e o efeito gerado por este não cumprimento.

2.3.4. A não obediência aos Princípios destacados

Os princípios acima estudados, o da universalidade e o da integralidade da assistência, com certeza foram os mais visionários em relação a atendimento à saúde, pois o Brasil que até 1988 antes da edição da constituição federal não havia nenhuma responsabilidade com o cidadão, trazendo então uma mudança drástica, sendo que a partir da edição da Lei orgânica da Saúde o Estado deve proporcionar a saúde para a toda a população brasileira de toda a forma que for necessária.

Entretanto, é sabido que está longe de alcançar tais ordenamentos em sua totalidade. O Estado Brasileiro infelizmente ainda é muito insuficiente em seus atendimentos médicos e hospitalares, tornando motivo de revolta por grande parte da população. A sociedade brasileira em sua maioria necessita do completo atendimento público.

O pleno exercício desse direito, entretanto, exige a superação das barreiras econômicas, sociais e culturais que ainda se interpõem entre os usuários e o sistema de serviços de saúde. Do ponto de vista econômico, ainda que a população não precise pagar diretamente pelos serviços (o financiamento é assegurado pelo Estado, mediante a utilização de fundos públicos), não se pode negar que a enorme parcela da população pobre, que vive em pequenos municípios com baixo grau de desenvolvimento econômico ou habitam a periferia das grandes cidades, não dispõem de condições mínimas de acesso aos serviços, às vezes até porque não tem como pagar o transporte necessário para chegar a uma unidade de saúde. Por outro lado, o Estado precisa dispor de um volume de recursos financeiros capaz de ser investido na ampliação da infraestrutura do sistema, isto é, na construção e reforma de unidades de saúde, na compra de equipamentos e insumos, na contratação e pagamento de pessoal qualificado a trabalhar na produção de ações e serviços de saúde de distintas naturezas e graus de complexidade. Enfim, para garantir a universalização do acesso, a construção do SUS tem demandado um esforço enorme para a garantia do Financiamento do sistema, bem como para o Gerenciamento dos recursos financeiros de modo a que sejam utilizados na expansão e qualificação dos serviços públicos de saúde em todo o país. (TEIXEIRA. 2013,p.3-4)

Este trecho acima citado mostra que as causas perpassam em problemas econômicos, sociais e culturais. Contudo acredita-se que o principal é o econômico pois o serviço oferecido demanda recursos público e o que se vê é que parece que não está destinado a quantidade suficiente de recurso financeiro para garantir a universalidade do atendimento, quanto a sua integralidade. Mas não pode descartar os problemas sócios culturais existentes em nosso país. O Brasil é mundialmente conhecido como um Estado multicultural e isso com certeza interfere também para a aplicação destes princípios, pois muitas localidades ainda não estão acostumadas com o atendimento e por não serem instruídos que tem esse serviço a seu dispor.

Em se tratando especificamente a assistência denota-se que já é falho desde o seu início, dado que a promoção da saúde é escassa, o qual os esforços gastos pelo o Estado não consegue suprir com eficácia nem o atendimento emergencial e clínico que a sociedade precisa, quanto mais se preocupar com medidas necessárias para prevenir maus que venham a interferir no direito à saúde.

Isto posto, nota-se que o serviço ofertado é, em geral, de qualidade ruim, levando a população a total descrença da saúde pública. Constantemente a pessoas na mídia mostrando o seu real e triste caso no que tange ao assunto e por muitas vezes são pessoas que esperaram até o fim da sua vida e não conseguiram o que está normatizado nos princípios elencados.

Assim o maior efeito disto é a procura do serviço particular a saúde, desonerando o próprio estado de sua obrigação fundamental. Este efeito se divide em dois subefeitos com resultados catastróficos, distanciando cada vez mais do alcance do descrito pela norma discutida. O primeiro é que quando as pessoas deixam de procurar o Estado para garantir o seu Direito a Saúde, desonera de tal forma que o próprio estado se acomoda com tal situação que não visa melhoras para o seu atendimento.

Entretanto não são todos os cidadãos que podem arcar com o direito a saúde em instituições privadas, sendo este que são menos favorecidos ficam à mercê de um atendimento ineficaz e por muitos esquecido pelo Estado, perfazendo então o segundo subefeito.

Ademais, como o aumento da população que procura o judiciário, leve também a um caos que está se tornando cada vez mais frequente que a judicialização do direito à saúde, que se for analisado com cautela evidencia que isto é temerário sob a égide dos princípios destacados, pois quando a justiça interfere, quer dizer que o estado não está cumprindo o seu papel. E muitas vezes quando o estado ordena o atendimento, faz com que pessoas que estavam aguardando pelo mesmo atendimento deixem de ser atendidos, sem a análise da gravidade do caso, pois como a saúde no Brasil tem uma procura muito maior que a oferta é fundamental que se prefencie os casos mais grave.

2.4. AVANÇOS NO DIREITO À SAÚDE IMPLEMENTADOS PELA LEI 12.401/2011 E PELO DECRETO 7.508/20211

A Lei 12.401 de 28 de abril de 2011 alterou a Lei 8.080, e o decreto 7.508/2011 foram inseridos no normativo brasileiro para obstar a judicialização na saúde. Como é sabido a judicialização na saúde perpassa em sua grande maioria na assistência farmacêutica, sendo necessário uma normatização mais robusta para alicerçar as políticas públicas que viabilizam a plenitude do atendimento da saúde pública frente aos princípios já esmiuçados neste estudo.

Os medicamentos são o principal objeto de litígio judicial em saúde no Brasil (Aumentam..., 2017). Entre os principais argumentos aclamados para sua judicialização, destacam-se a universalidade e a integralidade do direito constitucional à saúde (Balestra Neto, 2015). A dificuldade de delimitar os contornos concretos de tais princípios, bem como a consolidação de uma interpretação judicial incapaz de situá-los de forma mais coerente e harmônica com o processo de desenvolvimento da totalidade das estruturas do Sistema Único de Saúde (SUS), apresentaram-se como elementos centrais para o crescimento exacerbado do fenômeno da judicialização da saúde no país. (Lopes et al, 2019, P.1)

A lei 12.401 trouxe 6 importantes normas para o direito a saúde. A primeira, em seu artigo 19-M, definiu a integralidade da assistência farmacêutica, trazida na alínea d do inciso I do art. 6º da lei 8.080²². A segunda trouxe a legitimidade do protocolo clínico e as diretrizes farmacêuticas como pilar nos medicamentos e produtos utilizados para cada tratamento. E na falta deste, a dispensação deve ser realizada na seguinte forma:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.”

²² I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.”

A terceira foi a criação e definição²³ da Comissão Nacional da incorporação de Tecnologias no SUS. E a quarta, definiu que qualquer inclusão, alteração ou exclusão de novos medicamentos, produtos ou procedimentos, assim como alteração em algum protocolo clínico ou diretriz terapêutica, pelo SUS, é de responsabilidade do Ministério da Saúde, assessorado pela comissão supracitada.

A quinta tornou obrigatório o registro da ANVISA como fator fundamental para utilização de medicamentos e equipamentos médicos no SUS. E A última e não menos importante, no último artigo da norma regulamenta a responsabilidade financeira no fornecimento de medicamentos e demais produtos ou procedimentos que tratam a norma aqui esmiuçada será estipulada pela Comissão Intergestores Tripartite²⁴ defina pelo decreto que que será analisado a seguir.

Já o Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011, veio regulamentar a Lei 8.080 para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde a articulação interfederativa, entre outras providências.

Em seu artigo 3º trata da constituição do SUS²⁵ organizando o atendimento de forma regionalizada e hierarquizada. Estas regiões podem ser tanto intermunicipais, quanto interestaduais, quando for composta por municípios limítrofes. E para a formação desta Região devem conter no mínimo ações e serviços de: I - atenção primária; II - urgência e emergência; III - atenção psicossocial; IV - atenção ambulatorial especializada e hospitalar; e V - vigilância em saúde.

Este decreto frisa com bastante significância os princípios abordados neste capítulo. Ao tratar da hierarquização, em seu artigo 8º²⁶, a norma postula que o

²³Art. 19-Q ...

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

²⁴ É constituída (em nível federal) paritariamente por representantes do Ministério da Saúde (MS), do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems). Na CIT, são definidas diretrizes, estratégias, programas, projetos e alocação de recursos do SUS. Tem composição formada por 15 membros, sendo cinco indicados pelo MS, cinco Conass e cinco pelo Conasems. A representação de estados e municípios é regional, sendo um representante para cada uma das cinco regiões do País.

²⁵ O SUS é constituído pela conjugação das ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde executados pelos entes federativos, de forma direta ou indireta, mediante a participação complementar da iniciativa privada, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

²⁶ Art. 8º O acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço.

acesso universal se inicia pelas portas de entrada (serviços de atendimento inicial à saúde do usuário no SUS) e será completado, conforme a demanda, pela rede Regionalizada e hierarquizada. Assim como no artigo 28²⁷ que regulamenta a universalidade na assistência farmacêutica. Já o artigo 20²⁸ trata da integralidade reforçando que o usuário será atendido do início ao fim pela rede de Atenção à Saúde do SUS.

Ademais o decreto regulamenta a criação e duas importantes relação do SUS, que são a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES²⁹ e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME³⁰. Assim como regulamenta em seus artigos 15 ao 19, o planejamento da saúde e cria Comissões intergestores para as articulações interfederativas³¹(art. 30).

Com isso, a partir deste breve introdutório sobre tais normas, o estudo irá aprofundar no estado da arte que este estudo pretende realizar. Contudo para um melhor entendimento faz-se necessário nortear sobre a política pública como a materialização dos direitos fundamentais, bem como sobre a possibilidade de limitação do direito fundamental a saúde. Assim os próximo dois capítulos trarão um breve estudo sobre tais matérias através de uma revisão bibliográfica do tema.

²⁷ Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;

II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;

III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e

IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

²⁸ Art. 20. A integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores

²⁹ Art. 21. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde.

³⁰ Art. 25. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

³¹ As Comissões Intergestores pactuarão a organização e o funcionamento das ações e serviços de saúde integrados em redes de atenção à saúde, sendo:

I - a CIT, no âmbito da União, vinculada ao Ministério da Saúde para efeitos administrativos e operacionais;

II - a CIB, no âmbito do Estado, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais; e

III - a Comissão Intergestores Regional - CIR, no âmbito regional, vinculada à Secretaria Estadual de Saúde para efeitos administrativos e operacionais, devendo observar as diretrizes da CIB.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Para adentrar no tema se perfaz necessário fazer a diferença entre as 3 dimensões da política. Comumente conhecidas por seus termos na língua Inglesa, são elas: *polity*, *politics* e *policy*. A primeira se encaixa na dimensão institucional, sendo a organização político-estatal através das normas que a regem. Já *Politics*, se encaixa na dimensão processual, estando ligado a todo o processo político. E por fim *Policy*, se enquadra em uma dimensão material, que corresponde o cerne deste tópico, ou seja, as decisões através das políticas públicas. Assim, surge a primeira distinção que vale a pena ser destacado política é ampla, abrangendo os procedimentos, formais ou informais, enquanto a política pública são mais específicas.

Políticas Públicas pode ser definido como as ações do governo para fornecer os anseios e necessidades de uma sociedade. Podendo estas ser alinhadas por planos, ações e metas governamentais que visam o interesse social e o bem-estar coletivo. Na mesma linha, Luchese (2004, p.3), em sua obra, define o tema como “conjunto de disposições medias e procedimentos que traduzem a orientação política do estado e regulam as atividades governamentais relacionadas as tarefas de interesse público”.

Apesar de que política pública existir desde o surgimento da figura Estado como organizador de uma sociedade, seu estudo acadêmico, bem como o avanço do tema se originou nos EUA, por volta da década de 30, através de 4 estudiosos do tema: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton³². Sendo o estudo pautado em

³² Laswell (1936) introduz a expressão *policy analysis* (análise de política pública), ainda nos anos 30, como forma de conciliar conhecimento científico/acadêmico com a produção empírica dos governos e também como forma de estabelecer o diálogo entre cientistas sociais, grupos de interesse e governo. Simon (1957) introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (*policy makers*), argumentando, todavia, que a limitação da racionalidade poderia ser minimizada pelo conhecimento racional. Para Simon, a racionalidade dos decisores públicos é sempre limitada por problemas tais como informação incompleta ou imperfeita, tempo para a tomada de decisão, auto-interesse dos decisores, etc., mas a racionalidade, segundo Simon, pode ser maximizada até um ponto satisfatório pela criação de estruturas (conjunto de regras e incentivos) que enquadre o comportamento dos atores e modele esse comportamento na direção de resultados desejados, impedindo, inclusive, a busca de maximização de interesses próprios. Lindblom (1959; 1979) questionou a ênfase no racionalismo de Laswell e Simon e propôs a incorporação de outras variáveis à formulação e à análise de políticas públicas, tais como as relações de poder e a integração entre as diferentes fases do processo decisório o que não teria necessariamente um fim ou um princípio. Daí por que as políticas públicas precisariam incorporar outros elementos à sua formulação e à sua análise além das questões de racionalidade, tais como o papel das eleições, das burocracias, dos partidos e dos

dois tópicos: Em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser formulado cientificamente; e analisado por pesquisadores independentes. Nesta toada surge a definição de Thomas D. Dye, o qual descreve como “o que o governo escolhe o que fazer ou não fazer”. Na área governamental, como ferramenta decisória³³, vislumbra-se que foi aplicada após a Guerra Fria para combater suas consequências. No Brasil têm os primeiros movimentos para a instituição de políticas públicas nota-se que os primeiros passos também se iniciaram na década de 1930³⁴. Entretanto apenas com a implementação da constituição de 1988, que se nota a consolidação do tema aqui discutido, buscando assim uma racionalização³⁵ da administração pública em prol da sociedade.

Quando se observa o direito fundamental a saúde, denota-se que segue o caminho das demais áreas sociais. Em uma breve linha do tempo até a promulgação da constituição de 1988 destaca: 1923 – a Criação da Caixa de Aposentadorias e Pensões (CAP), através da lei Eloy Chaves; 1932 Criação dos Institutos de Aposentadoria a Pensões (IAPs); 1965 – Criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS); 1977 – Criação do Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS) e do Instituto Nacional de Assistência Médica da

grupos de interesse. Easton (1965) contribuiu para a área ao definir a política pública como um sistema, ou seja, como uma relação entre formulação, resultados e o ambiente. Segundo Easton, políticas públicas recebem inputs dos partidos, da mídia e dos grupos de interesse, que influenciam seus resultados e efeitos. (Souza. 2006)

³³ Seu introdutor no governo dos EUA foi Robert McNamara que estimulou a criação, em 1948, da RAND Corporation, organização não-governamental financiada por recursos públicos e considerada a precursora dos think tanks. O trabalho do grupo de matemáticos, cientistas políticos, analistas de sistema, engenheiros, sociólogos etc., influenciados pela teoria dos jogos de Neuman, buscava mostrar como uma guerra poderia ser conduzida como um jogo racional. A proposta de aplicação de métodos científicos às formulações e às decisões do governo sobre problemas públicos se expande depois para outras áreas da produção governamental, inclusive para a política social.

³⁴ No contexto brasileiro, em se tratando de políticas públicas, em meados do ano de 1930, surgiram as primeiras atividades sistemáticas no que tange a mobilização de conhecimento de base científica para servir de subsídio para a formulação de políticas públicas no Brasil, através da implantação do Estado Nacional-Desenvolvimentista (Vaitsman, Ribeiro e Lobato, 2013b)

³⁵ Essa racionalização da governança, num governo democrático que necessita do respaldo da sociedade, implica em fazer com que as políticas públicas, além de mais justas e equitativas, fossem mais bem planejadas e desenhadas. A elaboração de programas, projetos e políticas deveriam ter problemas e objetivos bem definidos que permitissem sua implementação. Recorrentes em períodos anteriores, a má formação dos quadros técnicos constituía-se como empecilho para transformar em políticas de fato, implementadas, ideias surgidas como propostas de políticas públicas. Além disso, preocupadas com o pacto federativo, essas políticas deveriam ser pensadas em conjunto, de forma articuladas e integrada. Através dessas articulações e integrações federativas, além de custos mais baixos, as políticas poderiam ser mais eficientes, eficazes, e até efetivas. As propostas, entretanto, não se resumiam ao processo de formulação de políticas. As estratégias também pensavam em formas de

implementação além de desenvolvimento prévio de ferramentas e indicadores de avaliação e, principalmente, monitoramento e a avaliação.

Previdência Social (INAMPS); 1982 – implementação do Programa de Ações Integradas da saúde (PAIS), que tinha o foco na atenção primária; 1987 – Criação do Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS)³⁶.

Com a promulgação do atual ordenamento máximo, como já dito anteriormente o estabelecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado, com base nos princípios da integralidade e da universalidade. Implementando ainda as diretrizes de descentralização da gestão entres os entes federados (união estado, municípios e distrito federal) e a participação da comunidade, citando como exemplo a criação de conselhos de saúde, com a representação paritária entre sociedade e aqueles que prestam os serviços.

Frente ao exposto, de uma forma geral, nota-se que os direitos fundamentais servem como pilar para a construção das políticas públicas, em virtude da implementação destas devem ser pautadas nas normas constitucionais que asseguram tais direitos para a sociedade através de ações aplicadas pelo Estado.

3.1. CARACTERÍSTICAS DA POLÍTICA PÚBLICA

Neste item do trabalho trará como características da política pública, de uma forma bem sucinta, suas fases e seus tipos, com o objetivo de formar uma melhor compreensão acerca da matéria.

Ao tratar dos tipos, pode-se afirmar que 4 são as que mais impactam uma sociedade, sendo elas: as distributivas; as redistributivas, as regulatórias e as constitutivas.

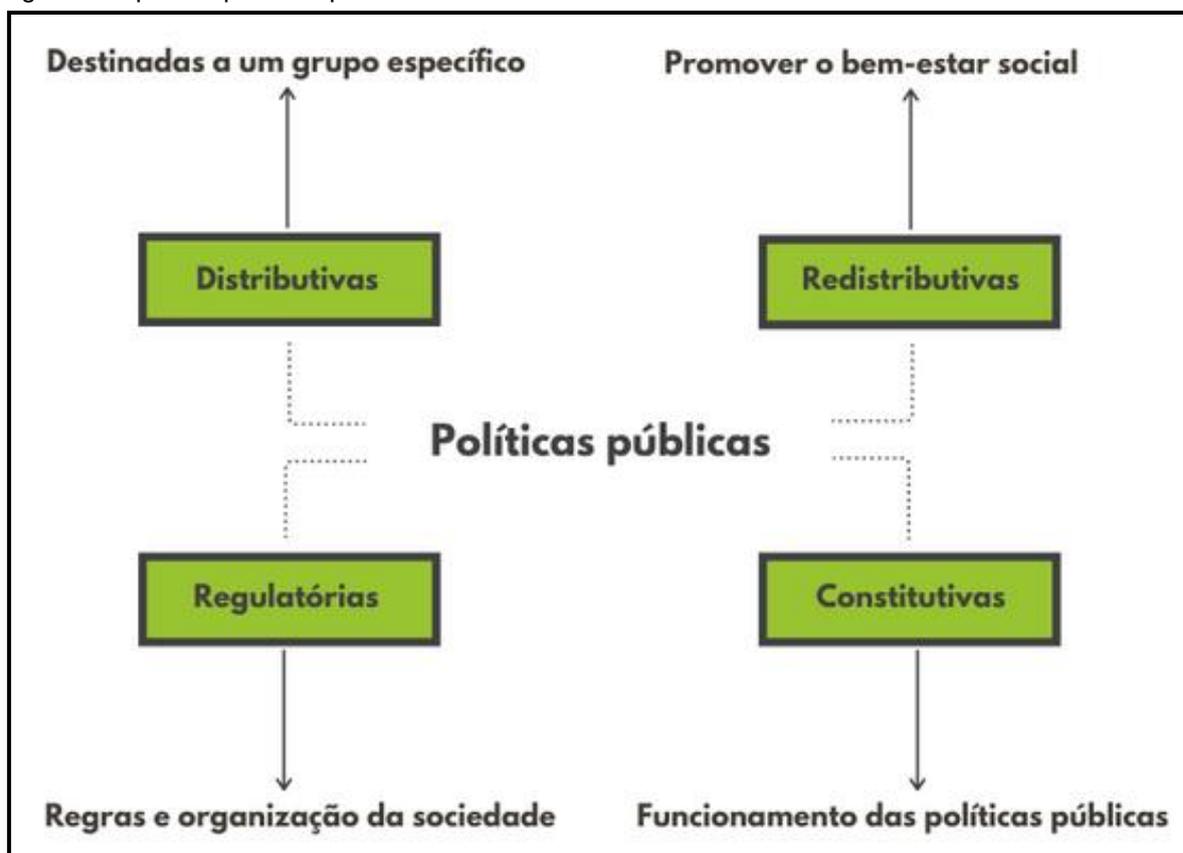
As distributivas têm como objetivo ofertar serviços ou equipamentos pelo Estado. Estas são destinadas a um grupo específico para a solução de problemas pontuais e são financiadas pela sociedade em geral através orçamento público e tem pouca oposição social, mesmo não sendo ofertada para todos. Alcançando um maior apelo a partir da LOAS, lei esta que legitimou a assistencialismo no país.

