

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS – CCSA
CURSO BACHARELADO EM DIREITO**

JEAN DE SOUSA BATISTA

**REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ORÇAMENTO PÚBLICO EM
OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**TERESINA
2018**

JEAN DE SOUSA BATISTA

**REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ORÇAMENTO PÚBLICO EM
OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser entregue como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI.

Orientadora: Profa. Dra. Adeilda Coelho de Resende

**TERESINA
2018**

JEAN DE SOUSA BATISTA

**REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ORÇAMENTO PÚBLICO EM
OBSERVÂNCIA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser
entregue como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela Universidade
Estadual do Piauí - UESPI.

Aprovado em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Adeilda Coelho de Resende
Orientadora

Profa. Msc. Lya Rachel Brandão e Mendes Pinheiro
Examinadora

Profa. Dra. Antonia Valtéria Melo Alvarenga
Examinadora

Dedico à família, pelo apoio, incentivo, confiança e esforços.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por ter me guiado, protegido e abençoado todos os dias dessa jornada, ajudando a superar cada obstáculo e por ser um Pai sempre presente em minha vida;

A minha família Batista, que sempre esteve presente e me incentivou com apoio e confiança nas batalhas da vida, me edificou nos momentos mais difíceis e com quem aprendi que os desafios são as molas propulsoras para a evolução e o desenvolvimento. Em especial a minha mãe Zilda e a meu pai Raimundo, pelo grande amor e espirito protetor a minha pessoa, que nunca mediram esforços, apesar das dificuldades, para me proporcionar uma boa educação e que sempre evidenciaram-na como o principal legado que eles poderiam me dar, por isso sou eternamente grato. A cada umas das minhas irmãs (Edilene, Elenilda, Leila e Jesus) que são como segundas mães, exatamente em tudo que essa palavra possa representar em termos de grandiosidade e importância. Aos meus queridos sobrinho(a)s, em especial a Antônia de quem tenho certeza que somos um exemplo um para o outro na garra e dedicação aos estudos, pois “ontem” a influenciei e “hoje” você me inspira.

A minha segunda família, não menos importante, aos meus sogros Gerardo e Graça pelo carinho, confiança e amor que tem por mim. Aos meus cunhados pela amizade. E em especial a minha esposa Lais com quem tenho a certeza que ainda dividirei muitas vitórias com a ajuda do nosso amor e que meu principal incentivo é saber que acreditamos na capacidade um do outro, pois juntos, nossa caminhada pela vida se tornará menos difícil.

Aos meus amigos que entenderam e colaboraram comigo, com seu tempo, suas palavras, dedicação, boa vontade e incentivo. Em especial meus compadres Alexandre e Mônica Almeida que representaram essa função com muita maestria e perseverança.

À Universidade Estadual do Piauí, pela oportunidade concedida para a realização do curso de graduação Direito, local que terei boas recordações pelos amigos e colegas que fiz, tanto discentes como docentes, e olha que não foram poucos. A minha orientadora professora Adeilda Coelho de Resende e a coordenadora do curso professora Patricia Caldas Meneses Pires Ferreira com as

quais puder ter o auxílio, o conhecimento e a disponibilidade de forma sempre cordial e prestativa.

"O homem verdadeiramente livre quer o que pode e faz o que lhe agrada."

Jean Jacques Rousseau

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto analisar a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, principalmente no acesso da população aos medicamentos e o efeito desta no orçamento público. Desta forma faz-se uma contextualização histórica sobre a origem e evolução dos direitos e garantias fundamentais perpassando desde a sua visão jusnaturalista até a sua positivação pelas constituintes, dando enfoque ao direito social a saúde, classificado como de segunda geração/dimensão pela doutrina. Após a concepção positivada da Constituição Federal de 1988 evidencia o surgimento dos direitos e garantias individuais e coletivos, correspondendo basicamente aos direitos civis e às garantias processuais. Estes direitos possuem a nítida função de proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal (limitação do poder). Estuda-se ainda os pontos mais relevantes do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e as disposições da Lei nº 8.080/90, que instituiu a principal política pública de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS). Saúde é direito de todos e dever do Estado, que tem sido um refrão tem sido cantado e decantado na garantia de efetivação do direito a saúde. Faz-se uma abordagem sobre o surgimento das políticas públicas através de demonstrações de conceitos, sua definição sucinta de ações de governo e quais indicadores afetam a prioridade em relação as suas criações pelo poder Executivo, dando notoriedade ao poder de influência quanto à escolha, dos grupos organizados. Diante das políticas explana-se a Política Nacional de Medicamentos e suas diretrizes, colocando em destaque dentre elas a Assistência Farmacêutica numa reorientação e definição de competências dos entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Demonstra a importância do orçamento público como instrumento de planejamento que espelha as decisões políticas, estabelecendo as ações prioritárias para atendimento das demandas sociais. Faz uma análise dos princípios da separação de poderes, da máxima efetividade, das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, que são essenciais para a tomada de decisões judiciais em matéria de saúde pública e os efeitos destas decisões no orçamento público.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Políticas Públicas. Medicamentos e Orçamento Público.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the role of the Judiciary in the implementation of the fundamental right to health, especially in the population's access to medicines and its effect on the public budget. In this way a historical contextualization is made on the origin and evolution of the fundamental rights and guarantees, ranging from its jusnaturalist view to its positivization by the constituents, focusing on the social right to health, classified as second generation / dimension by the doctrine. After the positive conception of the Federal Constitution of 1988, it shows the emergence of individual and collective rights and guarantees, basically corresponding to civil rights and procedural guarantees. These rights have the clear function of protecting citizens against state arbitrariness (limitation of power). The most relevant points of the right to health in the Federal Constitution of 1988 and the provisions of Law No. 8,080 / 90, which instituted the main public health policy, the Unified Health System (SUS), are also studied. Health is everyone's right and duty of the State, which has been a refrain has been sung and decanted in guaranteeing the realization of the right to health. An approach is taken on the emergence of public policies through demonstrations of concepts, their succinct definition of government actions, and which indicators affect the priority of their creations by the executive power, noting the power of influence over choice, groups. In view of the policies, the National Policy on Medicines and its guidelines are highlighted, highlighting Pharmaceutical Assistance in a reorientation and definition of competencies of federal entities (Union, States, Municipalities and Federal District). It demonstrates the importance of the public budget as a planning tool that mirrors political decisions, establishing priority actions to meet social demands. It analyzes the principles of separation of powers, maximum effectiveness, theories of reserve of the possible and the minimum existential, which are essential for making public health decisions and the effects of these decisions on the public budget.

Keywords: Health Judicialization. Public Policies. Medications and Public Budget.

LISTA DE SIGLAS

ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AG RG no RE	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
OMS	Organização Mundial da Saúde
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PNM	Política Nacional de Medicamentos
PPA	Plano Plurianual
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços em Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	14
2.1 Origem e Evolução Histórica.....	15
2.2 Direito Social à Saúde.....	24
2.3 Direito Individual e Coletivo tem Diferença?	30
3 LEGISLAÇÃO DO SUS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO PÚBLICO	33
3.1 Sistema Único de Saúde (Sus)	33
3.2 Política Nacional de Medicamentos e suas Diretrizes	36
3.3 Orçamento Público	45
4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PROCESSO ORÇAMENTÁRIO	50
4.1 Efetivação Judicial de Direitos à Luz de Princípios Constitucionais	50
4.2 Intervenção do Poder Judiciário.....	55
4.2.1 Ações diretas de orientação aos órgãos do judiciário	55
4.2.2 Comprometimento do Orçamento Público e Financiamento Insuficiente	59
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, através dos art. 6º e 196º que determina a Saúde como direito social de todos e dever do Estado, garantida por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, somada a uma sociedade mais consciente, esse direito fundamental que outrora não havia adentrado na vida do cidadão, tanto pelo desconhecimento, descrédito ao texto constitucional e principalmente pela falta dos serviços de saúde que foram sendo implantados ao longo do tempo, começou a ser reivindicado, quando caracterizado a sua violabilidade, perante o Poder Judiciário.

Esse fenômeno, ou seja, o reclamo social, foi se fortalecendo pelos movimentos sociais, como por exemplo, as associações de pacientes de diversas patologias como Diabetes, Asma, Anemia Falciforme entre outras que se uniram em busca de direitos antes esquecidos pelo poder Executivo e, como a saúde pública até os dias de hoje não conseguiu ser suficiente e integral, passou a ser um verdadeiro incentivo a busca de uma liminar que garanta determinado medicamento.

Ressalta-se neste estudo dois pontos basilares que concorrem para o referido reclamo social na área da saúde. O primeiro ponto é o êxito nos pedidos judiciais pelos demandantes, esporadicamente negados pelos magistrados. E, como quase nunca realizam maiores indagações a respeito do pedido sobre o tipo de: medicamento, produto, insumo, fórmula alimentar, eficácia, alternativa terapêutica, custo-benefício e se o paciente tem ou não condições financeiras e plano de saúde, entende-se ainda outros interesses passaram a transpor esses requerimentos judiciais como, por exemplo, o lobby das indústrias farmacêuticas junto aos prescritores e até sobre os pacientes.

O segundo ponto é que através do Sistema Único de Saúde verifica-se duas formas de atendimento ao cidadão: na primeira o seu direito à saúde é contemplado nas políticas públicas vigentes e na segunda, desamparado por estas políticas, obtém seu direito à saúde através de ações judiciais, às vezes, com altos valores de grande relevância financeira na gestão pública. No entanto o orçamento público é único para a execução do direito à saúde, seja através das políticas públicas ou das ações judiciais.