³⁶ Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) tinham como principais diretrizes: universalização e equidade no acesso aos serviços de saúde; integralidade dos cuidados assistenciais; descentralização das ações de saúde; implementação de distritos sanitários. Trata-se de um momento marcante, pois, pela primeira vez, o Governo Federal começou a repassar recursos para os estados e municípios ampliarem suas redes de serviços, renunciando a municipalização que viria com o SUS. As secretarias estaduais de saúde foram muito importantes neste movimento de descentralização e aproximação com os municípios, que recebiam recursos financeiros federais de acordo com uma programação de aproveitamento máximo de capacidade física instalada.

Já as políticas redistributivas, com o intuito de promover o bem-estar social, tem por base a alocação e recursos para o fornecimento de bens e serviços a um programa, a partir da retirada de recursos de outro. Diferente do primeiro este há oposição, visto que para haver o equilíbrio da balança orçamentária um grupo será onerado para a garantia da diminuição da disparidade social.

Em se tratando da Regulatória tem o condão de balizar as operações do estado através da Criação de normas e institutos para a atuação do mesmo. Servem pilar normatizador das duas dissertadas anteriormente. E por fim as normas constitutivas estabelecem a responsabilidade de cada ente federado, bem como sua participação destes para que se ponha em pratica o funcionamento das políticas públicas.

Figura 1- Tipos de políticas publicas



Fonte: LENZI, T. Políticas Públicas

Dando continuidade de elaboração da política pública, também nomeada como o ciclo das políticas públicas apresenta 5 fases que aperfeiçoam o processo fazendo com que se tenha a participação de todos os atores envolvidos e que seja atribuído a função/poder de cada ator, que se tenha uma análise mais fidedigna do momento atual da aplicação e uma melhor organização do objetivos e metas para

que são tenhas ações mais coerentes, que são: a formação de agenda, a formulação de política; o processo de tomada de decisão; a implementação; e a avaliação, como será visto no quadro a seguir:

Figura 2 - O ciclo das políticas públicas



Fonte: Andrade, D. Conheça o ciclo de políticas públicas

Ao discorrer sobre as fases é prudente que se comece pela formação da agenda que consiste no planejamento em si, diagnosticando as mazelas prioritárias e o cenário contemporâneo, analisando o trinômio condição da situação x emergência x recurso disponível. A segunda fase é a formulação de políticas, que consiste na apresentação de soluções ao diagnóstico ofertado pela fase anterior, desenvolvendo o objetivo, linhas de ação e os programas contemplados pela política pública. No processo de tomada de decisão (terceira fase) é o momento que há a definição do curso definindo os prazos e recursos necessários para sua implementação. Sendo esta a quarta fase, que consiste na materialização da política pública, ou seja, é a parte prática do processo no qual todo o planejamento reverte na ação em prol da

sociedade. E por fim a Avaliação, que é a fase do controle e da fiscalização com o intuito de corrigir falhas que possam surgir ao longo do processo. Vale ressaltar que esta fase deve ocorrer não apenas no final do ciclo, mas sim, durante todo o processo para que alcance umas das funções primordiais, que é a existência de um programa executável.

3.2. INSTRUMENTALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA ATRAVÉS DO ORÇAMENTO

Como já analisado no item anterior, as atividades prestadas pelo poder público (Estado) quaisquer que sejam as áreas de implicação (saúde, economia, educação, segurança, meio ambiente, justiça, saneamento) tem a finalidade de promover que a população possa ter à disposição serviços que possibilitem o gozo pleno da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Evidentemente que esse gozo pleno não prescinde da capacidade de arrecadação, bem como a função essencial que substância a satisfação dessa buscativa, o planejamento.

Ao planejar suas ações o Estado dispõe de recursos que entram nos cofres públicos através dos tributos (impostos e taxas), mas que em virtude da complexidade das necessidades da população deverá definir de forma prioritária quais são os problemas que deverão ser atacados. No Brasil o orçamento público é assunto primordial quando se fala em políticas públicas, visto que qualquer prestação de serviço ao cidadão inevitavelmente deverá mover a máquina pública de forma equilibrada entre o que se denomina despesa e a receita. Também é importante apontar que o planejamento orçamentário que no país se consolida através do PPA, LDO e LOA é conduzida pelo chefe do executivo (União, Estados e Municípios) de quem é a responsabilidade exclusiva de iniciativa e do legislativo (Congresso Nacional, Assembleias legislativas e Câmaras Municipais) onde são discutidas e votadas as peças, ou seja, o denominado orçamento misto, mas de natureza autorizativa .

O orçamento pode ser conceituado como “um programa de obras, serviços e encargos públicos, expresso em termos de dinheiro, com previsão da receita e fixação da despesa, a ser executado dentro de um ano financeiro (MEIRELES, 1984, p.326) Em termos práticos significa o real engajamento do governo (federal, estadual e municipal) no planejamento de suas ações prioritárias

vinculando-as aos recursos necessários (despesa) para sua execução indicando necessariamente a fonte desses recursos (receitas). Nesse sentido dois importantes elementos do orçamento do Estado reclama um olhar mais atento: a despesa e a receita.

Grosso modo, as receitas são as entradas financeiras obtidas através de tributos (impostos e taxas). O “Estado precisa fazer face às suas obrigações, necessita de recursos que podem ser obtidos junto à coletividade ou através do endividamento público” e “o conjunto destes recursos é que nós chamamos de receita pública” (PASCOAL, 2009, p.90). Por outro lado, um conceito mais strictu, traz à baila a ideia de que a receita pública se traduz na entrada que se integra ao patrimônio público sem qualquer reserva, condições ou correspondências no passivo, acrescentando a esse patrimônio elemento novo e positivo.

Por sua vez, a despesa “corresponde aos desembolsos efetuados pelo Estado para fazer face às suas diversas responsabilidades junto à sociedade” (PASCOAL, 2009, p.59), o que significa a execução de recursos (dinheiro) pelos gestores/agentes públicos de acordo com as competências legais, devidamente autorizada pelo congresso nacional, Assembleias legislativas e Câmara de Vereadores (Legislativo), dependendo o ente, se a União, O Estados ou os municípios.

Assim, resta claro que para a implementação de uma política pública é necessário que haja orçamento condizente com aquilo que foi formulado de modo que não ocorra um desequilíbrio entre as receitas e as despesas de um estado. E não se torna diferente no que tange a assistência a medicamentos. O ente federado deve formular/implantar políticas públicas que supram a necessidade de sua população e pô-las em prática através dos instrumentos orçamentários aqui estudados.

A partir da conexão de políticas públicas voltadas para a realidade social e orçamento adequado para tal a sociedade terá a preservação do direito constitucional aqui estudado. Por isso, na sequência do estudo se demonstrado a possibilidade na limitação dos direitos fundamentais, em especial o da saúde.

4. POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até o presente momento deste estudo, está veementemente demonstrando a importância do direito à saúde ser enquadrado como fundamental e que diante dos princípios da universalidade e da integralidade, tal fundamento deve servir a todos sem exceção bem como com todo apoio necessário para a garantia da saúde da população.

Como também já foi visto que o Estado brasileiro por muitas vezes não tem condições de proporcionar o que ele mesmo normatizou, quer seja por impossibilidade de oferta ou por descaso de suas próprias obrigações.

Em continuidade de nosso estudo será visto duas das alegações jurídicas que o Estado utiliza para limitar o direito fundamental à saúde que são a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade. Com o primeiro limitador o estado se prevalece de que não pode ofertar nada além de suas condições, já o com o princípio da proporcionalidade, pondera-se qual a norma ou princípio deve prevalecer quando são confrontados.

Entretanto a limitação deste direito fundamental tem algum sentido? Uma vez que o bem-estar social não é a máxima linear que o estado deve proteger, sabendo que a saúde é um dos pilares para garantir tal fato. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, quando proporciona para a sociedade como fundamento a dignidade da pessoa humana. Por isso neste capítulo o estudo discorrerá sobre os limitadores já citados de forma que fique pleno o entendimento sobre eles.

4.1. A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível está diretamente relacionada com a impossibilidade do Estado proporcionar a saúde por falta de recursos que sendo mais específico, é a falta de recurso financeiro para garantir o texto constitucional no que tange a matéria analisada.

Entende-se que por essa limitação aqui discorrida o estado se exime de toda e qualquer responsabilidade porque não tem condições de oferecer, deixando de lado seu dever e por muitas vezes dilacerando a dignidade da pessoa humana, pelo fato de grande parte da sociedade só ter o serviço público para garantir sua

saúde. Caliendo (2010, in SARLET, TIMM, p.180) ratifica que cita que a reserva do possível pode ser de ordem fática, pela falta de recursos ou jurídica, que é o despreparo orçamentário.

4.1.1. Origem e evolução

A teoria da reserva do possível originou-se na jurisprudência criada pela corte alemã na década de 70, trazendo um novo olhar sobre a omissão de algumas responsabilidades pela falta de recursos para executá-la.

Conhecida como *numerus clausus*, a corte alemã em um julgamento que tinha como lide o acesso à educação superior de forma irrestrita a cursos que tinham uma procura acentuada, tendo como fundamento um direito fundamental do regimento alemão.

Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra (OLSEN, 2008, p.215). Os direitos a prestações somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, impossibilitando exigências superiores a um limite básico social. (KRELL, 2002, p.52)

Sarlet e Figueiredo (2010, in SARLET, TIMM, p.30) firmam este entendimento quando citam que para as prestações dos direitos materiais dependem da real disponibilidade de recursos por parte do estado. Assim pode-se constatar que a reserva do possível vem suprir a falta do estado em garantir o direito fundamental imposto como sua obrigação seja ela material ou não.

No Brasil tal teoria só veio a ser utilizada somente na década de 90. Contudo esse lapso temporal de praticamente 20 anos não se deu por mero desconhecimento da matéria, mas pelo fato que não tinha por que ser atribuída em nosso ordenamento. Tudo muda com a constituição de 1988, um ordenamento considerado extremamente garantista, diferente dos demais, o qual atribuiu funções aos Estados que não pode proporcionar, sendo um destes a grande mazela social brasileira que é a saúde. Por isso somente após este fato é que começou a atribuir tal fato para a jurisprudência brasileira.

A efetivação desta teoria para as decisões brasileiras veio através do direito comparado, que é nada mais é que o estudo entre as semelhanças e diferenças dos ordenamentos jurídicos das mais diferentes nações, bem como sua possível aplicabilidade naquilo que se assemelha.

Entretanto é notável que no Brasil que a reserva do possível é avocada para a jurisprudência brasileira se dá por falta de recursos financeiros para garantir a fundamentalidade material imposta como obrigação estatal, esquecendo integralmente que esta teoria serve também para questões não materiais, que estão além da falta de recursos públicos.

4.1.2. Compreensão Teórica

Pode-se conceituar a reserva do possível como a forma que o Estado tem de não prover uma garantia fundamental a partir de sua incapacidade financeira ou técnica. O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos.

Sarlet e Figueiredo (2010, in SARLET, TIMM. P.29) trazem a noção que o conceito da reserva do possível está ligado na “efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”. Figueiredo, “exprime a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se é na medida em que consistem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos” (FIGUEIREDO. 2007, p.131).

Superado o conceito os doutos supracitados entendem que a reserva do possível possui uma dimensão repartida em três pontos.

...a efetiva disponibilidade fática de recursos para e efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama o equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; e já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também sua razoabilidade. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, in SARLET, TIMM. P30)

Frente a essa divisão doutrinária pode-se concluir que este tema está muito mais além da simples falta orçamentária, mas sim na forma de gestão estatal, a partir da falta de políticas públicas para proporcionar o direito que por um acaso venha a gerar um cerceamento de um direito fundamental. E que a aplicabilidade se deve pelo fato que o estado tem suas limitações, como já dito acima, que ultrapassam o quesito orçamentário.

Sobre sua natureza não existe um consenso, se é um elemento interno de restrição ou um elemento externo.

Flávio Galdino considera que a reserva do possível é um elemento interno e estão diretamente ligados aos direitos fundamentais, os quais estes só podem ser garantidos se o Estado possuir recurso para isso, como descrito abaixo:

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluo orçamentário que o permita. (GALDINO, 2002, In: TORRES, p.188)

Já Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo divergem deste pensamento como será visto:

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, in SARLET, TIMM, p.30)

Vislumbra-se então, que seja a mais acertada a teoria sobre a natureza da reserva do possível aquela defendida pelos doutos Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, pois não há como se falar em direito fundamental, que desde o seu princípio esteja atrelado a uma limitação, isto seria um contrassenso, não garantido o mínimo para a dignidade social e sendo uma ótima válvula de escape que não respeitar os deveres impostos para o Estado garantir o bem-estar social.

Olsen (2006) previamente analisa o ambiente sócio-político-jurídico da reserva do possível através da dogmática constitucional de plena eficácia dos direitos fundamentais e da influência do neoliberalismo, Para então observar a

reserva do possível enquanto elemento característico dos direitos fundamentais através da posição de Cass Sunstein³⁷ e Stephen Holmes³⁸ para os custos do direito, expondo o tema como limite imanente da dimensão positiva dos direitos e as consequências para a proteção dos direitos fundamentais sociais. Desta forma, é possível verificar a possibilidade da Reserva do possível como ferramenta restritiva aos direitos fundamentais sociais pela escassez de recursos na teoria externa, bem como pela necessidade de ponderação e fundamentação. Assim a autora trata como uma condição de realidade pelo logicamente possível e pela disponibilidade de recursos materiais, fazendo também uma diferenciação em a inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos.

4.1.3. Conexão com o mínimo existencial

Antes de adentrar na conexão entre estes instrumentos jurídicos é importante que se conceitue o que é o mínimo existencial. Nas palavras de Rocha (2011, p.124), “corresponde ao conjunto de prestações materiais mínimas necessárias para uma existência digna, sendo plena justiciabilidade, independente de legislação infraconstitucional”.

Na mesma linha Figueiredo (2007) conceitua como uma garantia decorrente do Estado social objetivando as mínimas condições dignas para que a sociedade sobreviva de forma que o Estado não pode intervir.

A favor dos pensamentos acima demonstrados pode-se concluir que o objeto deste instrumento jurídico é garantir o bem-estar social com o mínimo que o indivíduo precisa para viver com dignidade. E o estado não pode se eximir de proporcionar tal fato.

³⁷ Cass Robert Sunstein (Concord, 21 de setembro de 1954) é um advogado norte-americano, particularmente nas áreas de direito constitucional, direito administrativo, direito ambiental e direito e economia comportamental, que era o Administrador do Escritório da Informação da Casa Branca e Regulatory Affairs na administração Barack Obama de 2009 a 2012. Por 27 anos, ensinou na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Atual Professor da universidade de Robert Walmsley, em Harvard. De 2009 a 2012, foi administrador da Casa Branca de Informação e Assuntos Regulatórios. Ele é o fundador e diretor do Programa de Economia Comportamental e Políticas Públicas da Harvard Law School

³⁸ Stephen Holmes (nascido em 21 de fevereiro de 1948) é um Professor de Direito na Universidade de Nova York. Recebeu o título de Ph.D. em 1976 da Universidade de Yale, onde ganhou o Prêmio John Addison Porter para aquele ano. Depois de ingressar no corpo docente da Universidade de Chicago como professor associado de ciência política em 1985, Holmes tornou-se professor titular de ciência política e direito na faculdade de direito da universidade em 1989. Ele se juntou ao corpo docente da Universidade de Princeton de 1997 a 2000 como professor de Política antes de seu cargo atual.

Sobrevindo também do direito alemão, não pode dizer que este é subordinado a reserva do princípio, ao contrário é uma forma de proteger os direitos fundamentais propostos pela constituição federal.

Sarlet e Figueiredo citam que:

A vinculação dos direitos (fundamentais) sociais com o que passou a ser designado de uma garantia de um mínimo existenciais é evidente, mas é igualmente evidente que também aqui há uma série de aspectos controversos que, já há algum tempo, integram a pauta das discussões dos direitos fundamentais. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, in SARLET, TIMM, p.19)

Assim verifica-se que a conexão se dá porque eles divergem em seu objeto, enquanto a reserva do possível tem seu objeto eximir o estado de uma obrigação imposta e ele por falta de recursos materiais ou não, o mínimo existencial vai de encontro, pois visa proteger a sociedade de forma que o Estado tem que garantir o mínimo para que se atinja uma condição mínima de dignidade.

Retorno ao pensamento de Figueiredo para ratificar este entendimento:

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta no princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo jurídico e da livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão.
¹ (FIGUEIREDO. 2007, p189)

Por isso conclui-se que o mínimo existencial vem proteger, confrontando o uso exacerbado do instrumento da reserva do possível, aquilo que já é garantido pelo texto constitucional, mas que por métodos jurisprudenciais encontra-se meio para que o Estado não cumpra com seu dever normativo.

Desta forma, no que trata a questão do direito fundamental a saúde, nota-se que este instrumento se tornou fundamental no intuito do Estado não se eximir de suas obrigações constitucionais. Entretanto, para adentrar nesta conexão com o direito à saúde é preciso que se estude sobre a obrigação impossível, como será visto a seguir.

4.1.4. Obrigação impossível

Decorrente do direito civil, no artigo 166, II do código que o normatiza, a obrigação para deve ser possível e quando este se torna impossível se torna nula a obrigação.

Diante disso vem o questionamento do que é impossível para o estado e se isso condiz que deixe de garantir os direitos fundamentais previstos na

constituição como o objeto deste trabalho, que é o Direito a saúde. Uma obrigação a saúde para ser impossível para o Estado só ocorre se o próprio estado não prever em seu orçamento recursos que possam garantir que este seja cumprido.

Por fim se torna cristalino que não há como o estado alegar uma obrigação impossível pelo simples fato que este deve garantir aquilo que lhe é imposto e que em relação à saúde não deva existir nenhum obstáculo para sua garantia.

4.1.5. Direito a saúde e sua eficácia e efetividade entre a reserva do possível e o mínimo existencial

Como foi visto a reserva do possível visa proteger o estado face a de sua ineficácia, já o mínimo existencial é uma forma de garantir para a sociedade os seus direitos protegidos em texto constitucional. Valendo dessa premissa, cada vez é mais corriqueiro que o Estado utilize, de maneira irrestrita, aquele para justificar o não cumprimento de seu dever constitucional que é a saúde.

Fazendo uma breve conceituação sobre eficácia e efetividade, pode-se afirmar que a eficácia é o atingimento de uma meta, enquanto a efetividade é a melhor forma de se obter a eficácia. Sendo assim, quando se coloca tais termos na saúde o que se quer dizer, é que tem a eficácia quando a sociedade, na sua totalidade consegue ter sua saúde protegida. Já a efetividade é que isso seja feita da melhor forma e em todos os níveis necessários para isso.

Assim quando o Estado alega a reserva do possível deixa de visar a eficácia e a efetividade em relação a este direito fundamental. Sarlet e Figueiredo brilhantemente sobre esse estudo, ensina:

...não se poderá desconsiderar que o direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, encontra-se sempre e de algum modo afetado pela assim designada reserva do possível em suas diversas manifestações, seja pela disponibilidade de recursos existentes (que abrange também a própria estrutura organizacional e a disponibilidade de tecnologias eficientes) e pela capacidade jurídica (e técnica) de deles se dispor. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, in SARLET, TIMM, p.41)

Destarte em plena concordância com o descrito acima sabe-se que dificilmente não haverá mais a reserva do possível em relação a saúde, enquanto Ferramenta utilizada para não garantir tal direito. Mas para isso tem o mínimo existencial que vem para combater que o Estado se perfaça de sua ineficácia para deixar de exercer o papel de garantidor da saúde na sociedade brasileira.

Os mesmos doutrinadores supracitados continuam seu raciocínio anterior, fortalecendo o defendido neste tópico, da seguinte forma:

Por outro lado, a garantia (implícita) de um direito fundamental ao mínimo existencial opera como parâmetro mínimo dessa efetividade, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais, assim como na esfera das relações entre particulares, quando for o caso. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, in SARLET, TIMM, p.41)

Sendo assim, não haverá a eficácia e a efetividade enquanto, de algum modo, o estado se eximir de suas obrigações. Mas em se tratando de reserva do possível sempre haverá o mínimo existencial para contra-atacá-lo e servir como garantidor da dignidade humana.