No presente trabalho entende-se que a violabilidade do direito à saúde esbarra no contexto orçamentário. Demonstrado através das ações do Poder Judiciário quanto à aplicação deste direito, ratificando-o como garantia fundamental e constitucional do cidadão, em situações em que não existam políticas públicas de saúde, criadas pelo Poder Executivo, visando a garantia do acesso à população aos medicamentos de uma forma integral, mesmo que para lograr esse êxito colida o Judiciário, através de suas inúmeras decisões, com o Poder Executivo alterando a finalidade e/ou quantitativo dos recursos destinados no orçamento público para a manutenção e criação de serviços de saúde determinados no plano anual de gestão.

Neste contexto, sugere-se que ao invés da separação de poderes, ou do predomínio de um deles sobre os demais, seria primordial buscar uma conexão dialógica entre o Poder Executivo e Judiciário, para que as formulações legais que assegurem o direito à saúde, mesmo em situações com restrições financeiras, permitam alterações na relação entre os poderes e no modo de funcionamento de cada um deles, unidos para viabilizar a satisfação desse direito que é tanto individual como coletivo.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica em portarias, regulamentos, leis, artigos, textos eletrônicos disponíveis em sites especializados, livros, decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Piauí e Jurisprudência do STF.

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, foi realizado uma abordagem sobre os direitos e garantias fundamentais, o direito social à saúde, Direito individual e coletivo. No segundo capítulo abordado as legislações do SUS, desde a Lei Específica da Saúde, a Lei nº 8.080/90, perpassando pela Política Nacional de Medicamentos, de Assistência Farmacêutica e suas diretrizes e prioridades. Além de descrever a importância do orçamento público como instrumento de planejamento que espelha as decisões políticas, descrevendo os três instrumentos administrativos e estabelecendo as ações prioritárias para atendimento das demandas sociais.

Por fim, no terceiro capítulo da judicialização em saúde são apresentados os princípios constitucionais de separação dos poderes, da máxima efetividade, da teoria do mínimo existencial e da teoria da reserva do possível. Bem como demonstram-se o efeito deslocativo orçamentário decorrente das ações judiciais. Pois se por uma lado busca-se a satisfação da direito à saúde, do direito à vida

garantido constitucionalmente, por outro lado há que se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias e em especial a lei de responsabilidade fiscal.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles mais primordiais de todo e qualquer cidadão. Em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, formando valores eternos e universais. Tais valores são verdadeiras determinações ao Estado, que tem o dever de proteger e resguardar esses direitos. Observa-se também, que os direitos fundamentais são prerrogativas legítimas, pautadas em valores éticos: limitação do poder e dignidade humana. Diante disto evidencia-se o conceito símilde destes com os seguintes termos: direitos do homem e direitos humanos.

Os direitos do homem possuem um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Não seriam propriamente direitos, mas algo que surge antes deles como fundamento deles. Eles (os direitos do homem) são a matéria-prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados. (MARMELSTEIN, 2018, p. 24).

Ainda de acordo com Marmelstein (2018, p. 25) outro conceito importante que geralmente é confundido com os direitos fundamentais é a ideia de direitos humanos, expressão utilizada para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional.

Ao mesmo modo Cury (2005, p.1) numa visão lata, afirma que não há diferenças entre as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Porém, em sentido estrito, tais expressões são empregadas da seguinte forma:

Direitos do homem – expressão mais utilizada na doutrina jusnaturalista contratualista dos séculos XVII a XIX (Locke, Hobbes, Rousseau e Kant). Diz respeito ao direito natural e aos direitos de liberdade dele decorrentes; Direitos humanos – expressão utilizada em relação aos direitos e liberdades previstos em tratados internacionais. É um termo internacionalista dos direitos fundamentais; Direitos fundamentais podem ser conceituados como o conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado, devem sua denominação ao caráter básico e fundamentador de toda ordem jurídica, com limitação espacial e temporal.

Na visão de Sarlet (2012, p. 20):

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos

guardam uma concepção jusnaturalista (jus racionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas através de um processo da “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação à todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.

Em resumo, os direitos fundamentais têm por função assegurar a todos a existência digna, livre e igual, criando as condições ideais para a plena realização do homem e da sociedade. Por referida importância, o Estado tem a incumbência de respeitá-los. Tratam-se de direitos variáveis, que sofreram mudanças de concepção ao longo dos tempos. Diante das diferentes necessidades e interesses do homem em cada época da história, os direitos foram ganhando novas conotações, modificando-se ao passar dos anos. A transformação é explicada pela geração/dimensão dos direitos fundamentais.

Esta evolução dos direitos fundamentais não ocorreu de maneira rápida, aconteceu de forma gradual, sendo resultado de diversas transformações ocorridas no decorrer da história, assim, tais direitos não foram reconhecidos todos de uma vez, mais sim de forma progressiva.

2.1 Origem e Evolução Histórica

Com relação ao surgimento dos direitos fundamentais, eles não possuem, efetivamente, uma origem determinada. Tem-se que as principais correntes jusfilosóficas deram sua contribuição na tentativa de se apontar o momento em que tais direitos teriam surgido.

A concepção jusnaturalista é de que esses direitos são anteriores a qualquer lei ou ordenamento; o nascimento dos direitos fundamentais relaciona-se a características inerentes a própria humanidade. Segundo Marmelstein (2018, p. 17) costuma-se dizer que o homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

De forma semelhante Sarlet (2012, p. 26) afirma que:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus.

Os juspositivistas, entretanto, consideram que esses direitos resultam da legislação. Dessa forma, a existência dos direitos é consequência da positivação das normas. Assim, as leis são produto da ação humana e os direitos fundamentais são frutos dessas leis.

Os direitos fundamentais foram criados, inicialmente como instrumento de limitação do poder estatal, visando assegurar aos indivíduos um nível máximo de fruição da sua autonomia e liberdade. “Ou seja, eles surgiram como barreira ou escudo de proteção aos cidadãos contra a intromissão indevida do Estado em sua vida privada e contra o abuso de poder” (MARMELSTEIN, 2018, p. 33).

A base de toda essa concepção é retirada do pensamento de dois grandes filósofos dos séculos XVI/XVII, Thomas Hobbes e Nicolau Maquiavel. Hobbes é o autor da célebre frase: “o homem é o lobo do homem”, fazendo crer que o homem era um ser ruim por natureza. Para ele, era necessário que existisse algo ou alguém controlando as ações dos homens, pois do contrário, não haveria paz suficiente. “Enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, a condição de guerra será constante para todos” (HOBBES, 2003, p. 102 *apud* MARMELSTEIN, 2018, p. 34). E a paz, para Hobbes, só seria encontrada se fosse dada “a força e o poder ao Estado personificado no soberano, que foi por ele comparado ao Leviatã, o monstro marinho citado na Bíblia que ninguém, a não ser o próprio Deus, seria capaz de dominar” (MARMELSTEIN, 2018, p. 34).

Este soberano deveria ter poder absoluto, e nada que fizesse poderia ser contestado. “O soberano julgava, mas não poderia ser julgado. O soberano

legislava, mas não estava submetido à própria legislação que ele editava. Enfim, o soberano podia tudo e somente prestava contas a Deus" (MARMELSTEIN, 2018, p. 34-35).

Outro pensador que seguia uma linha de raciocínio semelhante era Nicolau Maquiavel. Sua principal obra foi o livro *O príncipe*, escrito em 1512. Este filósofo defendia que o soberano deveria fazer o que fosse necessário para se manter no poder, o que se pode concluir em sua mais famosa frase: "os fins justificam os meios". Para ele, as duas formas de se manter no poder era, ou através das leis, ou com base na força. Dizia, ainda, "um príncipe não deve ter outro objetivo ou outro pensamento, nem cultivar outra arte, a não ser a da guerra, juntamente com as regras e a disciplina que ela requer" (MAQUIAVEL, 2007 *apud* MARMELSTEIN, 2018, p. 35).

Considerando esta realidade em que os atos do Estado eram tomados de formas arbitrárias, surge a necessidade de reconhecer os direitos fundamentais através de mecanismos que efetivamente os protegessem, um Estado que teria preocupações éticas e fosse juridicamente limitado. Diante desta situação, surgem as revoluções que acabariam com essa forma de realizar política, criando o chamado Estado Democrático de Direito, ou seja, o nascimento deste em oposição ao Estado Absoluto que imperava anteriormente.

Em seu mais famoso livro, chamado *A política*, publicado em 1603, Johannes Althusius, foi um dos primeiros filósofos a contestar o poder absoluto dos reis. "[...] todo poder é limitado por limites definidos e pelas leis. Nenhum poder é absoluto, infinito, desenfreado, arbitrário e sem leis. Todo poder está atado às leis, aos direitos e à equidade" (ALTHIUSIUS, 1995 *apud* MARMELSTEIN, 2018, p. 36-37). Esse também era o pensamento de John Locke:

Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. (LOCKE, 2003 *apud* MARMELSTEIN, 2018, p. 37)

Para Locke, as pessoas voluntariamente passariam a viver juntas em sociedade. A fim de manter a integralidade, tornava-se necessário o respeito às leis

existentes. Estas deveriam ser criadas pela vontade dos membros da sociedade, e não somente pelo soberano. Havia, portanto, por parte de Locke, uma previsão acerca da separação dos poderes, já que estabelecia que o poder de legislar e o poder de governar não deveria pertencer a mesma pessoa.