Contudo até este momento neste tópico foi feita uma análise simples da aplicação dos instrumentos reserva do possível e mínimo existencial no direito a saúde. Em capítulos anteriores estudou-se que o direito a saúde, caucionado na Constituição Brasileira, é pautado em políticas públicas para que ocorra sua eficácia e efetividade. Assim a discussão sobre a reserva do possível e mínimo existencial deve ser balizada nas políticas públicas vigentes no tempo da ação. Ou seja, tudo aquilo que consta na política pública jamais deve ser objeto para utilização da Reserva do possível, porque é considerado o mínimo existencial proposto para assegurar o direito a saúde da população brasileira. Já aquilo que ultrapassa as políticas públicas pode ser utilizado a reserva do possível como instrumento protetivo estatal.

É de bom alvitre ressaltar que a possibilidade da aplicação do instituto da reserva do possível naquilo que não consta nas políticas públicas deve ser analisado caso a caso, pois a falta de um tratamento ou medicamento pode estar fora desta política pelo fato do estado ser instituído por uma governança fraca que não visa aquilo que sua sociedade necessita. Ou até mesmo aplicar a proporcionalidade no confronto dos direitos fundamentais brasileiro como será visto a seguir.

4.2. PROPORCIONALIDADE

Antes de imergir no que consiste tal instrumento se faz necessário determinar qual a sua natureza. A divergência doutrinária se dá porque uma parte

acredita que a proporcionalidade é um princípio e outra que é um critério de avaliação.

Rocha segue a vertente que é um critério de avaliação, será visto:

A proporcionalidade e a razoabilidade são regras de interpretação especificamente constitucional, que visam, especialmente, limitar a restrição dos direitos fundamentais, repudiando-se qualquer ato estatal que implique em restrições desproporcionais e/ou irrazoáveis. (ROCHA, 2011,p.177)

Figueiredo defende inversamente o supracitado:

...esclareça-se que muito embora haja controvérsias acerca da natureza principiológica da proporcionalidade, sendo corrente as posições que a entendem enquanto máxima, na linha apresentada por Alexy e defendida no Brasil, entre outros, por Farias, ou como postulado normativo aplicativo, segundo proposta de Ávila, a preferência pela expressão princípio da proporcionalidade, ora utilizada, guarda coerência com as decisões judiciais sobre o tema, em especial as decisões do Supremo Tribunal Federal, que assim consagrou o tema. (FIGUEIREDO. 2007, p.119)

Entre as duas correntes, esta pesquisa defende que a segunda é a mais correta, pois como já foi visto no capítulo anterior princípios são a base de qualquer ordenamento por isso a proporcionalidade deve ser considerada também como um princípio pois este é elementar para que faça que uma norma se sobreponha a outra quando se colidem e que como o a instancia máxima de julgadores brasileiros, o Supremo Tribunal Federal entende. Ultrapassado este ponto, será dado continuidade com nosso estudo.

4.2.1. Origem e evolução

Este princípio está diretamente vinculado a evolução dos direitos humanos em direitos fundamentais, surgindo na Europa. Sua origem, vem junto com a teoria jus naturalistas em meados do século XII, na Inglaterra, que ao transcender do absolutismo para o estado de direito foi necessário a aplicação de tal instrumento para controlar o poder estatal que estava acostumado com o absolutismo.

Entretanto coube a doutrina alemã aperfeiçoá-lo como observa-se a palavra de Rocha:

A proporcionalidade se desenvolveu com mais afinco na Alemanha, tendo sido admitida inicialmente no Direito Administrativo, especificamente no âmbito da atividade da polícia, visando controlar os excessos do poder estatal, e depois foi estendida ao Direito Constitucional por meio do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, em 1958, ao decidir um caso envolvendo a limitação da liberdade de profissão, proclamou que esta limitação dever ser pautar pela proporcionalidade, sendo imprescindível que seja adequada, que seja a forma menos gravosa possível e que vise proteger bens jurídicos coletivos considerados prevaletentes diante de uma cuidadosa ponderação. (ROCHA. 2011,p.177)

No Brasil também veio para adequar o direito administrativo, mas também como na Alemanha, tornou-se ferramenta para tratar lides entre a colisão dos direitos constitucionais.

4.2.2. Compreensão Teórica

Pode-se conceituar tal princípio como aquele que capaz de apreciar qual é o mais importante quando direitos fundamentais ou não colidem, ou seja, meio para a solução de conflitos entre as normas.

No dizer de Humberto Bergmann Ávila,

...pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.” (AVILA. 1999, p175)

E Figueiredo no tocante a este assunto transcreve “que a concordância prática informa o juízo de ponderação entre as posições conflitantes, equilibrando as pretensões à realização de cada direito e a composição ajustada aos demais interesses contrapostos” (FIGUEIREDO. 2007,p.120).

Assim nota-se que o princípio da proporcionalidade surgiu para regular possíveis confrontos entre as normas. Mas infelizmente tal princípio por muitas vezes é deturpado sendo utilizado para o Estado se eximir de um dever, em vez de garantir o direito fundamental

4.2.3. Elementos norteadores

O princípio da proporcionalidade foi enquadrado pela doutrina com três elementos que o norteariam para sua efetiva aplicação, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

Figueiredo diz em sua obra:

Doutrina e jurisprudência desenvolveram um método de aplicação do princípio da proporcionalidade em três fases sucessivas e excludentes, a que corresponderiam o que hoje comumente se identifica como três subprincípios, ou elementos, do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu. (FIGUEIREDO. 2007,p.125)

Já Rocha ratifica quando cita que “a regra da proporcionalidade comporta três sub-regras, ou seja, a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito”. (ROCHA, 2011,p178)

A adequação consiste que a medida adotada deve alcançar o objetivo almejado, ou seja, deve encontrar o meio certo para o chegar ao fim pretendido. Já a necessidade também conhecida como exigibilidade se perfaz quando se deve escolher a medida menos gravosa, evitando excessos, o qual elege aquela que é menos nociva aos interesses pretendidos. E por fim a proporcionalidade em sentido estrito vem na ponderação entre os benefícios e prejuízos que a medida alcançada trará.

Por isso diante a estes elementos é que se faz a análise da viabilidade de utilizar este princípio para restringir o direito fundamental, com a finalidade de que toda vez em que o direito seja cerceado dar-se-á pelo fato que aplicabilidade não repercuta em prejuízo para o estado.

4.2.4. Distinção com o princípio da razoabilidade

Este ponto é outro que a divergência doutrinária se estabelece, pois alguns entendem que os princípios da razoabilidade e de proporcionalidade são a mesma coisa, enquanto outros pensam inversamente a esta corrente, afirmando que são institutos distintos.

Apesar de o Supremo Tribunal por muitas vezes não aplicar a distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade (BARROS. 1996), já doutrinários como Rocha (2011, p.177) diz que “é preciso esclarecer que a regra da proporcionalidade não se confunde com a regra da razoabilidade, seja sob o aspecto da origem histórica, seja sob o aspecto estrutural”. Ratifica tal entendimento Figueiredo quando em sua obra destaca:

A razoabilidade se distinguiria da proporcionalidade em sentido estrito enquanto critério de avaliação do ato restritivo a direitos fundamentais, na exclusiva perspectiva das consequências que gere sobre a esfera pessoal de quem seja desvantajosamente afetado. (FIGUEIREDO. 2007, p130)

Diferente da opinião que aqui é defendida ser a mais acertada, quando se trata de princípio ou critério de avaliação sobre a proporcionalidade, nesta o estudo coaduna com os doutrinadores citados e não a posição que o Supremo, em boa parte de seus julgados, pelo fato entende-se que a razoabilidade trata do direito de uma forma individual, não comparando com outro para ver qual deles é o mais

vantajoso para a situação, ou seja, analisa o direito se razoável ou não o utilizar para a situação fática.

A razoabilidade nasceu do direito americano, servindo como ferramenta de medição da constitucionalidade das leis. No Brasil, tal princípio está intimamente ligado ao princípio constitucional do devido processo legal³⁹, buscando adequar os meios aos fins sob o prisma do que é aceito pela sociedade.

4.2.5. Colisão de direitos presentes no texto constitucional

Já superado que a colisão de direitos é necessária que se faça uso da proporcionalidade para saber qual é o mais viável para sua utilização. E quando se fala em saúde, direito este que está diretamente ligado a questão da vida e dignidade da pessoa humana, qual seria o direito que prevaleceria?

Diante disto entendo, que nenhum dos direitos, excluindo o direito à vida, graças a não se justificar a morte de alguém para o tratamento da saúde alheia, deva ser sobrepassado em relação a saúde, pois este é fundamental para a sociedade e o Estado não deve se eximir de sua obrigação em nenhuma hipótese. Porém, há de se frisar mais uma vez que tal garantia é dada por uma regulamentação estatal, voltada para as reais necessidades sociais, para o fornecimento deste serviço visto que a capacidade estatal é limitada, como demonstrará com maior riqueza de detalhes no capítulo adiante, quando será estudado o estado da arte na judicialização da saúde brasileira.

³⁹ Artigo 5º, LIV, CF 88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

5. O ESTADO DA ARTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Com o crescente fenômeno da Judicialização da saúde, houve também o crescente estudo pelo assunto. As pesquisas sobre o tema tentam qualificar e quantificar o fenômeno para assim conseguir, através do robusto conhecimento, minimizar os efeitos adversos com a judicialização pode trazer. Desta forma coaduno com tal entendimento a douta Krishina Ribeiro, veja:

“Nos últimos vinte anos tem-se produzido um conjunto significativo de pesquisas sobre o fenômeno da judicialização da Saúde. Esse estado da arte, apresentado na literatura especializada, traz em comum o desafio de mapear e de discutir a produção acadêmica por diferentes prismas do conhecimento, com o fim de responder sobre os aspectos, as dimensões, as formas e em que condições tem se produzido uma análise sistêmica sobre o direito e suas Inter implicações com as questões sociais” (RIBEIRO. 2021)

A partir disto, este capítulo está configurado em três partes: na primeira um breve relato sobre as pesquisas coletadas⁴⁰; na segunda um olhar sobre o tema em uma visão sistêmica; e pôr fim a análise da obra de Barroso que propõe alternativas para os efeitos causados pela judicialização da saúde.

5.1. ANÁLISE DOS ESTUDOS COLETADOS

Delduque e Marques (2011) vem colaborar com análise quali quantitativa das decisões judiciais de demandas que tangem sobre medicamentos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal no período de 2005 a 2008, demonstrando a notoriedade sobre o tema informando que se estima a existência de 240.980 processos que tratam sobre o tema saúde no Brasil. O objetivo do trabalho é identificar os medicamentos dispensados por determinação judicial constam nas políticas públicas e de igual forma se tais medicamentos foram expedidos por médicos da rede SUS-

⁴⁰ Os trabalhos foram: A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. (Delduque e Marques); Ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no departamento de assistência farmacêutica – PA (Bastos, Sarmiento, Ribeiro e Dolabela); Aspectos particulares da chamada Judicialização da Saúde (Dallari); Judicialização da saúde nos municípios da região metropolitana de Belém-PA (Damasceno e Ribeiro); Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil (Ribeiro e Vidal); Acesso a medicamentos por via judicial no paraná: aplica o de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais (Pereira e Pepe); O direito a presta o de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata (Barcellos); Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas (Amaral); O direito a presta o de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata (Barcellos); Estudos publicados em periódicos indexados sobre decisões judiciais para acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática (Gomes e Amador)

DF. A pesquisa se concentrou em 8 varas da fazenda, porém houve a negativa de informação de 3 destas varas. A coleta das informações pairou em 87 processos ajuizados no período de 2005 a 2008.

Como discussão e resultados destaca-se que 100 % dos processos analisados foram de ações individuais, 97,7% por ações cominatórias, 98,9% acompanhavam pedido de liminar e 95,4% representado pela Defensoria Pública. No universo coletado foram demandados 229 medicamentos (2,63 por processo em média) e todos possuíam registro na ANVISA. 65,5 % destes medicamentos foram prescritos por médicos da rede SUS e que 37,7% das medicações não se encontravam nas listas de medicamentos essenciais nem em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. E para finalizar um processo que envolvia alimento como se fosse medicamento, demonstrando o nível de desconhecimento técnico do magistrado nas questões que envolvem saúde pública.

Notou-se que pode fazer uma distinção entre casos fáceis e difíceis. Para os primeiros tem-se 3 tipos de julgamentos: quando há um pedido de medicamento em que está prescrito por médico do SUS, é parte da política de assistência farmacêutica do Estado, constando dos Protocolos Clínicos e das listas oficiais e não está disponível ao peticionário, resolve-se o caso deferindo o pedido; b) quando o medicamento não tem registro na Anvisa, nega-se peremptoriamente o pedido e c) quando o medicamento, mesmo prescrito por profissional de saúde do SUS, não está nos protocolos do Ministério da Saúde nem nas listas oficiais, nega-se a demanda, *ab initio*. Já os difíceis são aqueles que os medicamentos oferecidos pelo SUS não surtem mais efeitos havendo necessidade de uma nova droga. Por fim percebe-se que a demanda por medicamentos no Distrito federal predomina os constantes na política pública, que o poder judiciário do DF não destoa completamente das diretrizes do SUS.

Já Bastos, Sarmiento, Ribeiro e Dolabela (2013) discutem o impacto orçamentário causado pelas ações judiciais ajuizadas em desfavor da Secretaria do estado do Pará (SESPA) e encaminhadas ao departamento Estadual de Assistência Farmacêutica (DEAF) no primeiro bimestre de 2012. Através de um estudo descritivo com abordagem quantitativa de demandas judiciais que tangem sobre medicamentos e insumos farmacêuticos interposto contra o Estado do Pará, no primeiro bimestre de 2012, coletando dados através de uma pesquisa roteirizada

perpassando pelas seguintes variáveis: número do processo; data de emissão do processo, medicamento solicitado; quantidade de medicamento solicitado; preço unitário do medicamento, valor total do processo e modalidade de aquisição, organizados por planilha do software Excel. Assim o Estado do Pará, dentro do período analisado, foi demandado com 186 ações, sendo que 184 foram ações individuais e 2 coletivas, que totalizam 303 itens para 14 tipo de patologia, com um custo total de praticamente R\$ 366 mil reais. A maior parte destas demandas (157) foi para o tratamento de Diabetes e da mesma forma, 81 % do custo total foram para estas demandas. Dentro das ações desta enfermidade encontram-se as 2 ações coletivas que somadas se encontra o maior montante destas demandas judiciais. Ademais demandas se encontram distúrbios do crescimento (2), Anemia (2), Esclerose Múltipla (1), Doenças do sistema nervoso central (5). Importante observar é a aquisição estas medicações e insumos já 51 destas aquisições se deu por dispensa e 37 por pregão eletrônico. E depois de um paralelo apresentado entre estas duas formas de aquisição, nota-se que o pregão é bem mais vantajoso que a dispensa. Assim é tratado com preocupação, no estado do Pará, a utilização da dispensa em número mais elevado que traz um desequilíbrio no planejamento estatal no que toca a saúde.

Nas considerações as pesquisadoras chegam à conclusão de que a judicialização no Estado do Pará reflete o fenômeno do crescimento das demandas judiciais na seara da saúde em todo o território brasileiro. As demandas judiciais por muitas vezes buscam medicamentos que não fazem parte da política pública do SUS. Estes medicamentos foram recentemente colocados no mercado, que ainda não possuem garantias suficientes em relação a sua eficácia e segurança. Por fim destaca-se o tratamento da Diabetes no Estado do Pará, solicitando novas tecnologias para tal tratamento.

Damasceno e Ribeiro (2019) apresentar em sua pesquisa o panorama municipal das solicitações dos processos judiciais referentes a medicamentos a partir dos medicamentos nos municípios da região metropolitana de Belém- PA, assim como verificar quais os argumentos utilizados pelos autores, juízes e réus em observância da compatibilidade dos processos judiciais com a política pública de medicamentos e classificar os medicamentos solicitados nestas ações. A pesquisa deste trabalho foi realizada no período de 22 de agosto a 29 de setembro de 2017

nos municípios de Belém, Marituba e Benevides do estado do Pará. É um estudo descritivo de abordagem quantitativa por meio de 264 demandas judiciais analisadas, trabalhando as variáveis: tipos de autor, principais argumentos utilizados, tipos de solicitações feitas (medicamentos solicitados); tipo de réu; e argumentos utilizados por ele.

Nos Resultados e discussões dentro no universo analisado apenas 40 processos tratam exclusivamente de medicações tendo como polo ativo o Ministério público (19 ações), a Defensoria Pública (18) e advogado (03). Nestas Demandas perpassam em 78 medicamentos, sendo 6 deles repetidos. Assim dos 72 tipos de medicamentos, 46 estão nas listas do SUS, 25 não fazem parte e 1 não possui protocolos clínicos. Os argumentos do polo ativo nos dispositivos constitucionais 196 e 197, na lei 8.080 e no princípio da dignidade humana. O polo passivo argumenta pela perda do objeto da ação; a reserva do possível; a ilegitimidade passiva do Estado; e a grave lesão da ordem social e econômica. Já os magistrados embasam suas decisões em à Constituição Federal, as decisões jurisprudenciais, a Lei nº 8.080/1990 e a comprovação e necessidade do pedido. Vale ressaltar que dentre os 25 medicamentos que não fazem parte das listas do SUS, é regulamentado pela Anvisa. Já a única demanda que não possui protocolo clínico pleiteava a fosfoetanolamina que não foi submetido a nenhum dos processos necessários o devido registro na Agência Reguladora Brasileira. Nas considerações do estudo, apesar das dificuldades para efetivação das ações o SUS vem contribuindo para a melhoria da saúde da população brasileira. O Ministério Público e a Defensoria Pública cumprem com suas atribuições dado que aparecem na maioria das demandas analisadas. Argumentações utilizadas por todos os atores fazem uso das leis. E o uso de relação de medicamentos tem o objetivo de selecionar a padronizar os medicamentos, garantindo uma maior eficácia e segurança para os seus usuários.

Ribeiro e Vidal (2018) analisam a produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde. Como introdução o estudo traz que a judicialização da saúde é um fato de natureza jurídica e sociopolítica, que se encontra em com um crescimento progressivo tanto no número de ações quanto aos custos, como por exemplo o ano de 2012 que foi ajuizado 13.051 em desfavor da União ao custo de R\$ 2,8 milhões aos cofres Públicos. Importante frisar que

aproximadamente R\$ 2,7 milhões está concentrado em apenas 18 processos para atender 523 pacientes. Assim como a maior parte dos recursos (70%) configura no polo recorrente o Estado, ou seja, os demandantes por acesso a saúde têm suas ações com decisões favoráveis na primeira instância. Neste universo 76,60% se concentram em demandas que pleiteiam o fornecimento de medicações. Não sendo diferente no estado do Rio Grande do Sul que 72% do processo de 2009 também pleiteiam medicamentos. E no mesmo ano em Pernambuco 90,95% destinavam a atender 7 laboratórios em demandas de medicamentos de alto custo, ratificando assim a progressividade das demandas e dos custos destas. A metodologia apresentada trata da revisão narrativa com levantamento bibliográfico e documental permitindo ao leitor visualizar o conhecimento produzido em determinada área em curto espaço de tempo.

Os Resultados e discussões é dividido em 3 partes: A saúde no âmbito constitucional; as desordens causadas pela judicialização da saúde na política de assistência farmacêutica; O papel do Conselho Nacional de Justiça na condução da Governança da Judicialização. Na primeira, a expansão de saúde constitucional buscou o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade, como exemplo as audiências públicas do STF, onde seus julgados se aperfeiçoaram com o intuito de tornar diretrizes da política jurídica sobre a matéria. Entretanto os magistrados de primeira instância e os tribunais não acompanharam esta linha tratando de forma irrelevante os custos dos medicamentos, fundamentando as sentenças do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Mas o supremo vem se pronunciando acerca da matéria e partir da jurisprudência formada estabelecer a evolução do fenômeno judicialização da saúde. A linha evolutiva dos julgados no direito à saúde tem 3 fases: a primeira (2002 a 2002) que é a absolutização da saúde, sendo este uma consequência indissociável do direito à vida, estando entrelaçada ao princípio do resgate, onde o tratamento deve ser oferecido a qualquer custo; a segunda fase é o reconhecimento da teoria dos custos (2007), onde o direito social não é absoluto, pois o Estado tem uma limitação orçamentária para o atendimento; e a terceira fase (2010) é o estabelecimento de critérios para a fundamentação das concessões jurídicas vai passar reconhecê-los como uma exigência nas decisões. Entretanto apesar da evolução das jurisprudências, as decisões singulares ou dos tribunais não acompanham tal

evolução e ainda se concentram em 83,57 % na primeira fase e 13,99% na segunda fase.