A técnica de separação dos poderes – instituto básico do Estado de Direito – caminha lado a lado com os direitos fundamentais. De fato, o sistema de freios e contra pesos (*checks and balances*) é essencial para evitar o abuso de poder e, consequentemente, para proteger os indivíduos do arbítrio estatal. (MARMELSTEIN, 2018 p. 37)

Ainda de acordo com o autor acima:

O Artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, aprovada no auge da Revolução Francesa, que dizia que: “o Estado que não reconhece os direitos fundamentais, nem a separação dos poderes, não possui Constituição”. Ou seja, um país que se diz democrático deve estabelecer mecanismos eficientes a fim de proteger os cidadãos do arbítrio estatal. (MARMELSTEIN, 2018, p. 39).

Tem-se aí o modelo chamado de Estado Democrático de Direito. Iniciando a criação de instrumentos capazes de limitar o poder estatal, bem como o estabelecimento de meios que possibilitassem a participação do povo nas decisões do Estado, portanto nascendo a concepção normativa dos direitos fundamentais, capazes de serem invocados perante uma autoridade.

Já os realistas jurídicos entendem que os direitos fundamentais provêm das conquistas sociais, ou seja, eles foram conquistados pelas sociedades através da história. Houve um processo histórico que fez nascer direitos fundamentais, assim, tal evolução histórica possibilitou não apenas o surgimento dos direitos, bem como sua consolidação através dos tempos.

Essa perspectiva histórica é a que predomina atualmente. Os direitos fundamentais não possuem uma origem estática ou concreta, resultam de um longo e constante processo histórico, uma vez que tais direitos estão sempre em evolução.

Observa-se, que já na Idade Antiga, na Idade Média e no início da Idade Moderna, surgiram pensamentos relacionados a fundamentação de determinados direitos, bem como ocorreu a disseminação de algumas ideias, as quais fundamentavam a existência de tais direitos. Destaca-se, ainda, a influência das

revoluções francesa, inglesa e americana no reconhecimento e, principalmente, na positivação desses direitos essenciais.

A importância dada a tais direitos foi sendo conquistada aos poucos, através da evolução histórica da sociedade, moldando-se a carga cultural, social, econômica etc. Para ilustrar essa evolução, um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu uma ideia bastante interessante que ficou conhecida como a teoria das gerações de direitos. (MARMELSTEIN, 2018, p. 39).

Essa teoria é muito difundida pelo mundo e utilizada por vários juristas. Eis a teoria:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2017, p. 39)

Portanto, para este jurista, os direitos fundamentais são de três gerações. Há quem defenda estar ultrapassada a utilização do termo geração, visto que não daria a ideia correta ao tema. Para estes, o ideal seria utilizar o termo dimensão, o qual tornaria a concepção acerca do assunto mais fidedigna.

Utilizando-se a palavra geração, cria-se a errada concepção de que o grupo de direitos seguintes estariam superando os anteriores, substituindo por completo o primeiro rol de direitos. Considerando se tratar de uma visão distorcida do assunto, o ideal seria utilizar a expressão dimensão, pois os grupos de direitos, surgido em épocas diferentes, convivem harmoniosamente, complementando-se onde é necessário. (LENZA, 2017, p.1100).

Essas três dimensões foram surgindo das seguintes maneiras:

A primeira teve origem com o surgimento do Estado Liberal, que substituiu o Estado Autoritário da época em que o soberano tinha poderes absolutos e ilimitados:

O campo de liberdade era mínimo e o cidadão se sentia sufocado em todos os aspectos da vida. Era comum pessoas discordarem da forma de vida levada e contestar o governo, vindo a serem perseguidas pelo Estado. Nesse período, portanto, foram reconhecidos os direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade de profissão etc., bem como os direitos políticos, “[...] cuja principal finalidade era e ainda é a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, [...] entre outros”. (MARMELSTEIN, 2018, p. 45). Portanto, os direitos de primeira dimensão são conhecidos como: direitos civis e políticos.

Notório observar que, mesmo previsto no ordenamento jurídico, a igualdade só era dada a quem, pelo poder que detinha, a merecesse. Vários setores da sociedade estavam revoltados com a igualdade meramente formal, que não saia do papel. A fim de obter inclusão social a um nível superior, os prejudicados passaram a reivindicar os seus direitos.

É nesse meio acima que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão através do Estado Social:

A chamada Revolução Industrial (século XIX), que trouxe novas e eficientes técnicas de produção, possibilitou um crescimento econômico nunca antes visto. Porém, esse crescimento exagerado se deu à custa do sacrifício de grande parte da população, uma vez os direitos dos trabalhadores não eram totalmente respeitados. Enquanto uns detinham boas condições de vida, outra grande parte chegava a passar fome, gerando um grande descontentamento por parte do povo. O Estado já não era mais capaz de manter a harmonia social. “Em 1848, Karl Marx escreveu seu célebre *Manifesto Comunista*, conclamando os trabalhadores do mundo todo a se unirem para a tomada do poder e, consequentemente, construírem uma ditadura do proletariado” (MARMELSTEIN, 2018, p. 47).

Além da previsão desses direitos trabalhistas, também se reconheceu garantir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, garantir um mínimo de liberdade através de condições básicas de sobrevivência. Surgindo então as primeiras Constituições a positivar esses direitos, a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919. A partir de então, os Estados Unidos da América, apesar de um nível menos intenso que os outros países ocidentais, decorrente de não constar expressamente em sua Constituição a alusão a valores sociais, apenas cláusula genérica acerca do direito de igualdade (Emenda 14),

passou a respeitar os chamados direitos do bem-estar social. No Brasil, foram as Constituições de 1934 e de 1946 que iniciaram a positivação dessa dimensão de direitos.

Observa-se que os direitos de primeira geração tinham como objetivo a limitação do poder estatal como também assegurar a participação do povo no gerenciamento público. Os direitos de segunda geração, por sua vez, objetivam criar diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, com o intuito de possibilitar ao indivíduo mínimas condições de vida e de dignidade humana. “Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade” (MARMELSTEIN, 2018, p. 50).

Com o advento da [...] constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, [...] tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais (MARMELSTEIN, 2018, p. 50).

Em resposta ao nazismo, dentro da classificação de Karel Vasak, surgem os direitos de terceira dimensão, frutos do sentimento de solidariedade mundial e de um Estado Democrático. Diante disto inúmeros tratados começam a ser assinados a fim de proteger os valores ligados à dignidade da pessoa humana. Um deles é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Do mesmo modo, foram criados inúmeros Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, visando garantir observância dos tratados internacionais.

Alguns exemplos desses direitos são: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, etc. Tratam-se de direitos metaindividualis, ou transindividualis, que pertencem a coletividade de pessoas.

Considerando o ser humano como um ser entrópico, ou seja, em constante busca pelo seu bem-estar social, é natural que o rol de direitos fundamentais não seja imutável. Por isso, é possível se falar em novas gerações, que vem surgindo com os avanços tecnológicos, com a globalização e com as descobertas da genética.

“As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental decorrente do aquecimento do planeta [...], entre outros riscos e ameaças da

atualidade, fazem que novas reivindicações se incorporem na agenda política da comunidade" (MARMELSTEIN, 2018, p. 52).

Para alguns doutrinadores como, "Paulo Bonavides, por exemplo, defende que o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais". (MARMELSTEIN, 2018, p. 53).

A quinta dimensão estaria relacionada basicamente ao direito à paz. "Conforme já dissemos, o direito à paz foi classificado por Karel Vasak como de 3.^a dimensão. Bonavides, contudo, entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade." (LENZA, 2017, p. 1103)

Em resumo: Os de primeira, direitos associados à liberdade, são os direitos mais essenciais, sendo chamados de direitos individuais ou negativos, pois relacionam-se a direitos que não podem ser negados pelo Estado. Os de segunda são chamados de direitos positivos e encontram-se associados à coletividade, ou seja, à igualdade; pressupondo um dever do Estado. A terceira é a dos direitos supra individuais. Nota-se ainda que com a ascensão tecnológica e dos movimentos sociais, tem-se reconhecido a existência de mais uma quarta e uma quinta geração/dimensão.

Acompanhando os movimentos constitucionalistas que cresciam dentro da Europa no final do século XVIII as constituições brasileiras que foram surgindo sempre possuíram em seus textos o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a Constituição do Império de 1824 já trazia os direitos fundamentais de primeira dimensão, estando eles no Título 8º, sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Tal constituição, segundo José Afonso da Silva é a primeira Constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva. Ela já previa inúmeros direitos individuais, tais como liberdade, segurança individual e propriedade. A Constituição de 1824 ainda reconheceu direitos sociais os quais só seriam constitucionalizados em outros países no final do século XIX.

Entretanto, tal constituição trazia também o poder moderador, o que representou uma restrição à concretização, de fato, dos direitos. Assim, mesmo que a Constituição de 1824 tenha consagrado os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, ela não foi capaz de garantir o exercício desses direitos.

Com o reconhecimento dos movimentos sociais, a Constituição de 1934 inaugurou o Estado Social brasileiro. Tal constituição foi promulgada após o movimento político militar de 1930 e sofreu grande influência das constituições europeias, como a da República de Weimar (1919).

A Constituição brasileira de 1934 assegurou vários direitos, entre eles a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, agregando caráter fundamental aos direitos sociais. Com relação a ordem social trabalhista, o novo ordenamento constitucional também trouxe grandes e relevantes conquistas.

Assim a Constituição de 1934 teve capacidade de inovar na consagração dos direitos fundamentais. Entretanto, em 1937, com o totalitarismo, os direitos do homem foram suprimidos, sendo tal supressão também encontrada nas constituições de 1967 e 1969. As cartas de 1967 e 1969 representaram uma diminuição desses direitos.

Dessa forma, tem-se que, a partir da Constituição de 1934, ressalvada as cartas ditatoriais, foram previstos, além dos direitos e garantias individuais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais do homem.