Na segunda parte, as desordens causadas pela judicialização da saúde na política de assistência farmacêutica, vem demonstrar que o alto número de concessões judiciais sobre medicamentos promove a desorganização no sistema jurídico, político e na gestão da política de assistência farmacêutica. Para isso foi analisado o tema através de 3 princípios, Universalidade, Igualdade e Integralidade, que a literatura destaca como orientadores a atuação estatal em saúde.

E na terceira parte, O papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na condução da Governança da Judicialização, denota-se que o CNJ tem o papel de estabelecer estratégias de gestão do poder judiciário possibilitando a governança da judicialização. E por isso devido ao aumento de casos sobre a matéria o CNJ tem tido a função de realizar a *accountability* da Política Judiciária, criando procedimentos de gestão em que os juízes devem aperfeiçoar de forma mais sistemática o ato de julgar e tem-se requerido que este ato não seja apenas uma decisão “solitária”, mas uma atuação coordenada e estratégica entre as instituições jurídica e política. Não se tratando apenas de uma política de envolvimento dos órgãos jurídicos, mas da efetividade na comunicação interinstitucional com capacidade de resolutividades das demandas que tratam da matéria estudada. Assim o CNJ, através de sua política judiciária demonstra a necessidade do poder judiciários se remodelar para atuar na organização da governança em saúde.

Como conclusão, os Autores em seu artigo afirmam que o fenômeno da judicialização da saúde nos tribunais resulta e é resultado da desorganização dos sistemas sociais. E apesar da evolução dos julgados no Supremo os juízes da primeira instancia não acompanham tal evolução, uma vez que que grande parte das sentenças ainda são embasadas na absolutização da saúde, gerando demandas a Administração pública que fazem com que a gestão se desorganize em sua política de assistência farmacêutica. Diante deste quadro o CNJ tem tido a função unção de organizar procedimentos de gestão em que os juízes devem aperfeiçoar de forma mais sistemática o ato de julgar, não apenas como uma decisão solitária. E com a promoção interinstitucional acerca do assunto busca alcançar a capacidade resolutiva.

Pereira e Pepe (2014) avaliam a aplicação de indicadores de análise e monitoramento das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no estado do Paraná, através de um estudo empírico junto a Secretaria de Saúde deste Estado no ano de 2009. Através dos métodos aplicados do tipo descritivo transversal de análise das demandas judiciais, sendo as fontes primárias os bancos de dados dos mandados judiciais de medicamentos do Paraná e secundárias os dados processuais disponíveis nos sítios da Associação dos Serventuários da Justiça do Estado do Paraná (Assejepar), do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR)¹⁴ e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Já os dados dos custos financeiros para aquisição foram obtidos no sítio do tribunal de contas deste Estado.

Nos Resultados e discussão o estudo trabalhou em um universo de 694 demandas judiciais em busca de medicamento no ano de 2009. Como primeiro levantamento trata da do cadastramento dos demandantes o qual 39,5 % ainda estavam ativos, 47,8% inativos (introdução na lista de medicamentos fornecidos – 29,5%, suspensão da medida liminar – 23,2%, término do tratamento (19,3%) e suspensão por ordem médica – 17,8%) e 12,7 % dos demandantes faleceram. Em 74 das 142 comarcas do Estado tiveram ações ajuizadas da matéria, distribuídas nos diversos tipos de varas judiciais tendo a Cível Estadual com a maior incidência. Em 85 % das demandas houve a concessão a justiça gratuita, em 37,2 % das liminares e em 35,2% das sentenças foram aplicadas medidas constritivas. Houve a apelação em 387 ações. Para o campo da saúde foi apurada a distribuição geopolítica das ações sendo a maior demandada a 2ª vara da capital e a qualidade da organização e execução no atendimento às ordens judiciais que encontro em 97,7% das ações a presença da ficha técnica como documento norteador. Nas características sociodemográficas só houve a possibilidade de apurar o domicílio do autor, o qual novamente a capital aparece com a maior frequência. Nas características processuais apuradas foi possível levantar todos os indicadores, faltando apenas a plenitude dos dados dos tempos médios para a decisão de liminar, da intimação e da entrega de medicamento. Nas características médico-sanitárias também foram identificadas em sua totalidade tendo sua importância para caracterizar o objeto da demanda e outras características necessárias relacionada a política de medicamentos do Estado. Nas variáveis política administrativa analisou ao menos cinco aspectos fundamentais: Registro da Anvisa; distribuição de

medicamentos pelos componentes do bloco de financiamento; as ações judiciais que possuem medicamentos prescritos para indicação não prescrições que possuem ao menos um medicamento ausente desses componentes e o quinto, às que possuem ao menos um medicamento do componente excepcional (especializado). Os resultados mostraram que não suficientes para identificar e quantificar todas as variáveis propostas, mas isso não ocorreu pelo modelo metodológico proposto, mas sim pela deficiência nas informações disponíveis. Por isso para poder perfazer uma boa gestão das demandas judiciais o administrador deve ter em mãos cópia de cada processo judicial.

Amaral (2011), em sua obra, traz à tona a discussão da judicialização da saúde em um ambiente de carência de recursos públicos, através das demandas que para o Tratamento integral de HIV, pretendendo responder trabalhar as seguintes questões: “o Direito pode fornecer alguma resposta para situações em que haja escassez de recurso?” (p. 01) e “como escolher a quem atender ou a quem não atender, num cenário de falta de meios” (p. 01). Consonante aos questionamentos destacados o autor trabalha o conflito da macrojustiça com a microjustiça⁴¹ com o embasamento no cerne de seu trabalho que é a insuficiência financeira para suprir as demandas estatais. No discorrer, recorrendo a uma análise das decisões que garantiram o tratamento integral aos portadores de HIV, coaduna com o entendimento que os demandantes têm o direito subjetivo ao tratamento sem qualquer questionamento a amplitude orçamentária estatal para arcar com tais demandas. Destarte, frente a limitação de recursos surge algumas inquietudes do autor, tais como E assim, indaga: “quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex)? Quem consegue primeiro uma liminar?” (p. 37). Prossegue com a asserção de que “tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra” (p. 37), concluindo que a justiça se exime de realizar o confronto entre a macro e microjustiça, sendo que as decisões se resumem a destinação de recursos.

⁴¹ A microjustiça é a justiça do caso concreto, pautada em ações judiciais de individual, na forma que o juiz irá decidir a penas em relação ao objeto da lide tendo como beneficiário apenas o autor da demanda. Já a macrojustiça aufere uma maior amplitude à resolução de determinadas questões sociais e políticas no universo da coletividade, mediante políticas públicas, planejadas e executadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Por isso, com a falta de uma metodologia eficiente e eficaz na alocação de recurso, “onde a desigualdade social faz com que parte da sociedade já sofra de doenças modernas ou da riqueza, assim as consideradas típicas de países mais desenvolvidos, ao passo que outra parcela ainda sofre com doenças da miséria como febre amarela, cólera e malária” (p. 35). O judiciário está tratando de demandas privativas, não garantindo o mesmo direito para todos que possam estar passando pela mesma mazela ou que em um futuro próximo possa também necessitar da força estatal para ter seu direito a saúde garantido, preservando assim o princípio constitucional da igualdade.

Dallari (2013) demonstra em seu estudo aspectos particulares sobre o tema em questão. E para isso afirmou que o aumento da judicialização da saúde está intimamente ligado com a expansão dos direitos humanos e ao novo constitucionalismo, disseminando a compreensão que um direito humano é alguma coisa da qual nenhum ser humano pode ser despojado sem grave afronta à Justiça. Contudo a questão é complexa quando se vislumbra encontrar os mecanismos capazes de assegurar a realização dos direitos declarados que possui características do tradicional direito individual, do direito coletivo e direito difuso, exigindo uma adaptação no modo de interpretar as normas, assim se tornou inadequado a aplicação dos enunciados constitucionais sem se ater aos demais critérios normativos. Entretanto os atos normativos da Administração servem como orientadores dos direitos complexos da contemporaneidade.

O controle Judicial em saúde revela com clareza contradições próprias dos momentos de paradigmas. Com isso em 2009, O presidente do Supremo em seu voto em uma ação sugeriu que o julgador analisasse a demanda através dos seguintes quesitos: 1. verificar se existe política pública que diga respeito à prestação de saúde pleiteada no caso concreto; 2. na hipótese de que não haja a política estatal específica, o Judiciário deve considerar: a) a existência de vedação legal para o fornecimento do medicamento, ou seja, os juízes devem verificar se o medicamento possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); (b) a existência de decisão do SUS de não fornecer o medicamento, expressa em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde (SUS) atualizados; (c) se o medicamento encontra-se em fase de testes clínicos na indústria farmacêutica; (d) se o tratamento alternativo oferecido pelo sistema público

é adequado para o caso específico do paciente; (e) se o Executivo comprovou que haveria grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas na hipótese de concessão da tutela jurisdicional pretendida pelo paciente. Afirmando ainda, que nenhum destes requisitos são irrecorríveis, mas seria necessária uma ampla produção de provas para confrontá-los. Entretanto os estudiosos da matéria, chegam à conclusão que não tem havido, entre os julgadores, uma preocupação com os parâmetros nas demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, ou seja, não se baseiam nos parâmetros supracitados. Diante disto há uma necessidade da evolução legislativa e administrativa em decorrência da mudança de paradigma, o qual valoriza os direitos humanos e instaura o neoconstitucionalismo, sendo indispensável que estes tomem suas decisões sejam pautadas nas exigências constitucionais e demais legislações pertinentes, reconhecendo a participação e controle popular nas políticas públicas. Assim como, os julgadores das demandas judiciais dever ampliar seus horizontes para a apreciação das demandas do assunto também dos normativos da Administração para aplicar um melhor julgamento.

Na mesma Seara Henriques (2008) analisa alguns dos critérios orientadores da atuação estatal em saúde estabelecidos pelo constituinte e sublinhar a necessidade de sua efetiva utilização pelo judiciário, sobretudo quando sob exame pretensões particulares e demonstrar o quanto ainda é preciso avançar no controle judicial das políticas públicas de saúde da omissão administrativa contumaz, apontando alguns dos caminhos possíveis de percorrer. Para a autora, as demandas individuais e seus limites, uma vez que atualmente tem grandes chances de êxito graças a sua estreita relação com o direito à vida há uma prevalência quando confrontado com outros princípios constitucionais. Porém a busca indiscriminada, através de demandas judiciais pode levar a exaustão financeira do estado. Entretanto o Constituição trouxe parâmetros obrigatórios que devem ser embasados a ações da saúde pública no Brasil, que são a universalidade, integralidade e a igualdade.

Ainda propõe o estudo das possibilidades das demandas coletivas por prestações de saúde. Assim, como já exposto neste trabalho, o artigo 196 da CF normatiza que o direito à saúde dependerá da elaboração de políticas públicas, ou seja, programas de governo. E quando estes programas carecem dos anseios

sociais o estudo defende que é possível a postulação de demandas coletivas quando o estado deixa de cumprir as determinações legais que no caso em tela é a formulação de políticas públicas na área da saúde pública. De tal forma que a autora continua o raciocínio com o controle de omissão e o controle quanto a formulação e a implementação das políticas Sanitárias. Quanta a omissão a doutrina tradicional é contra apoiando-se na separação dos poderes, mas o texto traz a ideia que pode de uma forma de obrigar o gestor na criação da política pública, mas não atuar na discricionariedade do ato em si. Já quanto a implementação, por uma demanda coletiva o judiciário poderia determinar a prática do praticado em lei conforme a legislação pertinente.

Barcellos (2008) no que abrange o tema, aborda em sua pesquisa as complexidades pertinentes no assunto, o mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. E para isso divide o trabalho em 4 partes, na seguinte forma: o direito constitucional a prestações de saúde. Algumas complexidades; tentativa 1 de lidar com a questão: a construção de um mínimo existencial em matéria de prestações de saúde; tentativa 2 de lidar com a questão: discutindo o direito a prestações de saúde sob as perspectivas coletiva e abstrata; e a conclusão do estudo.

Na primeira parte a autora trouxe algumas complexidades. Em primeiro lugar, os enunciados normativos que versam sobre vida e saúde buscam proteger e promover um bem da vida que não convive facilmente com gradações, dado que praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá se enquadrar nesse critério, pois é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas. A segunda dificuldade se coloca inexoravelmente: se essa é a questão, que prestações de saúde devem ser oferecidas pelo Poder Público afinal? Ou, de outra forma, a que prestações de saúde os indivíduos têm direito, ao menos nesse momento histórico, e, portanto, podem exigir? A terceira é certamente penosa para um magistrado negar, e.g., o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição nem constarem de qualquer outra norma jurídica ou de uma opção política adicional veiculada pelo Legislativo ou pelo Executivo. O quarto foco de complexidade na matéria é que a saúde básica não é acudida nem pelo legislador, nem pelo administrador, embora

este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, nem pelo Judiciário.

A partir disto a autora tenta lidar com duas tentativas de lidar com a questão, a criação de um mínimo existencial e a discussão da matéria sob as perspectivas coletiva e abstrata. Na primeira tentativa a autora pretende que judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não deverá fazê-lo em relação a outras que estejam fora desse conjunto. A lógica desse critério é assegurar que todos tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigilo caso não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público. Já na segunda o estudo pretende adotar uma forma de controle das ações estatais em função da discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, a esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiças. Conclui o estudo posicionando de forma clara a favor do controle coletivo e abstrato na matéria a fim de que as decisões tomadas tenham subsídios melhores e em maior número, bem como de potencializar e universalizar os benefícios das medidas.

Finalizando este tópico e fazendo um elo com o próximo, Gomes e Amador (2015) em sua pesquisa, realiza uma revisão sistêmica em estudos publicados sobre decisões judiciais para o acesso a medicamentos no Brasil. A partir disto, os autores identificaram e caracterizaram artigos disponíveis em bases eletrônicas que realizaram levantamento de dados administrativos ou judiciais acerca do acesso a medicamentos por meio da judicialização. Como fundamento utilizaram o notório crescimento das demandas judiciais sobre o tema, uma vez que em 2009 ajuizaram 10.486 novos processos, atingindo 13.051 novos processos em 2012, de acordo com os dados do ministério da saúde. E por isso, os estudos sobre a matéria, com o intuito de entender o fenômeno.

Como resultado foram encontrados 1023 artigos, selecionados previamente 45 e após uma segunda análise mais detalhada 15 artigos. Na atualização do estudo a análise se concentrou em 17 artigos, sendo que dentre estes estudos 93,7 % foram publicados no Brasil, os quais 43,7% foram em 2010 e

2011, com o maior número de mandados nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. A maioria dos estudos analisou processos judiciais (83%) e os locais de coleta de dados foram mais frequentes foram as Secretarias estaduais de Saúde e o sistema de controle jurídico Online do estado de São Paulo. Em seis estudos predominaram a representação pública e em cinco predominavam representação particular. Notou também que um pequeno número de advogados e médicos estava associado a muitos processos. Um estudo no Ceará demonstrou que certo domínio de um pequeno grupo de indústrias farmacêuticas (8) no primeiro semestre de 2009.

Em relação as alegações dos autores das demandas encontram à urgência quanto à situação de saúde, risco de morte, existência de prescrição e/ou laudos médicos comprovando a necessidade do medicamento. O direito fundamental à saúde assegurado pela Constituição Federal aparece como justificativa em pelo menos três artigos. Em apenas dois artigos analisou se as ações eram coletivas ou individuais. 3 artigos avaliaram os pedidos de tutela antecipada. E em relação a parte ré, 4 artigos fizeram a análise, 2 deles foram Estados e Municípios e os outros dois incluíram também a União como demandada nas ações.

Como caracterização das demandas dois artigos tratam de doenças raras, um estudo tratou especificamente do câncer. Três estudos verificaram se as demandas continham medicamentos que fazem parte das listas oficiais. Dois estudos tentaram fazer uma classificação com base em critérios socioeconômicos. Oito estudos analisaram a indicação terapêutica mais frequente, sendo que a diabetes e a hipertensão são as mais frequentes. E sete artigos avaliaram a presença de registro na ANVISA e nenhum entrou um resultado maior que 5%.

Como discussão, notou que houve um crescimento significativo a partir de 2005 das demandas judiciais que tratam da saúde e que o Brasil tem quatro instituições que trabalham resguardando os direitos da cidadãos e o cumprimento das leis: Advocacia privada; Advocacia Pública; os Ministérios Públicos; e a Defensoria Pública. As demandas em sua grande maioria são individuais, motivando o um questionamento acerca de um dos pilares do SUS, que a universalidade, em virtude dos recursos utilizados para atender tais demandas individuais sobrepões aos anseios coletivos. Quatro estudos verificaram que as decisões do magistrado são embasadas n direito fundamental à saúde, que é garantido pelo artigo 196 da

Constituição Federal de 1988 e a Lei no 8.080/1990. Concluíram os autores que há uma limitação quanto a falta de homogeneidade entre os estudos, apresentando como principal limitação a validade externa. Acredita-se que as demandas judiciais contribuíram para a inclusão de algumas medicações nas listagens oficiais. No que tange as tutelas antecipadas a maioria dos casos os magistrados não solicitam maiores esclarecimentos para sua concessão. Assim os pesquisadores constataram não haver dados suficientes para traçar um perfil socioeconômico dos demandantes.

5.2. UM OLHAR SISTEMICO FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

As ciências sociais no Brasil são importantes estudos para avaliação de ações públicas em geral, contudo referenciar aspectos de teorias fazem parte desse processo. Dessa forma, a pesquisa traz Niklas Luhmann (1927- 1998) e suas contribuições científicas para criar ligações e soluções frente a fenômenos de problemas institucionais públicos existentes, como ruptura de paradigmas ou mudança diária em sistemas e ambientes, fatos interferentes nas áreas econômicas, sociais, políticas e culturais atrelada a qualquer estrutura de uma organização, seja na sociedade, portanto aproximar a visão da teoria sistêmica de Luhmann é criar passos para entender a complexidade dada ao universo de governar algo, e compreender a variação de sistemas e subsistemas e suas interligações, assim como o conceito de flexibilidade para automação de ações em um ambiente fechado para o alcance de resultados esperados.

Aproximar correntes teóricas que consideram a sociedade, a individualidade, a comunicação, a flexibilidade e a complexidade de operações internas e externas das estruturas organizacionais são essenciais para atuações mais eficientes, dessa forma em busca de modernas teorias, o pensamento singular da Teoria de Sistemas Autoreferenciais ou Teoria Geral de Sistemas Sociais, contribui e representa essa nova abordagem, para Vidal (2017) “a teoria atribuída a Luhmann constitui significativa contribuição à sociologia e a outras áreas do conhecimento, como o direito, a administração e a teoria organizacional”, Mello (2006) acrescenta que Niklas é considerado cientista político, representante da sociologia alemã e ganhou muita notoriedade na área, e que sua trajetória supera teses tradicionais sociológicas, como dos Sistemas de Talcott Parsons, baseada na hipótese da importância do sujeito na dinâmica da ação social.