A Carta Constitucional de 1946 reforçou os direitos fundamentais, estes foram reconhecidos nos capítulos referentes a Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais. Tal constituição voltou a proibir a pena de morte e de prisão perpétua, restaurando, assim, mecanismos de garantia dos direitos fundamentais. Outras inovações também surgiram com o documento de 1946 tais como o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação popular, além da observância da legalidade e da irretroatividade da lei.

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trata, em seu texto, dos direitos e garantias fundamentais. Tal carta promoveu uma verdadeira reestruturação do Estado brasileiro e de seus direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Sendo interessante neste trabalho conceituar os dois primeiros:

a) Direitos individuais e coletivos: são os direitos relacionados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, assim como direito à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estes direitos

encontram-se no artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais são prerrogativas usadas pelo indivíduo para se opuser ao arbítrio estatal. Já os direitos coletivos, estes pertencem a uma coletividade que se vincula juridicamente;

b) Direitos sociais: são prestações positivas do Estado, ou seja, o Estado deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Tais direitos relacionam-se aquilo que o Estado deve prover, como por exemplo, direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Tais direitos encontram-se dispostos a partir do artigo 6º da Constituição Federal;

A Constituição de 1988 ampliou os direitos fundamentais, reconhecendo não só os direitos individuais e sociais, como também os direitos de solidariedade (terceira dimensão). A dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento do Estado Democrático de Direito (Art.1º, inc. III). Assim, passou a ser preocupação, a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo Sarlet (2012, p.51):

Traçando-se um paralelo entre a constituição de 1988 e o direito constitucional vigente anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhe é devido e que não obteve reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

A Constituição Cidadã buscou assegurar os direitos do homem, elevando-os à fundamentalidade. Entretanto, não basta apenas a consagração desses direitos, é preciso que o Estado os concretize, possibilitando à sociedade o gozo dos direitos constitucionalmente assegurados.

2.2 Direito Social à Saúde

A Constituição da República de 1988 (CRFB/88) outorgou direitos sociais ao indivíduo e apresentou uma grande evolução ao elencar o direito social à saúde. Em uma democracia, os direitos sociais, tem como objetivo alcançar a melhoria de vida, bem como a justiça social.

Na lição de Silva (2007):

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistências sociais, educação e cultura). A democratização destas prestações, [...], constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.

Até a promulgação da constituição de 1988, o direito à saúde era para poucos, ou seja, em via de regra apenas para uma parcela da sociedade, para quem pudesse custear o serviço privado de saúde, e para quem fosse trabalhador, e como tal contribuísse de alguma forma para o sistema de previdência, neste caso garantindo-se também para o sistema de saúde pública para seus dependentes.

A restrição à saúde, antes da constituição de 1988, era tão relevante que as pessoas tinham que apresentar suas carteiras de trabalho ou carnê de contribuição previdenciária quando procuravam assistência hospitalar ou outro serviço de saúde público.

Portanto, os direitos sociais são conquistas dos movimentos populares, sendo reconhecidos internacionalmente e no Brasil pela Constituição da República Federativa de 1988, a qual os inaugurou em seu art. 6º, que dispõe: 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. (BRASIL,1988)

A doutrina de Silva (2007, p. 285) conceitua os direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

No mesmo sentido, Tavares (2012, p. 837):

Conceitua direitos sociais como aqueles “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”. Assim, é perceptível a importância dos

direitos sociais, haja vista que o desenvolvimento de prestações positivas visa alcançar as esferas sociais mais frágeis.

O reconhecimento da saúde como um direito social representa ao Estado deveres e responsabilidades, com vista a proporcionar medidas que possibilitem a sua efetivação. A Conferência Mundial de Saúde, realizada em Viena em 1993, deixa claro que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos histórico, cultural e religioso, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

A Constituição da República de 1988 buscou proteger os direitos sociais no rol de garantias fundamentais do seu art. 5º. O catálogo de direitos fundamentais presente no Título II da CRFB/88 contempla uma gama de direitos das diversas dimensões. Conforme Sarlet (2012): os direitos fundamentais estão espalhados também por todo o corpo da Constituição e, como dispõe o art. 5º, §2º da mesma, eles não excluem outros direitos fundamentais decorrentes tanto do regime e dos princípios adotados pela constituição, quanto dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte.

Assim, uma das muitas inovações da Constituição da República de 1988 foi a elevação do direito à saúde à condição de direito fundamental, conforme previsão dos arts. 6º e 196 a 200.

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 (BRASIL, 1988).

Quando se afirmar que determinado direito é dotado do atributo da fundamentabilidade, está se reconhecendo que ele possui uma especial dignidade e proteção, seja sob o aspecto formal, seja sob o aspecto material. Em linhas gerais, a fundamentabilidade formal de um direito emana da sua previsão constitucional, bem como das características daí decorrentes. A fundamentabilidade material, por sua vez, leva em consideração o conteúdo desse direito, passando ele a ser considerado

fundamental se for indispensável à estrutura básica do Estado e da sociedade (CANOTILHO, 2003).