Para Melo Junior (2013) o conceito de sistema social desenvolvido Luhmann já tinha base de centralidade atribuídas à anteriores trabalhos de sociólogos, como Talcott Parsons, e que diante o processo natural de evolução as discursões centrais, a contribuição de Niklas marca pela novidade em novas concepções, propondo novos elementos e significados, integrando áreas multidisciplinares, tais como a biologia, a física, a psicologia, a economia, a teoria da comunicação e até cibernética, utilizando-os uma proposta teórica no estudo de fenômenos chamados de autopoiesis e autorreferenciais. É o que ressalta Botelho:

“Importa ressaltar que a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann tomou por base os estudos neurofisiológicos desenvolvidos pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da Biologia, por meio dos quais colocaram a ideia de que o que caracteriza um sistema vivo, animal ou vegetal, em relação aos demais é a sua autonomia, razão pela qual funcionam como verdadeiras máquinas autopoieticas. No espaço físico, a autopoiese constitui, segundo eles, “a condição última, necessária e suficiente, da própria vida”. A riqueza das analogias da teoria e o potencial heurístico das hipóteses formaram um instrumento atrativo de investigação e construção teórica para vários domínios do saber humano, como a biologia molecular, as ciências físicas e matemáticas, a cibernética, dentre outros, alcançando, inclusive, o domínio das próprias ciências sociais” (BOTELHO, 2009, p.2314)

Melo Junior, contextualiza e cita autores referências para o desenvolvimento da teoria sistêmica de Luhmann:

“Na teoria de Luhmann a noção de sistema é central. E é no conceito de sistema desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela que o autor vai se inspirar para propor uma teoria dos sistemas sociais e uma teoria da sociedade contemporânea. Para Maturana e Varela, os organismos vivos, tal como um vegetal, um animal ou uma bactéria são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos. Isso não quer dizer que “tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as ‘partes’ ou os ‘elementos’ de tais sistemas interagem uns com os outros e somente entre si”. “Daí a ideia de fechamento operacional dos sistemas.” (MELO JUNIOR, 2013, p.1)

Stefan Klein (2016) analisa o conceito de autorreferência e a expressão muito particular denominada de autopoiese, e identifica a influência exercida pela concepção sistêmica de um novo olhar sobre a ideia já estabelecida de autorreprodução, termo formulado originalmente pelas obras de Humberto Maturana e Francisco Varela, onde permitiu a Luhmann trabalhar uma noção de referência que fugisse aos termos estabelecidos na sociologia em época, tais como autonomia e reflexividade. Em um apanhado geral referindo-se a uma teoria geral dos sistemas, cita Ludwig von Bertalanffy (1968) que fundamentava suas teses em pontos semelhantes ao de Luhmann, aos quais tinham tratamentos em campos distintos da

ciência, de modo que o levou a cogitar a necessidade de uma nova disciplina, que por sua vez levou os aspectos luhmanniano a denomina de método da análise funcional. Em outro ponto, Luhmann tenta explicar o motivo pelo qual busca certa distância do conceito de identidade e de indivíduo, adotados pela sociologia: ao longo da obra ele reforça, repetidas vezes, que o fundamental é entender em que termos surge a diferença, ou seja, dão-se os repetidos processos de diferenciação. As transformações e o tipo de relação entre sistema e ambiente são observados, por ele, a partir dos conceitos de adaptação e seleção.

Diante os cruzamentos conceituais, Mathis (2004) destaca o processo de produção de Luhmann, pela ótica da teoria, o qual afirma que a sociedade moderna exige uma nova ordem, que passa pela autonomia dos sistemas funcionais, onde exercem funções exclusivas dentro de um meio, que é formado pelo conjunto dos outros sistemas funcionais, que desta maneira restringem a atuação e a abrangência das suas funções, baseada com a redução de grau de liberdade, em função da existência de outros sistemas funcionais, o que também adverti para o grau de risco, haja a vista uma maior participação da sociedade.

Embora Luhmann tenha consolidado sua principal obra no intervalo de tempo citado anteriormente, o processo de desenvolvimento da teoria começa nas décadas de 1960 e 1970, com publicações de artigos esparsos, reunidos em três volumes sob o título de esclarecimento sociológico (*Soziologische Aufklärung*) que trataram, relativamente, da teoria dos sistemas sociais (1970), da teoria da sociedade (1975) e de sistema social, sociedade, organização (1981), e na sua trajetória as obras passam a encorajar de forma efetiva as discursões quanto diversos subsistemas sociais.(KLEIN, 2016)

Vidal (2017, P.277.278) apresenta a convergência que abarca a teoria autoreferencial e o pós estruturalismo atribuído a Harrison White, pressupondo que ambas são definidas como estrutural-funcionalistas ao serem consideradas “alternativas” ao funcionalismo e ao positivismo, aos quais, parte dos críticos, possuem a ideia de desumanização ao igualarem os atores não humanos a coisas, entretanto cita que apesar das características comuns os pensadores partem de pontos de vista epistemológicos opostos, pois enquanto Luhmann permite que as pessoas são “construções comunicacionais”, que só aparecem no processo de comunicação no entorno do sistema, para White, na tentativa de superar os

dualismos tradicionais da sociologia, o pressuposto básico é o denominado “imperativo autocategórico”, que rejeita as tentativas para explicar a conduta humana com base nos atributos dos atores (individuais ou coletivos), embora não exclua suas próprias identidades.

Stefan Klein (2016, p 350) analisa a abordagem Luhminiana e revela que a obra atinge três aspectos fundamentais, universalidade, complexidade e autorreferencia, sendo a complexidade central a definição da teoria, devendo a universalidade ser bem definida dentro do conceito próprio dos estudos de sistemas e ambientes, aos quais podem ser oriundos da biologia, da teoria da interação, da teoria da complexidade, da teoria da personalidade e por daí em diante. Outro ponto relevante seria a ideia da diferença, que explica o conceito de diferenciação, quando aprofundada a discussão o autor cita Luhmann onde afirma que “nem ontologicamente, nem analiticamente, o sistema é mais importante que o ambiente; pois ambos são aquilo que são apenas em referência ao respectivamente outro”. Ainda Klein afirma que, o opus Magnum de Luhmann tiveram aspectos de sua argumentação referente à dinâmica de inclusão e exclusão de produção, na tentativa de abranger vários aspectos referenciais e essa dinâmica identificação de sistemas e subsistemas que em dado momento pode ser alterado, ou transferido no processo de globalização foi diretamente influenciada por narrativas do jurista brasileiro Marcelo Neves, haja a vista referências em algumas notas de rodapé, e para tentar exemplificar recorre ao exemplo do Brasil a fim de ilustrar como os processos de industrialização avançada, que observa como ligados à constituição de uma sociedade funcionalmente diferenciada, são insuficientes para produzir uma forma unívoca de relação sistêmica e destaca:

“(...) Doravante, as especificidades das formas de inclusão e exclusão, observadas à luz da integração funcional-sistêmica, exigiram o seu aprimoramento teórico dinâmica de produção do conhecimento, representa, ao mesmo tempo, uma pequena amostra do que poderíamos chamar do ecletismo luhmanniano em termos disciplinares e, igualmente, em relação aos elementos empíricos que buscava incorporar a sua teoria, nesse caso, inclusive, levando-o a rever traços da dinâmica entre as formas de inclusão, exclusão e integração funcional/sistêmica. Portanto, ainda que relativamente tardia, a publicação de *Sistemas sociais* em língua portuguesa é uma contribuição muito bem-vinda para o debate da sociologia no Brasil. Trata-se, sobretudo para quem está familiarizado com o cânone predominante da teoria sociológica em terras tupiniquins, de uma leitura de caráter misto tanto arenosa quanto instigante.(KLEIN, 2016, p356)

Superado o introdutório da teoria sistêmica de Luhmann, será tomado por base o estudo da douta Ribeiro (2021) que tem por objeto a complexidade da

judicialização da saúde, em específico o acesso a medicamentos, sob o prisma sistêmico pelo fato deste fenômeno possuir uma natureza complexa⁴² e interdisciplinar⁴³. Para isso, a autora perfaz a percepção do fenômeno através de 5 quesitos (complexidade, a, autorreferencialidade, acoplamento estrutural, comunicação e tomada de decisão)⁴⁴.

A complexidade na judicialização da saúde pode ser pautada por diversos fatores, tais como, a afetação na governança estatal, pelo fato que como recurso governamental é limitado com base na política pública do ente demandado, a judicialização vem como afetar diretamente o que foi proposto, podendo então restringir o acesso à saúde pública da sociedade por falta de recursos. A autorreferencialidade se concretiza quando o sistema jurídico se fecha em seu conhecimento e o resultado tem uma característica mais simbólica do que concreta, uma vez que quando tem-se uma larga escala de decisões individuais favoráveis, denota-se que a judicialização não está atingindo em sua plenitude o direito social, mas sim casos pontuais que tiveram acesso ao judiciário. E com isso vem à tona a necessidade do acoplamento estrutural em o sistema judicial e o político administrativo para que assim haja uma mudança da autorreferencialidade para a heteroreferencialidade. E este processo se perfaz através de uma comunicação efetiva entre os sistemas. O que interfere diretamente na tomada de decisão, devido ao fato das decisões estarem centradas no conhecimento normativo dos magistrados enquanto direito fundamental a saúde, sem analisar a política pública que o ente possui para o atendimento das demandas coletivas da sociedade.

⁴² “A percepção da judicialização da saúde referente à política de medicamentos a caracteriza como um fenômeno complexo de sobrecarga de demandas judiciais no sistema de direito, o que denota que dentre as causas uma desorganização causada pela ausência de regras para o procedimento judicial que envolve as políticas públicas”. (Ribeiro, 2021. P 49)

⁴³ A interdisciplinariedade ocorre porque, pois, estabelece relação a duas áreas já que são a jurídica, bem como a político administrativa. “Todavia se referido fenômeno no sistema jurídico proporciona o acesso ao direito à saúde, diferentemente, no sistema político administrativo o mesmo fenômeno é permanentemente restringido, em função dos custos que as demandas judiciais acarretam para a administração pública”. (Ribeiro, 2021. P 16)

⁴⁴ A complexidade é caracterizada pelo excesso de possibilidades de ação, uma vez que o ambiente contém muito mais complexidade que o sistema. O sistema autorreferencial é aquele que permite a construção de operações próprias, garantindo, inclusive a previsibilidade de operações futuras. O Acoplamento estrutural é o mecanismo pelo qual um sistema social utiliza as estruturas de funcionamento de outro sistema social para realizar o próprio processo comunicativo. A comunicação é o meio utilizado para a reprodução autopoietica dos sistemas. É o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação. Na tomada de decisão o objeto de debate não só se refere às alternativas De processos a de tomada de decisão de alocação orçamentária, especialmente em razão da insuficiência dos recursos atualmente alocados, como também no tocante à desorganização do estado na definição e implementação de políticas.

Ribeiro então conclui que o fenômeno da judicialização tem os seguintes efeitos: a complexidade não possui uma solução única, mas sim vinculada diretamente a política pública instituída e somente assim poderia reduzir os níveis de complexidade do ambiente. Autorreferencialidade se dá com base estritamente ao direito fundamental à saúde sem levar em conta a política pública, buscando assim “a conquista de opiniões públicas, a que a efetividade do direito a saúde”. Da mesma forma que na jurisprudência brasileira vigora o princípio da solidariedade, ou seja, qualquer ente federativo está obrigado a realizar a prestação judicial em relação as demandas da Saúde e isso quer dizer que mais uma vez se enxerga o desrespeito as atividades de governança estatal. Para o acoplamento estrutural é necessário para que as decisões sejam acertadas quando se analisa para além da norma, ou seja, “as políticas sanitárias em concomitância com a norma. Da mesma forma que “existem fluxos comunicacionais que circulam no ambiente da sociedade carregando expectativas de saúde”, como por exemplo as audiências públicas. E por fim as tomadas de decisão são pautadas por magistrados que não possuem o conhecimento técnico de uma política pública, “ilustrando uma enorme carência cognitiva dos operadores do direito quando da decisão judicial no acesso a medicamentos”.

5.3. PARAMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL

Para o desenvolvimento deste tópico utilizará a obra do Ministro e Doutor Luis Roberto Barroso (2007) para demonstrar os parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos. Amplamente já discutido neste trabalho o paralelo entre o massivo número de ações judiciais para o fornecimento da saúde, o qual o autor se dedica em estudar o fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva. Desta forma o mesmo apoia seu estudo demonstrando que as normas constitucionais começaram a ter força normativa e de aplicabilidade direta pelos magistrados e as sentenças que determinam o fornecimento gratuito dos medicamentos pela administração pública é o exemplo desta força, visto que se pauta na norma constitucional garantidora da saúde. Porém o excesso de determinações sem critérios mínimos pode levar a falência das políticas públicas de saúde, podendo inviabilizar que o Estado cumpra sua função constitucional no que se refere a saúde. Procurando

desenvolver uma reflexão teórica do tema com o proposto de contribuir para a racionalização do problema com a elaboração e critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial na matéria.

Para isso deve-se rememorar a doutrina da efetividade, que é tornar as normas constitucionais com aplicação direta e imediata, dotadas assim com o atributo da imperatividade. Mas atualmente tal doutrina deve ser balanceada com novas formulações de base pós-positivista, havendo necessidade de ponderar algumas situações, especialmente as que tangem os princípios e direitos fundamentais. Para Esclarecer o Autor demonstra a teoria dos princípios associada a uma teoria dos direitos fundamentais, abrigo então um valor, um fim. E em uma ordem jurídica pluralista, tem-se princípios que divergem quando se confrontam e nesse momento cabe a autoridade ponderar qual é mais pertinente para a situação.

E por isso a interferência do poder judiciário acerca do tema, abre o diálogo demonstrando o espaço da atuação judicial, em virtude do poder judiciário ter a função e interpretar as normas, resguardando os direitos e assegurando o respeito ao ordenamento. Ao tratar do tema versado, entrega de medicamentos, pode notar que resultam duas consequências: Como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização; e em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A partir de então se é apresentado críticas à judicialização excessiva. A primeira é sobre o texto do artigo 196 que traz que a garantia a saúde se dá por meio de políticas públicas e econômicas. Outra é a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação constitucional, causando assim um problema no desenho institucional. Uma terceira crítica diz respeito a questão da legitimidade democrática, uma vez que as sentenças subtraem o poder decisório daquelas que são responsáveis para tal ato. E a crítica mais usual seja a financeira, pautada sob a égide da reserva do possível, o que os recursos públicos seja insuficiente para atender todas as necessidades sociais. E mais recentemente vem se discutindo de como o grande número de demandas judiciais vem provocando a desorganização da Administração Estatal. Por último ainda a crítica técnica, o qual o judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instruir políticas de saúde.

A partir do exposto, o autor sugere alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento dos medicamentos. Assim em relação as demandas individuais que no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. Com isso há uma análise técnica na eficácia do medicamento, garantindo a universalidade das prestações e preservando a isonomia do atendimento dos cidadãos. Em relação as ações coletivas vêm como parâmetro a possibilidade de alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, exigindo um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas. Terá um foco maior na macrojustiça e devido ao efeito erga omnes preserva a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ainda tratando das demandas coletivas o estudo aponta parâmetros complementares: o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; e o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida. E por fim em relação à legitimação passiva o autor traz que o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido, pois o judiciário vem entendendo pela responsabilização solidária devido a competência comum.

Desta forma pode-se arrematar que a partir dos parâmetros apresentados, as ações individuais devem se ater nas listas elaboradas pelo poder público e a demanda deve ser efetivada ao ente que criou a lista; as ações coletivas ou abstratas será possível a discussão de inclusão de novos medicamentos nos referenciados pelo poder público; e nas ações coletivas a judiciária deve se ater em medicamentos com eficácia comprovada, disponíveis no brasil e de menor custo.

5.4. ANÁLISE DO TEMA SOB A ÓTICA NACIONAL

De acordo com o recente estudo do CNJ, o qual foi coletado números de novos casos as demandas judiciais sobre o tema continuam em constante crescimento, veja na tabela a seguir:

Figura 3 - Quadro da quantidade de novos casos nos tribunais de justiça entre 2015 a 2020

Região Geográfica	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Norte	6.336	8.809	18.433	11.266	15.725	6.852	67.421
Nordeste	41.152	50.957	65.220	65.702	63.209	53.514	339.754
Sudeste	190.609	173.706	188.262	147.292	188.161	47.005	935.035
Sul	72.315	68.464	73.794	72.829	84.982	312.999	685.383
Centro Oeste	11.983	18.511	21.729	29.308	75.556	66.053	223.140
Total	322.395	320.447	367.438	326.397	427.633	486.423	2.250.733

Fonte: Judicialização e saúde, CNJ. 2021

Note que em números totais dentre os 5 anos pesquisados de pouco mais de 50 % das ações que tratam do tema saúde, ou seja o judiciário estadual/distrital brasileiro foi demandado 160 mil vezes a mais em 2020 do que em 2015. Mas o que se admira é que 1% da população brasileira procurou o poder judiciário estadual para que o estado provenha o direito a saúde. No âmbito Federal, mesmo que em menores proporções também se nota um aumento das demandas em saúde. Neste, o crescimento das novas demandas fica ainda maior, ficando em 61% no decorrer dos cinco anos analisados, alcançando o total de pouco mais de 265 mil ações federais instituídas neste lapso temporal, veja na tabela a seguir

Figura 4 - Quadro da quantidade de novos casos nos tribunais federais entre 2015 a 2020

Tribunais Federais	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
TRF1	14.821	20.985	14.579	13.137	12.998	11.778	88.298
TRF2	4.193	4.173	4.066	4.214	4.948	4.503	26.097
TRF3	1.765	3.579	1.013	1.835	2.624	2.344	13.160
TRF4	12.340	14.344	13.235	12.014	13.557	27.912	93.402
TRF5	3.554	4.058	7.837	9.157	7.668	12.237	44.511
Total	36.673	47.139	40.730	40.357	41.795	58.774	265.468

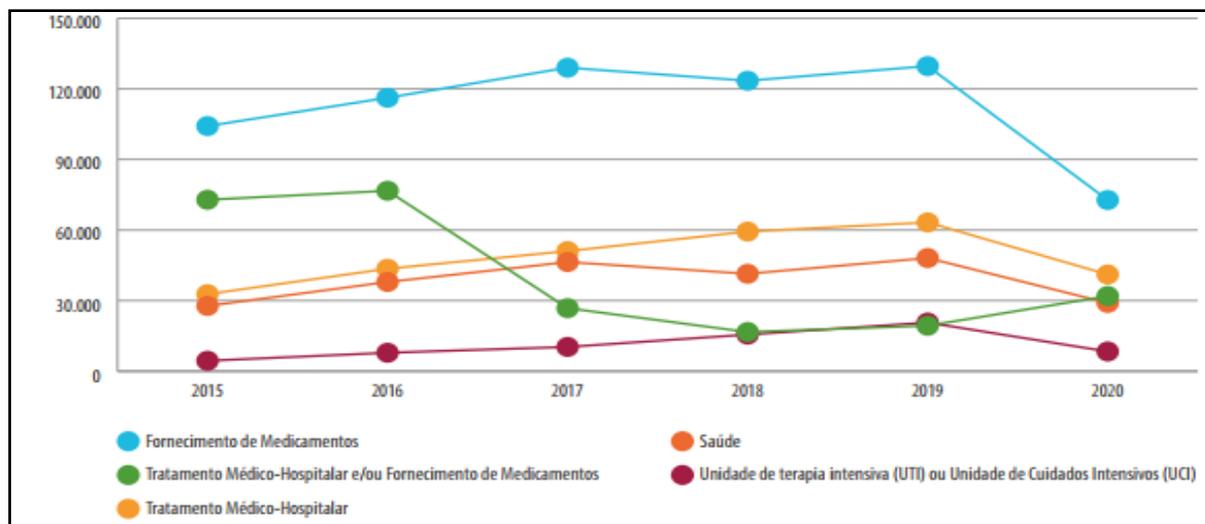
Fonte: Judicialização e saúde, CNJ. 2021

Em comparação ao âmbito estadual/distrital, a União é demandada praticamente 10 vezes menos do que os municípios, estados e o distrito brasileiros. Porém se for comparar em números de unidades Federativas, tem 26 estados, 5568 municípios e um distrito federal, totalizando 5595 unidades federativas. Com isso, de maneira geral (sem medir a quantidade populacional de cada um) se torna capaz de visualizar que é uma média de 402 processos por unidade Federativa. E se fizer a comparação em números de tribunais teriam uma média de quase 12 mil processos por tribunal na esfera federal e quase 84 mil por tribunal estadual/distrital.

O relatório traz a demandas pelos principais Assuntos, que são: Fornecimento de medicamentos; tratamento de médico-hospitalar e ou fornecimento

de medicamentos; tratamento médico hospitalar; saúde; unidade de terapia intensiva (UTI) ou Unidade de cuidados Intensivos (UCI), veja:

Figura 5 - Gráfico da Quantidade de novos por assuntos judicializados entre 2015 a 2020



Fonte: Judicialização e saúde, CNJ. 2021

O gráfico acima deixa claro que a grande maioria de demandas judiciais tratam de fornecimento de medicamentos visto que a linha azul, mesmo no seu menor índice (ano 2020), se encontra acima dos 60 mil casos e ainda tem a linha verde que também pode haver o fornecimento de medicamentos conforme legenda.

Na mesma toada é importante ressaltar os processos com concessão de liminar, veja a próxima tabela:

Figura 6 - Quadro do percentual de Processos com e sem concessão de liminar por grupo de assuntos

Grupo de Assuntos	% de Processos com Concessão de Liminar	% de Processos sem Concessão de Liminar
Fornecimento de Medicamentos/insumos	83,0%	17,0%
Hospitais e Outras Unidades de Saúde/ Internações/ UTI e UCI	86,3%	13,7%
Planos de Saúde	70,7%	29,3%
Saúde Mental	86,9%	13,1%
Saúde/SUS	80,4%	19,6%
Tratamento Médico-Hospitalar	81,9%	18,1%
Total	80,8 %	19,2%

Fonte: Judicialização e saúde, CNJ. 2021

Note que a maioria esmagadora vem com a concessão de liminar. No caso de fornecimento de medicamentos gira em torno de 83% contra apenas 17% sem a concessão. Sendo este um ponto para tratar com muito cuidado, pois afeta diretamente o conflito feito por Amaral (2001) entre a macrojustiça x microjustiça. As

tutelas emergências fazem com que o Estado compre com mais celeridade e não conseguindo compor um preço mais razoável nesta aquisição afetando ainda mais a questão da limitação de recurso Estatal. Contudo, não deve esquecer que o direito a saúde é fundamental e que os demandantes necessitam de urgência para a manutenção plena de sua saúde. Por isso, que neste ponto é notada a importância da governança pública⁴⁵ com a adoção de políticas que realmente ensejam os anseios da sociedade.

E em relação o percentual de deferimentos em relação aos processos julgados segue o mesmo raciocínio que acabou de acompanhar em relação as liminares, ou seja, os mesmos de 83%, no caso de fornecimento de medicamentos, têm as demandas procedentes integralmente, se igualando numericamente, sendo coincidência ou não, com os de liminares concedidas, somando ainda mais de 9% que tiveram seu pedido aceito de forma parcial. E os demais assuntos levantados seguem a mesma linha, veja:

Figura 7- Quadro do percentual de deferimentos em relação aos casos novos e processos julgados

Grupo de Assuntos	% procedente sobre julgados	% não procedente sobre julgados	% parcialmente procedente sobre julgados
Fornecimento de Medicamentos/insumos	83,0%	7,7%	9,3%
Hospitais e Outras Unidades de Saúde/ Internações/UTI e UCI	84,2%	8,2%	7,6%
Planos de Saúde	42,9%	36,8%	20,3%
Saúde Mental	80,3%	8,2%	11,5%
Saúde/SUS	77,7%	10,2%	12,1%
Tratamento Médico-Hospitalar	80,7%	9,3%	10,0%
Total	71,6%	15,9%	12,5%

Fonte: Judicialização e saúde, CNJ. 2021

Isso demonstra que o magistrado tende a conceder as demandas acerca da matéria tendo por base a garantia do direito fundamental sem analisar a capacidade estatal ou se o pedido se enquadra na política pública daquele ente que foi demandado. É claro que com apenas os números apresentados neste tópico não tem o condão de garantir a tendência supracitada. Por isso no próximo capítulo

⁴⁵ O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, trata a governança pública como um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”

o estudo irá estreitar a pesquisa para os municípios de Belém e Ananindeua, para assim trazer dados que oferte mais concretude para as conclusões deste trabalho.

6. RESULTADOS E DISCUSSÕES DA PESQUISA

O foco deste trabalho é demonstrar se o acesso de medicamentos, através, pelas vias judiciais afeta a gestão das prefeituras de Belém e Ananindeua, ambas cidades do estado do Pará.

O município de Belém é a capital paraense distribuída em uma Área de pouco mais de 1 milhão de quilômetros quadrados, com uma população de 1,5 milhões de pessoas. Sua fundação e emancipação ocorreu em 12 de janeiro de 1616 (406 anos), tendo um IDH de 0,76 com um PIB per capita de R\$ 20.562,10⁴⁶. Já o município de Ananindeua, fundado em 03 de janeiro de 1944 (78 anos), se trata de um município limítrofe a capital, considerado parte da região metropolitana. Sua área é de 190 mil quilômetros quadrados (em torno de 1/5 da área da capital paraense), com uma população de mais de 500 mil habitantes, tendo o IDH de 0,718 e um PIB per capita de R\$ 12.339,62.⁴⁷

Para isso, a pesquisa utilizará o triênio 2019 a 2021 para obtenção da coleta de dados a serem analisados. Desta feita, este capítulo se dividirá em 3 partes: análise dos processos em relação ao assunto saúde demandados nos respectivos anos no tribunal de justiça do Pará a partir dos dados coletados no CNJ; análise dos processos demandados para o município de Belém através da pesquisa no PJE do TJ-PA; E ao fim, uma discussão dos resultados encontrados.

6.1. DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS A SAÚDE NO TRIÊNIO 2019/21 NO TJ/PA

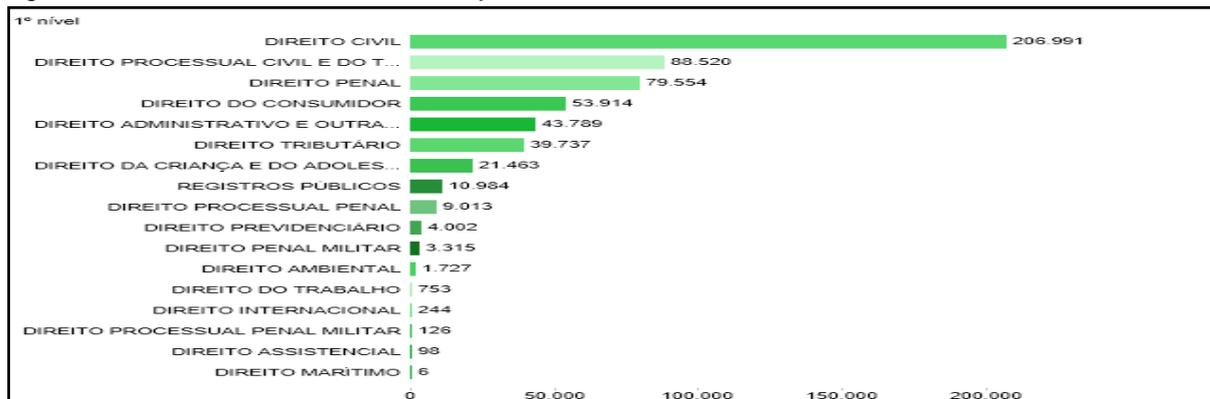
A partir da pesquisa Realizada pelo CNJ, chega aos seguintes números de novas demandas relativas à saúde no TJ/PA.

No primeiro ano pesquisado o Tribunal respectivo obteve 564.236 novas demandas e diferente dos outros anos que será visto a seguir o primeiro nível não há direito a saúde em separado veja:

⁴⁶ Dados obtidos em: < [https://pt.wikipedia.org/wiki/Bel%C3%A9m_\(Par%C3%A1\)>](https://pt.wikipedia.org/wiki/Bel%C3%A9m_(Par%C3%A1)>)

⁴⁷ Dados obtidos em:< [>](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ananindeua)

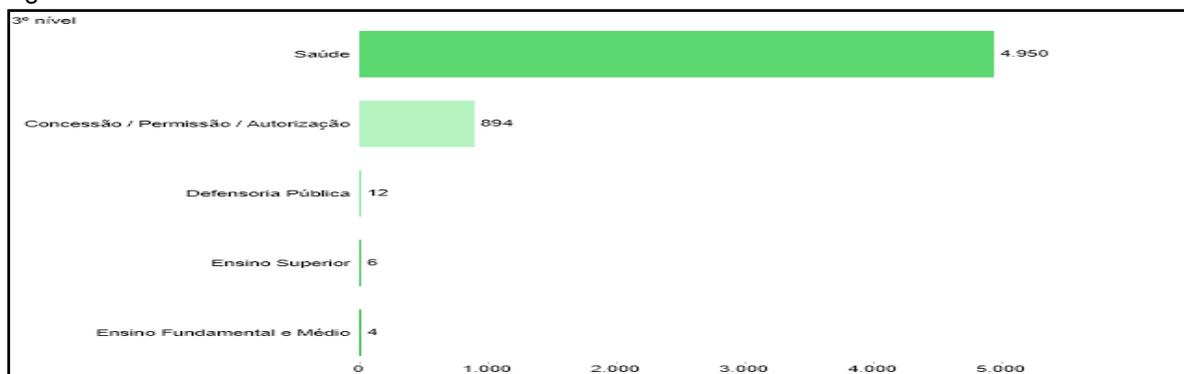
Figura 8 - Gráfico das novas demandas judiciais em 2019 no TJ/PA



Fonte: Painel CNJ

Intensificando a pesquisa notou-se que as demandas relativas à saúde estavam em um subnível de Direito administrativo obtendo 4.950 demandas sobre o tema, representando 0,88% dos processos recebidos por este tribunal, veja o gráfico abaixo. É importante frisar que por estar incluído no direito administrativo leva-se a crer que está sendo contabilizado apenas o da saúde pública.

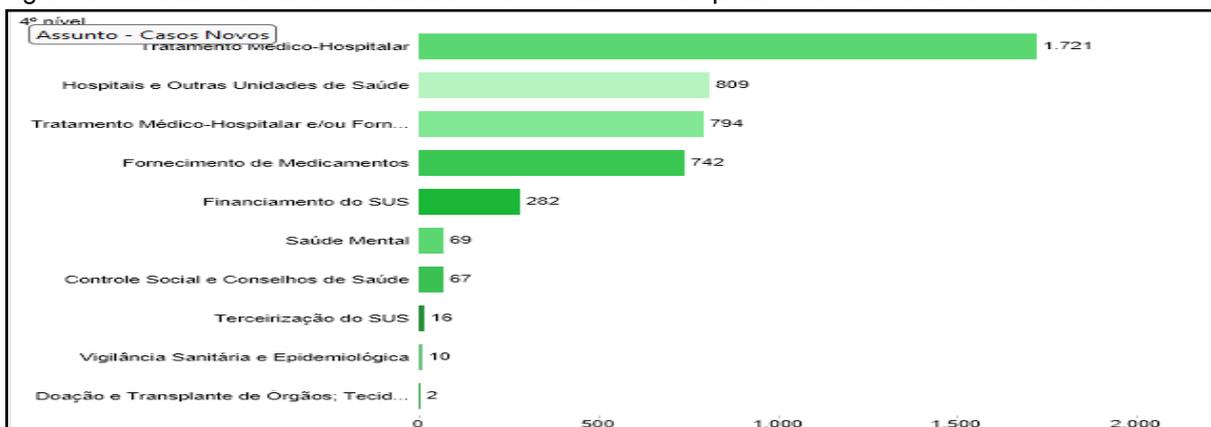
Figura 9 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2019 do TJ/PA



Fonte: Painel CNJ

Neste ano os processos relativos à saúde pública foram divididos da seguinte maneira:

Figura 10 - Gráfico das novas demandas do assunto saúde pública no ano de 2019 do TJ/PA

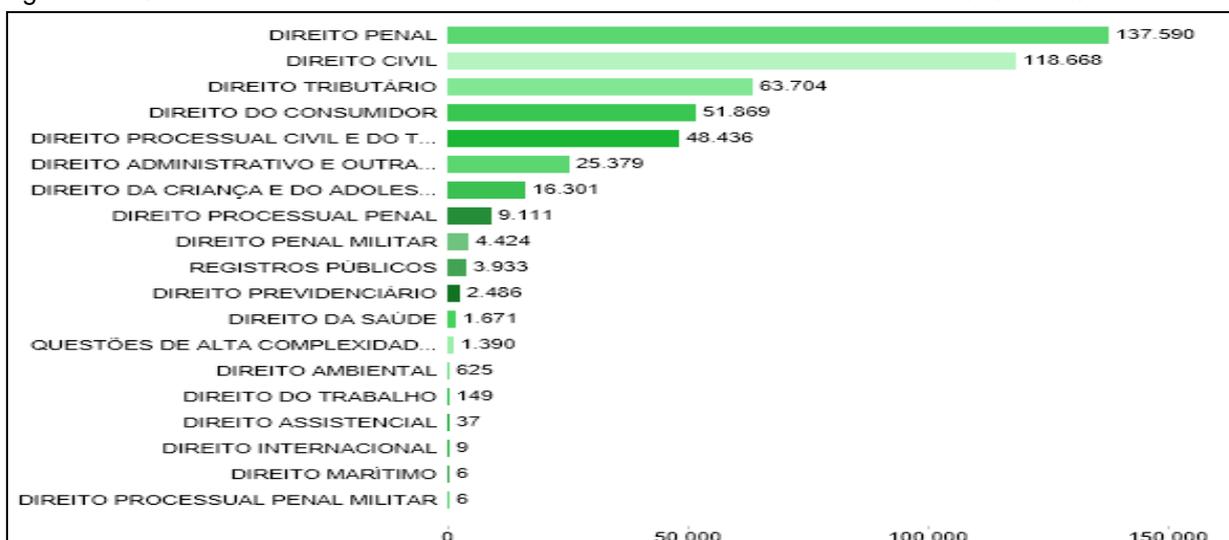


Fonte: Painel CNJ

Assim nota-se que em 2019 houve 742 pedidos exclusivamente relativos a fornecimento de medicamentos, o que representa 15% do total das ações com o tema saúde. Entretanto note no quadro acima que a um assunto chamado Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos com 794 demandas e dentro dessas não há possibilidade de precisar o que se trata especificamente de fornecimento de medicamentos, não podendo desta forma precisar com exatidão a porcentagem que demandas que tratam exclusivamente de medicamentos.

No ano de 2020, este tribunal recebeu 485.794 novas demandas, dentre estas recebeu 1.671 com o assunto Direito a Saúde, mais 1.390 com o assunto questões de alta complexidade. Imperioso ressaltar que as demandas relativas a questões de alta complexidade são 100% relativas a COVID-19. Veja o gráfico:

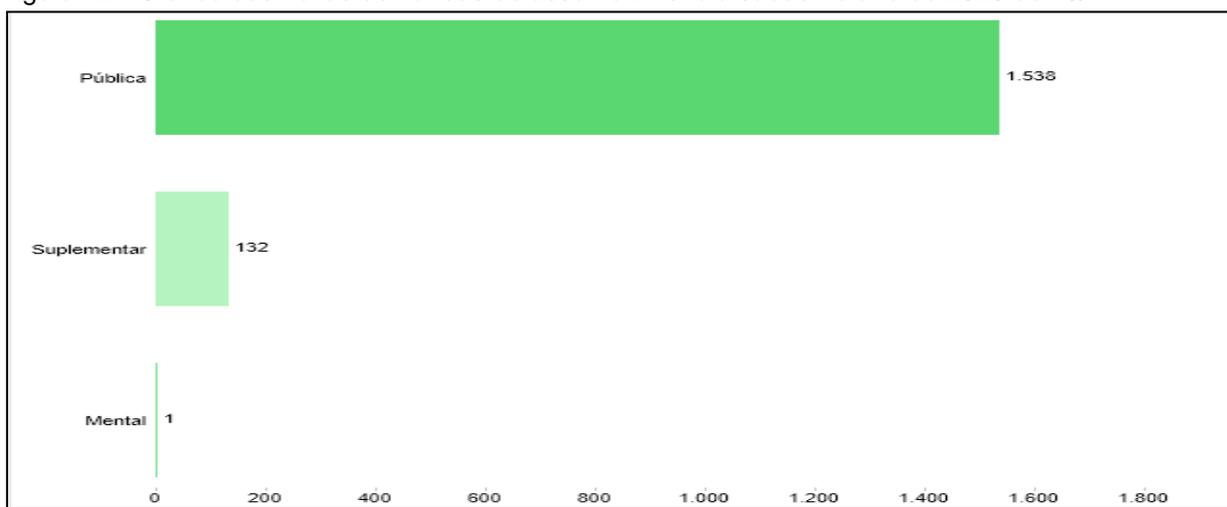
Figura 11 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2020 do TJ/PA



Fonte: Painel CNJ

Desta forma foram um total de 3061 demandas recebidas por este tribunal que trata da matéria saúde. Como já dito, deste total 1390 foram exclusivamente para o assunto COVID-19, por isso dando continuidade, a pesquisa passará a analisar os 1671 restantes. Estes são divididos em 3 classes: saúde pública; suplementar, e mental (não será contabilizado por falta de dados se é público ou não), veja o gráfico:

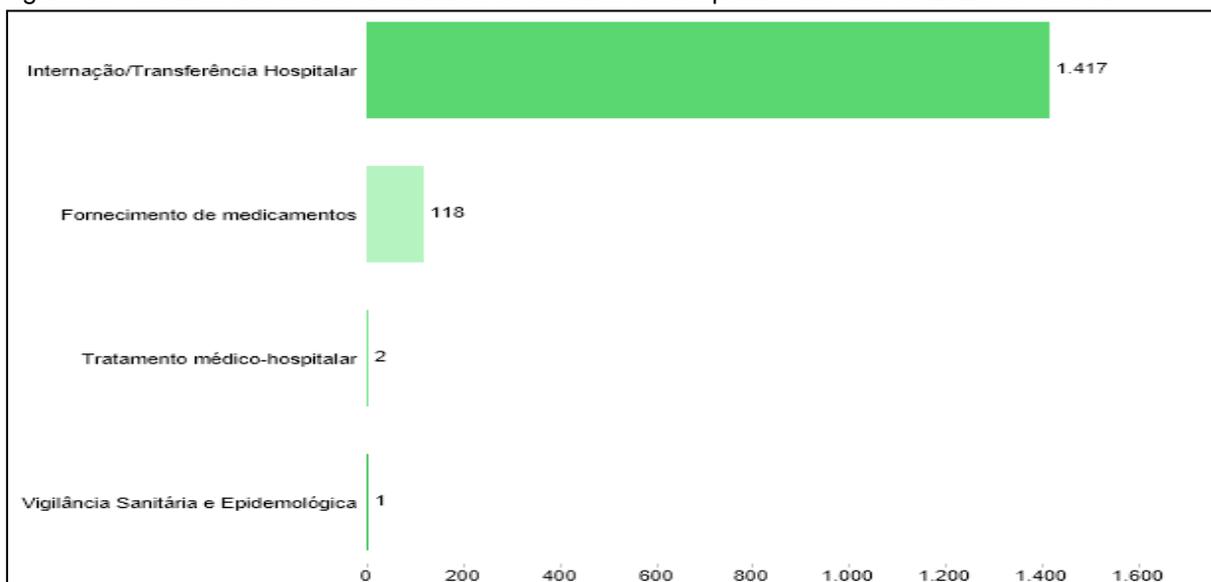
Figura 12 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2020 do TJ/PA



Fonte: Painel CNJ

Notem que 1538 (94,4%) dos processos são para saúde pública e estes estão divididos em 4 assuntos que são: internação/transferência hospitalar; fornecimentos de medicamentos; tratamentos médico-hospitalar; e vigilância sanitária e epidemiologia, veja o gráfico:

Figura 13 - Gráfico das novas demandas do assunto saúde pública no ano de 2020 do TJ/PA

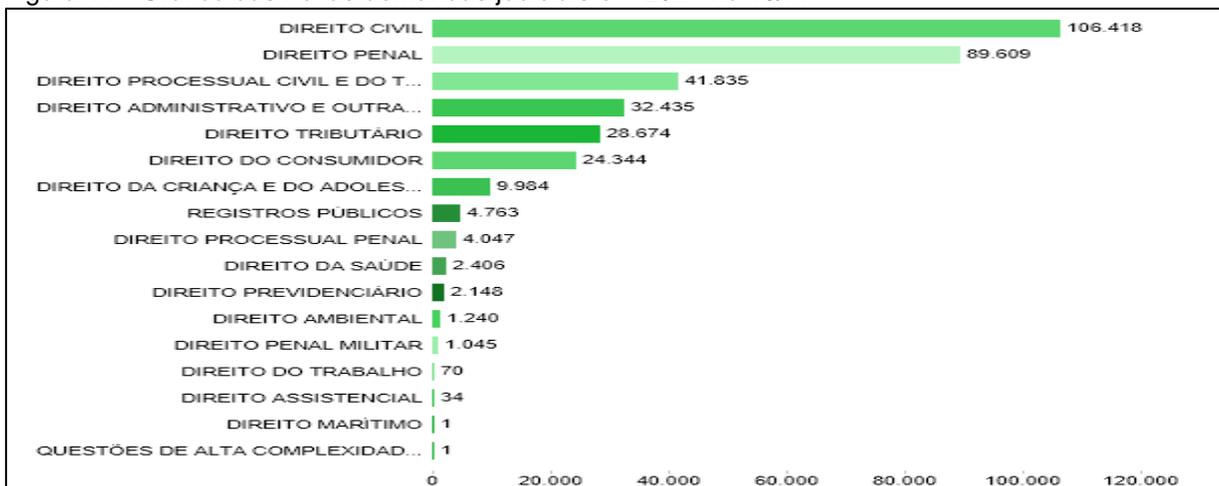


Fonte: Painel CNJ

Assim nota-se que as demandas referentes a saúde pública foram os casos de internação/transferência (1471), seguida das demandas que são objeto desta pesquisa, as de medicamentos, com 118 novos casos.⁴⁸

Já no ano de 2021 o TJ/PA recebeu 349.054 novas demandas, seccionados conforme gráfico abaixo:

Figura 14 - Gráfico das novas demandas judiciais em 2021 no TJ/PA



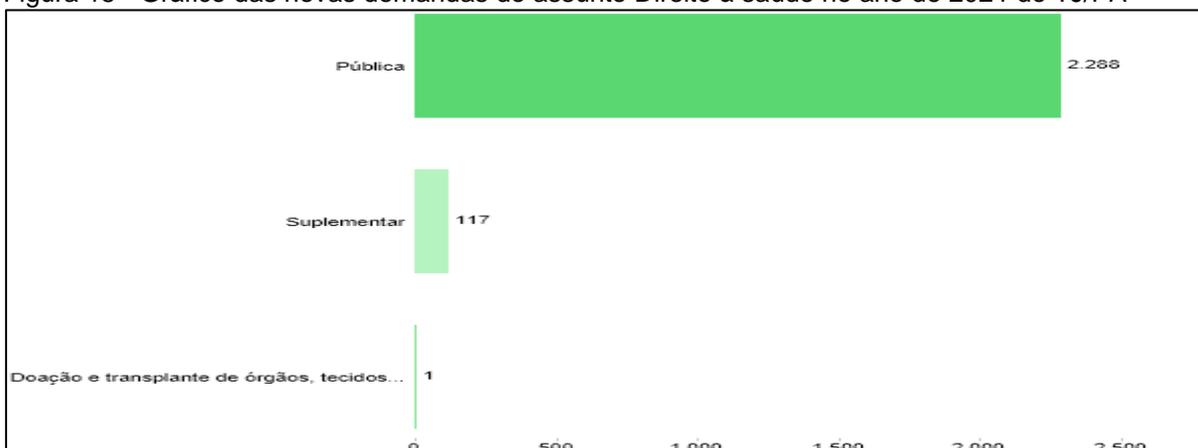
Fonte: Painel CNJ

Em relação ao ano de 2021 tem-se 2407 processos com o assunto saúde, divididos em 2406 com o assunto direito da saúde e apenas 1 com o assunto de questões de alta complexidade, com o sub-assunto COVID-19. Da mesma forma

⁴⁸ Imperioso ressaltar que não se pode precisar do que se trata as demandas com o assunto COVID-19. Tais demandas podem ser saúde pública ou privada, internação, medicamentos ou qualquer outro assunto. Por isso não foi contabilizado para esta análise.

dos dados apresentados de 2020, não será levado em consideração o processo com assunto questões de alta complexidade pela pouca especificidade do mesmo. Assim, dentre os processos com assunto direito da saúde, estão divididos da seguinte forma:

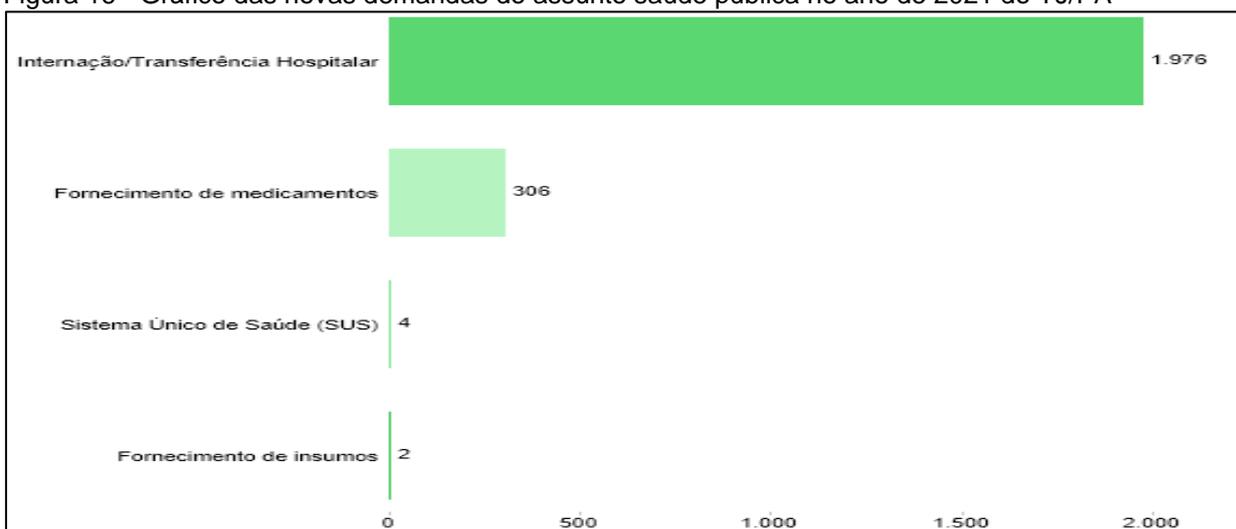
Figura 15 - Gráfico das novas demandas do assunto Direito à saúde no ano de 2021 do TJ/PA



Fonte: Painel CNJ

Neste ano, não foi diferente que o anterior já analisado, tem 95,1 % (2288) de saúde pública daqueles vinculados com direito à saúde (da mesma que o processo de 2020 com o assunto mental foi desprezado na análise, neste ano não será considerado o assunto Doação e transplante de órgãos por falta de dados se trata de saúde pública ou privada). E dentre estes foram divididos em 4 assuntos, internação/transferência hospitalar, fornecimentos de medicamentos, sistema Único de saúde (SUS) e fornecimento de medicamentos da seguinte forma:

Figura 16 - Gráfico das novas demandas do assunto saúde pública no ano de 2021 do TJ/PA



Fonte: Painel CNJ

Destarte ao apresentado até o momento nota-se que no período escolhido para a pesquisa alcança um total de 5.468 processos referente a saúde no estado do Pará acionados perante seu Tribunal de Justiça, sendo de bom alvitre mencionar que não foram coletados dados referentes ao Tribunal Federal pois este trata de demandas da União e não dos Municípios. E dentro deste conjunto tem 3827 novas demandas relacionados a saúde pública, que corresponde a 70% do total ajuizados entre 2020 e 2021. Especificando um pouco mais chega-se a 424 demandas relativas a fornecimento de medicamentos.

A partir de então, o próximo tópico irá analisar quantos destes processos concernentes a fornecimento de medicamentos foram ajuizados em desfavor das prefeituras de Belém e Ananindeua, de uma forma mais minuciosa e criteriosa para assim tratar o objeto deste trabalho de uma forma mais palpável, com uma discussão consolidada.

6.2. DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS A SAÚDE EM DESFAVOR DOS MUNICÍPIOS DE BELÉM E ANANINDEUA

Os dados obtidos neste tópico foram extraídos através de uma pesquisa no site do portal do Processo Eletrônico do tribunal de justiça do estado do Pará para as demandas de iniciadas na primeira instancia judicial. Para balizar a pesquisa foi utilizado alguns filtros sendo eles: o assunto “medicamento”, para filtrar apenas os processos que o demandante havia citado esta palavra; o período estipulado para a realização da pesquisa, ou seja do primeiro dia de 2019 ao último de 2021; e como parte os nomes dos municípios “Belém” e “Ananindeua” para conseguir filtrar aquelas demandas na qual tais municípios participam no polo passivo.

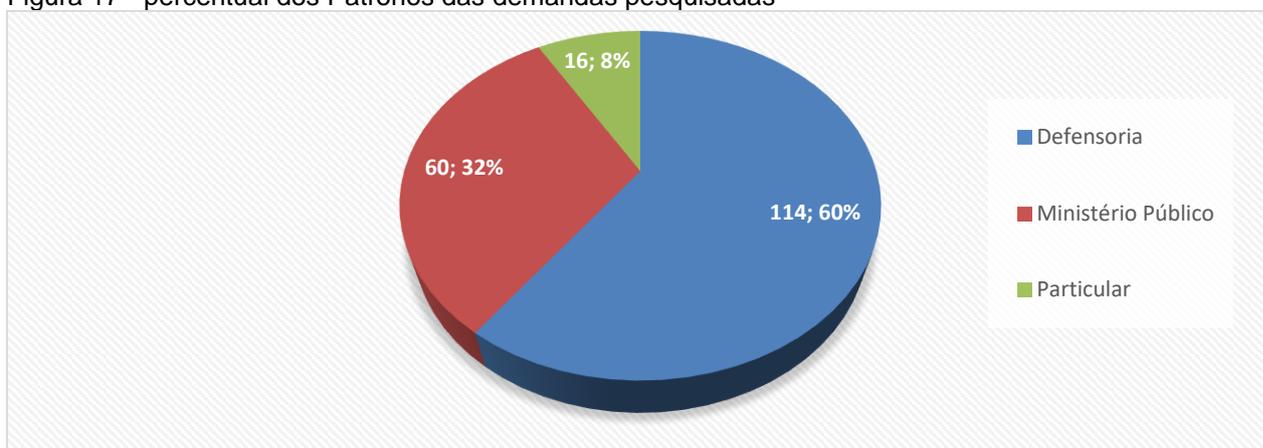
A partir daí a pesquisa se concentrou em 190 demandas judiciais, sendo que deste total 122 se concentram para a Capital paraense e 68 para o município de Ananindeua. A coleta inicial dos dados focou nos seguintes pontos: o pedido é de medicamentos; o município é a única parte demandada no processo; sexo do requerente; idade do requerente; representa judicial do requerente; valor da causa; há pedido liminar; qual a decisão liminar; solicitou documentos específicos para

proferir decisão liminar; situação do processo; duração do processo; decisão final; medicamento solicitado na demanda.

Desta forma antes de analisar se o pedido é exclusivo de medicamentos pode-se extrair importantes dados para uma reflexão futura. Dentro de todo o universo pesquisado apenas 48 demandas têm como parte requerida apenas o município (27 para Belém e 21 para Ananindeua), as outras 142 ações o Estado do Pará configura como polo passivo das demandas pesquisadas, juntamente com os respectivos municípios.

A Defensoria atua em 94 das 122 ações contra o município de Belém, o Ministério Público em 17 (uma delas em causa própria como parte interessada) e em 11 demandas que o patrono é um advogado Particular. Já em Ananindeua, no período pesquisado há uma maior participação do Ministério Público com 43 ações sendo o patrono da ação, 20 sendo pela Defensoria Pública e 5 com um advogado particular, totalizando 114 processos para Defensoria, 60 para o Ministério Público e 16 conduzidos por advogados particulares.

Figura 17 - percentual dos Patronos das demandas pesquisadas



Entretanto a pesquisa balizou em um fato inusitado, pois dentro do universo pesquisado, apenas 43 processos (28 Belém / 15 Ananindeua) tinham medicamentos como objeto da ação, ou seja, pouco mais de 22% que realmente tratam do tema desta pesquisa. E partir deste novo universo apresentado é que os próximos dados serão apresentados, deixando as discussões para a próxima unidade deste capítulo.

E dentro desse universo nota-se que há uma repetição nos dados apresentados acima, uma vez que dentro do universo de 43 processos em 13 processos (8 Belém / 5 Ananindeua) o município atua exclusivamente como parte requerida. Os demais

há o chamamento do Estado do Pará juntamente com o Município. Na mesma toada, a questão de patrono da causa a defensoria pública atua na maioria dos casos (23 processos), seguido do Ministério Público (17 processos) e pôr fim a advogado particular em 3 demandas.

Analisando as características pessoais dos demandantes, sexo & idade, alcança aos seguintes números; Para a o quesito idade constatou que não um sexo preponderante entre as demandas, apenas uma pequena maior incidência para o sexo feminino, o que acompanha a realidade nacional e do estado paraense onde a sexo feminino tem a população levemente maior que a masculina.

Figura 18 - Gráfico do sexo dos demandantes



Já em relação a idade, através de dados estatísticos monta-se a uma tabela com sete classes com intervalo de idade de 14 anos, e nela notará que o maior quantitativo de demandas foram em pessoas que possui idade entre 42 e 56 com 11 ações seguida de pessoas na faixa de 28 e 42 anos com 9, veja:

Figura 19 - Tabela Idade dos demandantes

Idade	Qtd	%
0 - 14	4	9%
14 - 28	7	16,5%
28 - 42	8	19%
42 - 56	11	25,5%
56 - 70	6	14%
70 - 84	6	14%
84 - 98	1	2%

Total	43	100%
-------	----	------

Já nos quesitos processuais coletados dentre as 43 demandas apenas 2 não pediram a tutela antecipada na lide, ressalta-se que estas duas ações tratam de cumprimento de sentença. E em relação a decisão liminar é mais interessante apresentar os dados por municípios para um melhor entendimento. Sendo assim, dentre as 28 demandas no município de Belém a concessão ocorreu em apenas 9 demandas, houve apenas um indeferimento e 18 não houve a análise no pedido de liminar. E este fato ocorreu pois houve a celeridade na marcação da audiência, que ocorria com menos de um mês do início da lide. Da mesma forma, em apenas 5 demandas o magistrado solicitou documentos além daqueles apresentados na inicial.

Para os 15 processos de Ananindeua nos 13 pedidos que foi solicitado a tutela antecipada foi concedido, não solicitando documentos adicionais, entretanto em 5 destes o Magistrado quis ouvir a parte demanda antes de proferir a decisão.

Analisando a decisão final 29 ações obtiveram a procedência do pedido, 6 continuam sem a decisão final, 1 foi indeferido e 7 foram extintos com ou sem resolução do mérito. Nestas 7 demandas, em 2 delas a extinção ocorreu por que o demandante conseguiu o êxito do seu pedido antes da decisão final, seja pela via administrativa, seja pela tutela antecipada; Em 1 dos casos o autor faleceu no curso da demanda ocorrendo a extinção por sua intransmissibilidade; em 2 houve a litispendência⁴⁹ processual; Outros 2 foi declarada a Incompetência; E em um a extinção ocorreu por falta das condições da ação necessárias para o andamento do processo. Assim, contabilizando as lides procedentes com a 2 que obtiveram o êxito antes da decisão final chega ao resultado de 71% dos casos dentro do período estudado os autores obtiveram êxito nos seus pedidos de medicamentos.

Em Relação a situação processual 33 processos estão arquivados e 10 processos ainda em andamento. Aqui a reflexão se encontra nos 4 processos que houve a procedência, mas ainda não houve seu arquivamento. Destes quantitativo, um continua em andamento judicial porque está se discutindo a questão de honorários (não tem interesse ao autor da causa, apenas para o patrono), outro para

⁴⁹ Estado de um litígio conduzido simultaneamente perante dois tribunais do mesmo grau, um e outro igualmente competentes para julgá-lo, o que leva a providenciar que o processo seja retirado de um em favor do outro

o cumprimento de sentença e os dois estão em segunda instância para extinguir a procedência dada na primeira instância. Em relação a duração processual estes 33 processos já arquivados tem uma média de 11 meses para a dissolução da lide.

E por fim em relação ao valor da causa, caso utilize este valor para ver se calcular o dispêndio com estas demandas, no triênio pesquisado, totalizariam R\$ 518.009,82 sendo que R\$ 488.009,82 apenas no ano de 2019 par ao município de Belém. E o valor de R\$ 514.598,00 para o Município de Ananindeua. Fazendo uma média por demanda de pouco mais de R\$ 23.000,00. Agora a média municipal, as demandas do município de Belém, teriam o valor aproximado de R\$ 18.500,00 e as do município de Ananindeua o valor aproximado de R\$ 34.000,00, que é praticamente o dobro do município anterior.

Superado a demonstração do levantamento de dado passará para a próxima unidade deste capítulo com as discussões finais sobre o resultado da pesquisa.

6.3. DISCUSSÕES FINAIS DO RESULTADO DA PESQUISA

O primeiro ponto encontrado na pesquisa é o fato da maior parte das demandas de fornecimento de medicamentos, cerca de 70% pesquisado, constar no polo passivo não apenas o município, mas sim o estado do Pará em concomitância com os municípios pesquisados.

Com isso nota-se que os patronos da demanda, para atingir o maior êxito no pleito utilizam da jurisprudência do supremo, que é a aplicação do princípio da solidariedade dos entes federados nas causas de assistência à saúde, veja:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. **O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.** REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE . Rel Min. Luiz Fux. (grifo nosso)

Em contrapartida os procuradores utilizam do argumento da má aplicação da jurisprudência acima, com o intuito de ser excluída da lide, permanecendo apenas o estado, com o frequente argumento que estes remédios constam na

relação de medicamento do Estado e por isso é competência exclusiva do estado. Entretanto os Magistrados quase a totalidade acompanham o Supremo não excluindo os municípios das ações.

E desta forma levanta-se o segundo importante ponto a ser destacado, é a quantidade de ações exitosas aos demandantes por meio da transação/homologação do acordo. Dentre os 43 processos, 39,5% foram finalizados desta forma. Em muitas destas demandas, que houve o polo passivo formado pelo o estado e o município cada parte se comprometeu em fornecer uma parcela da Demanda, o que dilui os custos aos entes envolvidos.

Assim como, apenas uma a demanda houve a extinção por incompetência. Nesta a parte Requerente tinha como objeto Keppra (princípio Ativo Levetiracetam) e o magistrado reconheceu a competência da União para este medicamento não abraçando o princípio da solidariedade relatado acima.

Adentrando no tocante a decisões liminares, devido a importância da matéria, a maioria esmagadora estava acompanhado do pedido de tutela antecipada e dois pontos requerem destaque. O primeiro é que no município de Belém 18 dos 28 processos não tiveram a análise do pedido liminar, mas isso ocorreu pela celeridade que foi dada para a realização da audiência (no máximo 30 dias). Contudo esta prática não foi percebida no município de Ananindeua, pois todos os processos que solicitaram a tutela antecipada, foram exitosos, mas as audiências ocorreram em um lapso temporal muito maior, em torno de 6 meses. E o segundo ponto é que as decisões, em sua maior parte são embasadas nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Sendo aqui o ponto interessante, pois ao citar este último artigo a decisão exalta a primeira para da norma que trata da saúde como direito de todos e dever do estado, mas não aprofunda se o pedido está garantido nas políticas públicas municipais, ao contrário, aplica a sentença sem uma análise da gestão municipal. No município de Ananindeua uma parte das demandas ajuizadas no de 2019 a 2021, o magistrado quis ouvir a requerida antes de aplicar sua decisão. Isso mostra uma mudança na forma em que se defere a liminar (foram em 6 dos 15 processos).

Nas ações que não ocorreram a homologação ou a extinção, os municípios ainda utilizaram em sua tese de defesa o princípio da reserva do Possível para deixar de cumprir uma possível condenação judicial. Normalmente as

peças defesas municipais vinham com um capítulo exclusivo par a Reserva do Possível, mas outras além de não citar o instrumento, continha a mesma essência da matéria. Nestas contestações tratavam o princípio da reserva do possível se sua maneira mais simplista que uma análise orçamentária com base na lei orçamentária anual, sem leva em consideração fatos sociais da Época. Ademais, complementado tal informação nenhum dos processos pesquisados o a parte autora replicou a contestação combatendo o instituto de Reserva do possível com o do Mínimo Existencial.

E por citar o fato temporal, outro ponto bastante interessante é a diminuição pedido de fornecimento de medicamentos que houve no ano de 2020. Para o município de Belém não houve nenhum em que configurou como polo passivo em demandas que tinham como objeto o fornecimento de medicamentos. E o município de Ananindeua conta com apenas dois processos em seu desfavor. Acredita-se que o motivo da Diminuição de causa acerca do tema se dá pela pandemia da COVID-19, que devido a seu fácil contágio e neste ano não haver uma forma de proteção a seus sintomas, elevou os esforços dos entes estatais e de uma boa parcela da população e prevenção deste mal que tirou a vida de mais de meio milhão de pessoas somente no Brasil.

Dois processos pesquisados merecem destaque: um deles o medicamento solicitado (DENOSUMABE 60mg/ml), não constava na lista do RENAME , mas estava aprovado pela ANVISA e por este fato que o magistrado deu procedência da causa, percebendo aqui uma maturidade jurídica nestes tipos de causa, visto que se preocupou em verificar se a medicação é aprovada pela agencia reguladora brasileira; A outra demanda continha uma lista com várias medicações (ICTUS, SUSTRATE, REXFLAN, CLOPIN, AMYTRIL e TRAMADOL), e a solução desta lide, através de acordo, foi que os remédios constantes na lista do RENAME seriam ofertados pelos entes federados demandados e os que não contavam seria excluídos do pedido.

Por último e não menos importante trata da afetação no orçamento público dos entes. O município de Belém tem um orçamento anual de em torno de 15/16 milhões de reais para cada ano do triênio pesquisado. E o município de Ananindeua em torno de 7 Milhões nos anos de 2019 e 2020 e 5,6 milhões no ano de 2021. Se forme comparar os valores da causa levantados com estes orçamentos

apresentados parecem valores pequenos. Não obstante ao seccionar este orçamento pela população municipal, que é 1,5 milhão de pessoas em Belém e 500 mil em Ananindeua, alcançasse o quantitativo de R\$ 30,00 por pessoa em Belém e R\$ 40,00 em Ananindeua para o triênio pesquisado. Agora comparando com os valores apresentados tendo como base o Valor da causa, ações do município de Belém, teriam o valor aproximado de R\$ 18.500,00 e as do município de Ananindeua o valor aproximado de R\$ 34.000,00, se torna centenas de vezes maior.

Levando em conta que a causa, quando se trata a assistência farmacêutica, não condiz com a realidade do preço do medicamento. Como por exemplo uma causa pesquisada que possuía seu valor de alçada em R\$ 100.000,00 e o objeto do pedido é a medicação OFEV 150mg (uso contínuo, 2 comprimidos ao dia) tem o custo mensal de R\$ 18.000,00. Desta forma em apenas 1 ano o valor gasto já ultrapassaria em mais que o dobro o valor da causa atribuído. Ademais não se pode esquecer que a aquisição pública habitualmente tem um valor majorado o que impulsionaria ainda mais o valor gasto apenas com esta demanda.

Mas nem todas as causas buscam remédios de alto custo, percebeu-se que uma grande parcela dos demandantes buscam medicações de baixo custo de aquisição para os entes públicos e que normalmente são ofertados por seus setores de distribuição de medicamentos, tais como Rivotril e Puran, e nestes casos houve uma maior agilidade dos entes em prover aos demandantes das ações.

E assim terminando a apresentação mais minuciosa dos pontos mais importantes encontrados na pesquisa passará para as considerações finais deste trabalho.

7. CONCLUSÃO

Longe de pretender exaurir o tema, buscou-se, de forma bem objetiva, apontar quais os principais temas sobre a judicialização da saúde, em específico sobre o assunto medicamentos, e como a gestão estatal é afetada por este fenômeno, tendo como base de estudo os municípios de Belém e Ananindeua.

Mas alguns pontos devem ser destacados com maior veemência, como primeiramente o fato que a saúde é um direito fundamental e constitucional, que deve ser fornecido através de políticas públicas que garantam a necessidade social. Contudo não seria nada sábio acreditar que os entes brasileiros estariam prontos, desde a promulgação da norma. porém já se passam 34 anos desde a feitura da atual constituição e até hoje o que se percebe é que em vez de melhorar só piora, evidenciado pelos números de demandas judiciais que crescerem ao longo do tempo, exceto pelo ano de 2020, que pelo fato da pandemia de COVID constata-se uma queda na busca judicial para a obtenção da saúde.

Destaca-se que a partir do apresentado neste estudo, não há dúvida que houve uma virtuosa proteção Estatal no que tange a direito à saúde, já que nos primórdios a sociedade menos favorecida estavam à mercê de entidades filantrópicas e atualmente o assunto é uma cláusula pétrea constitucional o qual o elenca como um direito social e confere o dever estatal, garantindo a universalidade e a integralidade no atendimento. Entretanto, mesmo com as atualizações mais recentes das normas que tratam da matéria, que são a lei 12.401 e o Decreto 7.508, a primeira com normas para a assistência terapêutica e a segunda com importantes regulamentações de Lei 8.080, não conseguiram frear ou menos desacelerar o fenômeno aqui estudado.

Contudo, apesar do crescimento das demandas a pesquisa aponta que os municípios são pouco demandados pois das 1.166 causas de fornecimento de medicamentos no Tribunal de Justiça do Pará, os municípios que possuem praticamente 25% da população paraense foram demandados 190 e através de uma rápida pesquisa o estado é demandado mais de 700 vezes no triênio pesquisado. Contudo constatou-se que o real número de Processos que tratam da matéria são 43 e que em grande parte destes o Estado também configura como demandado, formando um litisconsórcio passivo, utilizando como base a princípio jurisprudencial da solidariedade dos entes no que tange o fornecimento da saúde pública.

A pesquisa também se demonstra que destas 43 demandas que tratam especificamente do fornecimento de medicamentos 40 estão como patrono da causa órgãos públicos, 23 a Defensoria Pública e 17 o Ministério Público e apenas em 3 demandas encontrar representada por advogado particular, ou seja, 93 % estão concentradas em pessoas que não possuem condições financeiras de demandar a justiça através de advogados particulares, entendendo assim que também não tem condições de adquirir tais medicamentos. Ainda sobre os demandantes nota que não há uma hegemonia sobre qual sexo utiliza o poder judiciário, a pesquisa só ratificou aquilo que encontramos no censo demográfico nacional, que é um ligeiro aumento percentual para a pessoas do sexo feminino. Mas em relação a idade demonstra-se que não são as pessoas de maior idade que mais procuram a justiça e sim as pessoas de 28 a 56 anos , com quase 46% dos casos.

A utilização da tutela antecipada é habitual neste tipo de ações judiciais, mas nota-se que em 2019, no município de Belém houve muitas demandas que não foi jugada tal tutela. E isso não foi uma falha processual, mas sim a celeridade nestas demandas tendo a primeira audiência marcada com até 30 dias do ajuizamento das mesmas. Sobre este tema, também se é cristalino que naqueles casos no qual houve a decisão favorável sobre a tutela não houve a preocupação do magistrado em solicitar do ente demandado se tal medicamento contava em suas políticas públicas ou se o mesmo consta na relação de medicamentos nacional ou mesmo se é registrado pela ANVISA, entretanto nota-se uma mudança quando no município de Ananindeua 6 das 15 demandas o magistrado quis ouvir o demandado antes de prolatar sua decisão interlocutória sobre o pedido liminar.

Há de se observar que os entes federativos ainda usam como argumento de defesa o instituto da reserva do possível, de uma forma simplista, analisando simples e puramente a questão orçamentária, sem que haja um real estudo sem o ente municipal tem condições de prover aqui em que ele é demandado. Entretanto para os tribunais já está implícito em suas decisões a questão do mínimo existencial, não havendo discussões em relação e este tema nas sentenças judiciais pesquisadas.

Em relação as Decisões foi demonstrada que a homologação de acordo foi expressivo dentro o universo pesquisado, pois quase 40% foram finalizados desta forma. Assim, de uma forma tácita o ente demandado assume a responsabilidade

constitucional aqui debatida e há um robustecimento do princípio de solidariedade quando há mais de um ente demandado, visto que há uma regularidade nas demandas de litisconsórcio passivo em cada ente público fornecer uma parte do objeto da lide, não onerando apenas um deles.

Ao tratar do impacto orçamentário pode parecer pequeno o valor de 518 mil reais para o município de Belém e 488 mil para o município de Ananindeua (valores alcançados com a soma do valor da causa das demandas pesquisadas), frente aos 45 milhões de reais do primeiro município e 20 milhões do segundo município, para aquisição e medicamentos na soma do triênio pesquisado. Porém, se dividirmos o orçamento municipal pelas populações municipais (Belém – 1,5 milhão / Ananindeua – 500 mil), encontraremos um per capita trienal de 30 reais e 40 reais respectivamente. Um valor muito menor que a média das demandas pesquisadas, 18,5 mil reais para Belém e 34 mil para Ananindeua. É claro que não é toda a população municipal que depende do estado para fornecimento de medicamento, mas mesmo que somente 10% da população necessite o valor vai ficar muito aquém das médias encontradas nas demandas pesquisadas.

No entanto deu para verificar como é o entendimento habitual da matéria o Tribunal de Justiça Estadual. Aqui ainda há uma interpretação do artigo 196 da Constituição Federal realizado de forma parcial, somente dando ênfase a questão do dever estatal, não fazendo uma análise da questão da Política Pública daquele ente demandado para formalizar suas decisões a respeito da matéria.

Destaca-se ainda que nem o Ministério Público Estadual, nem os magistrados têm uma atuação presente para realizar uma diferenciação entre a macrojustiça x microjustiça conforme foi estudado no capítulo 5 deste estudo, com base nas lições do Barroso. Não há um movimento de demandar o estado através de um estudo de necessidade da inclusão dos medicamentos que não contavam na lista RENAME, através de ações coletivas. O que se viu foi MP atuar em ações individuais buscando o dever constitucional do estado.

Desta forma, diante de uma imposição judicial, muitas das vezes o Ente é obrigado a proporcionar o serviço pleiteado, gerando um gargalo na gestão da saúde, pois mesmo com a ordem judicial o estado, pela falta de políticas públicas ou até mesmo pelo não cumprimento, pode realmente não ter condições de suprir a

necessidade daquele que recorreu à justiça, afetando diretamente a governança daquele ente.

Mesmo com um universo reduzido pelo fato do ajuizamento das ações equivocadas, visto que muitas das ações com o assunto “medicamentos” não tratava do assunto, demonstrou-se o grau de afetação que a judicialização da saúde traz para a gestão municipal através do seu impacto orçamentário não previsto. Assim, a partir das discussões apresentadas na pesquisa, do apontamentos teóricos e das considerações deste trabalho, o produto a ser sugerido, a criação de uma cartilha para o judiciário estadual com os procedimentos que amenizam os impactos da judicialização para a gestão estatal, o qual pretende demonstrar a importância desde a fidedigna classificação do assunto, a apresentação da lista de medicamentos municipais, estaduais e Federais, a importância da conhecimento da gestão do ente a ser demandado antes de proferir decisões. Assim, além dos municípios pesquisados, todos os entes federativos que gerem a saúde pública no Estado serão beneficiados por uma justiça mais parelha com a realidade contemporânea.

REFERÊNCIAS

_____. **AUMENTAM os gastos públicos com judicialização da saúde.** Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 23 ago. 2017. Notícias. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2V5dl6a> >. Acesso em: 9 dez. 2021.

_____. **CARTA DE OTAWA.** primeira conferência internacional sobre promoção da saúde. Ottawa, novembro de 1986. Disponível em: < https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf >. Acesso em: 08 dez. 21.

AITH, F. et al. **Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, 2014. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2U345IM> >. Acesso em: 23 set. 2021.

Alvarenga, G. (2018). Humberto Ávila. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. 46. 10.14393/RFADIR-v46n1a2018-45241.

AGUM, R.; RISCADO, P.; MENEZES, M. Políticas Públicas: Conceitos e Análise em Revisão. **Agenda Política**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 12–42, 2015. Disponível em: <<https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/67>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

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

ANDRADE, D. **Conheça o Ciclo de políticas públicas.** 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/ciclo-politicas-publicas/>>. Acesso em: 19 abr 2022

ANDRADE, E. I. G. et al. **A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça.** Revista Médica de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 46-50, 2008. Suplemento 4. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2FKY3DU> >. Acesso em: 14 out. 2021.

ASENSI, F. D.; PINHEIRO, R. **Judicialização da saúde no Brasil: dados quantitativos sobre saúde pública.** Rio de Janeiro: UERJ, 2016. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2V3qORf> >. Acesso em: 14 out. 2021.

AVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, p. 175, jan/mar 1999.

BALESTRA NETO, O. **A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à Saúde: evolução rumo à racionalidade.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2U31bnp> >. Acesso em: 23 set. 2021.

BARCELLOS, A. P. **O Direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata.** In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008b. p. 803-826.

BARROS, S. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Conjur, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 07 jul 2021.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. . **Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

BASTOS, M. L. C., SARMENTO, R. M., RIBEIRO, K. D. C. B., & DOLABELA, M. F. (2013). **Ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no departamento de assistência farmacêutica – PA.** Tempus – Actas De Saúde Coletiva, 7(1), Pág. 367-376. Disponível em: <https://doi.org/10.18569/tempus.v7i1.1302>. Acesso em: 07 jul 2021

BITTAR, C. A.. **Curso de direito civil.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BITTENCOURT, G. B. **O “estado da arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.** Cadernos Ibero-Americano de Direito Sanitário, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 102-121, 2016. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2JPwEVr> >. Acesso em: 23 set. 2021.

BOTELHO, A. C. M. P.. **A Corrupção Política e seu Estudo à Luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua Projeção nos Sistemas Jurídico e Político.** In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf>. Acesso em: 15 ago 2022

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal. 2021.

BRASIL. Decreto 49.974-A de 21 de janeiro de 1961. **Código nacional da Saúde.** Brasília, DF: Senado Federal. 2021.

BRASIL, F.; CAPELLA, A. C. N. **Os estudos das políticas públicas no Brasil: passado, presente e caminhos futuros da pesquisa sobre análise de políticas.** Revista Política Hoje, [S.l.], v. 25, n. 1, p. 71-90, mar. 2016. ISSN 0104-7094. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3710>>. Acesso em: 20 abr. 2022

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde.** Brasília, DF: Senado Federal. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672 MC-Ref / DF - DISTRITO FEDERAL.** 2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>>. Acesso em: 08 dez. 21.

BVS – BIBLIOTECA VIRTUAL DE SAÚDE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. **INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS.** Disponível em: <<https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/sus/comissoes.php>>. Acesso em 08 dez 21.

CARVALHO, G. I. . **SUS – Sistema Único de Saúde. Comentários a Lei Orgânica da Saúde – Leis nº 8080/90 e nº 8142/90.** 4 ed. Campinas: Editora UNICAMP. 2007.

CARVALHO, O. F. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais* [online]. 2019, v. 6, n. 3, pp. 773-794. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v6i3.59730>>. Acesso em: 18 Abr 2022

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2008.

CNJ. **JUDICIALIZAÇÃO E SOCIEDADE - Ações para acesso à saúde pública de qualidade.** 2021. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf> Acesso em: 25 mar 22.

DALLARI, S. G. **Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde.** *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 77-81, mar./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624/59641>. Acesso em: 07 jul 2021.

DAMASCENO, T. V.; BENTES RIBEIRO, K. C. **Judicialização da saúde nos municípios da região metropolitana de Belém-PA.** *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 100–115, 2019. DOI: 10.17566/ciads.v8i2.516. Disponível em: ><https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/516>>. Acesso em: 8 jul. 2021.

DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B. **A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito.** *Tempus – Actas de Saúde Coletiva*, Brasília, DF, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011. Disponível em: <<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1060/968>>. Acesso em: 07 jul 2021.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade Civil.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Lemen Juris.2011.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.* 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAVACHO, J. C. P. **Gestão estratégica da Maternidade da Fundação Santa Casa de Misericórdia do Pará: a demarche stratégique em questão.** 2001. 115 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2001

FIGUEIREDO, M. F. **Direito Fundamental à Saúde – Parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: livraria do Advogado. 2007.

FUNASA. *Cronologia Histórica da Saúde Pública.* 2017. Disponível em:< <http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>>. Acesso em 07 dez 21.

GALDINO, F.. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002

GOMES, V. S.; AMADOR, T. A. **Estudos publicados em periódicos indexados sobre decisões judiciais para acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão**

sistemática. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, p. 451-462, mar. 2015. Disponível em: http://www.scielosp.org/pdf/csp/v31n3/pt_0102-311X-csp-31-03-00451. Acesso em: 07 jul 2021.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil.** 13ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

HENRIQUES, F. V. **Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional.** In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2008. p. 827-858.

HENRIQUES, F. V. **O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial limites e possibilidades.** 2007. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: < <http://www.btd.uerj.br/handle/1/9657>>. Acesso em: 05 dez. 21.

HUMENHUK, H. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **População Brasileira.** Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/populacao-total-1980-2010.html>. Acesso em: 24 jul. 2021.

INSPER – Instituto de ensino e Pesquisa. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO.** Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2021

KLEIN, S. Niklas Luhmann, **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral.** Tempo soc., São Paulo , v. 29, n. 3, p. 349-358, Dec. 2017 . disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702017000300349&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 abr. 2021.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, G. M. **Limitações ao direito fundamental à ação.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2627>>. Acesso em: 15 mar. 2013

LOPES, L. M. N. et al. **Integralidade e universalidade da assistência farmacêutica em tempos de judicialização da saúde.** Saúde e Sociedade [online]. v. 28, n. 2 [, pp. 124-131. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-12902019180642>>. ISSN 1984-0470. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902019180642>. Acesso em 05 dez. 21.

LENZI. Tié. **O que são Políticas Públicas?** Disponível em: < <https://www.significados.com.br/politicas-publicas/>>. Acesso em: 19 abr 2022.

LUCHESE. P. T. R.. **Políticas públicas em Saúde Pública.** P3-6. Patrícia T. R. Lucchese, coord., Dayse Santos Aguiar, Tatiana Vargas, Luciana Dias de

Lima, Rosana Magalhães, Giselle Lavinias Monerat. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/M/2004/Lucchese_Políticas_publicas.pdf>. Acesso em: 17 abr 2022.

MALISKA, M. A. *A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

MATHIS, A. **A Sociedade na Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN. Presença Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente**. Mai.-Nº28, Vol. VIII, 2004.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, M. P. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito Luhmann e Teubner**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho de 2006.

MELO JÚNIOR, L. C. M. **A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann**. Resenha. Disponível em: >https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013> Instituto de Ciências Sociais - Campus Universitário Darcy Ribeiro. SCIELO Soc. estado. vol.28 no.3 Brasília Sep./Dec. 2013. Acesso em: 20/04/2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **SUS – A saúde do Brasil. 2009**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_saude_brasil_3ed.pdf>. Acesso em 07 dez 2021.

NADER, P. **Introdução ao Estudo de Direito**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, A. R. S. **Políticas públicas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/376/edicao-1/politicas-publicas>>. Acesso em: 17 abr 2022.

OLSEN, A. C. L.. **Direitos fundamentais sociais efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo**. Elsevier, 2009.

PEPE, V. L. E. **O formulário terapêutico nacional, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: extensões da seleção de medicamentos**. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2GXL6nz> >. Acesso em: 15 out. 2021.

PEREIRA, J. G.; PEPE, V. L. E. **Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 30-

45, jul./out. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/88355/91231>. Acesso em: 07 jul 2021.

PONTES, A. P. M.; OLIVEIRA, D. C.; CESSO, R. G. D.; GOMES, A. M. T. **O Princípio da Universalidade do Acesso aos Serviços de Saúde: o que pensam os usuários?** Esc Anna Nery Ver Emferm, 2009, jul-set. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ean/v13n3/v13n3a07>> . Acesso em: 13 mai 2021.

RAMOS, E. M. B.; DINIZ, I. M.; MADUREIRA, A. S. **O Conselho Nacional de Justiça: o Fórum da Saúde e o excesso de judicialização.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, DF, v. 4, n. 4, p. 81-89, 2015. Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2Uht0Yh> >. Acesso em: 23 set. 2021.

REIS, D. O., ARAÚJO, E. C., CECÍLIO, L. C. O. **Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde.** Disponível em: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_4.pdf>. Acesso em: 18 abr 2022.

RIBEIRO, K. D. **Galáxia da Distinções: a complexidade da judicialização da saúde nos tribunais.** Curitiba. CVR. 2021.

RIBEIRO, K. D.; VIDAL, J. P. **Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 239–261, 2018. DOI: 10.17566/ciads.v7i2.493. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/493>>. Acesso em: 8 jul. 2021.

ROCHA, E. B. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas. 2011

SANTOS, L. **Judicialização da saúde: causas, consequências e ação.** Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDSA. Disponível em : <http://idisa.org.br/site/documento_13230_0__judicializacao-da-saude:-causas,-consequencias-e-acao---por-lenir-santos.html>. Acesso em: 05 dez. 21.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SARLET, I. W., FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SEBRAE. **Políticas Públicas: conceitos e práticas.** Supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. 48 p.

SCLIAR, M. **PHYSIS: História do conceito de saúde.** Rev. Saúde Coletiva. V. 17, n. 1. Rio de Janeiro. Jan-abr 2007.

SILVA, R. A. D. da. **Direito Fundamental a saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** Belo Horizonte: Fórum. 2010

SIQUEIRA, P. S. F. **A judicialização da saúde no estado de São Paulo**. In: CONASS - CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Direito à saúde. Brasília, DF, 2015. p. 1-15. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS: 2015). Disponível em: <Disponível em: <https://bit.ly/2CJhoTL> >. Acesso em: 14 out. 2021.

Souza, C. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias. 2006, n. 16, pp. 20-45. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>>. Acesso em: 18 Abr 2022

TARTUCE, F. **Direito Civil 2 : Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Método. 2010.

TEIXEIRA, C. **OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCÍPIOS_DO_SUS.pdf>. Acesso em: 10 jul 2021.

VENOSA, S. S. **Direito Civil IV: Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2011.

VIDAL, J. P. **A teoria neosistêmica de Niklas Luhmann e a noção de autopoiese comunicativa nos estudos organizacionais**. Cad. EBAPE.BR, v. 15, nº 2, Artigo 5, Rio de Janeiro, Abr./Jun. 2017.

VIEIRA, F. S. **DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: SEUS CONTORNOS, JUDICIALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DA MACROJUSTIÇA**. 2020. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf>. Acesso em: 25 mar 22.