Diante disso, é possível afirmar que a fundamentabilidade formal e material do direito à saúde é comprovada pela sua previsão expressa no artigo 6º da Constituição da República de 1988, disposto no capítulo referente aos direitos sociais e no título alusivo aos direitos e garantias fundamentais. Aliás, a CRFB/88 foi a primeira Constituição brasileira a reconhecer expressamente o direito à saúde como direito fundamental (SARLET, 2007).

Ressalte-se que, caso não houvesse a disposição do artigo 6º, a dupla fundamentabilidade do direito à saúde também poderia ser comprovada pelos artigos 196 a 200 da CRFB/88, que trazem uma série de normas sobre o referido direito.

O direito à saúde foi inserido na Constituição da República de 1988 visando ao bem-estar e à justiça social. Nessa perspectiva, o art. 196 o reconhece como direito de todos e dever do Estado.

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 a promoção, proteção e recuperação. (BRASIL,1988).

Segundo Rocha (2011) pontua ainda que, mesmo que se admitisse a existência de direitos fundamentais em sentido estritamente formal, o direito à saúde não se enquadraria nesta categoria. Isto advém, pelo fato deste direito ser de extrema relevância para os indivíduos, inclusive sendo essencial para a manutenção da vida e indispensável para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Logo, mostra-se evidente a presença da fundamentabilidade material do direito à saúde, podendo sua relevância ser extraída inclusive da CRFB/88, que dispõe:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL,1988)

A fundamentabilidade formal do direito à saúde na CRFB/88 desdobra-se em três elementos. Primeiramente, por estar previsto na Constituição, o referido direito

situa-se no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo, assim, a chamada hierarquia constitucional. Deste modo, se determinada lei dificultar ou impedir desproporcionalmente a sua efetivação, poderá ela ser declarada inconstitucional (MARMELSTEIN, 2018).

Por força do art. 60, §4º, IV da CRFB/88, outro desdobramento desta fundamentabilidade formal é a condição que o direito à saúde adquire de cláusula pétreas. As cláusulas pétreas configuram limites materiais ao poder de reforma e visam manter intactos determinados valores fundamentais escolhidos pelo constituinte originário, protegendo, desta forma, a identidade da Constituição (ROCHA, 2011). Assim, nem mesmo por emenda constitucional o direito fundamental à saúde pode ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro, bem como não pode ter seu núcleo essencial atingido.

Por fim, em virtude do disposto no art. 5º, §1º da CRFB/88, o direito fundamental à saúde possui também aplicação imediata. Portanto, o referido direito é considerado norma de eficácia plena, não precisando de regulamentação para ser efetivado, sendo plenamente exigível e vinculando diretamente tanto as entidades estatais, quanto os particulares (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). No mesmo sentido, Rocha (2011) pontua que o direito fundamental à saúde não pode ser caracterizado como norma meramente programática, pois possui plena aplicabilidade e não depende exclusivamente de metas e programas governamentais para ser exigível.

A interpretação do texto constitucional em relação ao conceito jurídico de saúde encontra-se na doutrina:

[...] deve ser interpretado considerando que a legalidade obriga a organização das ações e serviços públicos destinados a garantir o direito à saúde – em condições de igualdade para todo o povo – ao respeito das seguintes exigências: “descentralização, atendimento integral e a participação da comunidade” (CRFB/88., art. 198, I, II, III). As atividades de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para saúde, de participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos sanitários; de execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; de ordenação da formação de política e da execução das ações de saneamento básico; de incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde; de fiscalização e inspeção de alimentos, bebidas e água para o consumo humano e de controle do teor nutricional dos alimentos; de participação no controle e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e de colaboração na proteção do meio ambiente – nele compreendido o do trabalho – ainda que não

exclusivamente - definem o conteúdo do conceito jurídico de saúde na Constituição (BRASIL,1988).

Com o reconhecimento da saúde como um direito social fundamental, o Estado passou a ter o dever de elaborar prestações positivas em prol do cidadão por intermédio de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

Em precedente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luiz Fux enfatizou a solidariedade dos entes federativos para garantir o direito constitucional ao fornecimento de medicamento, nestes termos:

O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011, p. 116).

De acordo com Sarlet traz que a saúde é um bem jurídico protegido pela ordem constitucional e inquestionável para a vida, lecionando que:

[...] não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente,

também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física (SARLET, 2007).

O conceito de saúde e a atitude do Estado diante deste direito passaram por diversas alterações ao longo da história da humanidade. Contudo, foi somente com o advento do Estado Social que a saúde passou a ser admitida como uma necessidade coletiva, devendo o Estado intervir com o intuito de prestar serviços essenciais para garantia dela para toda a sociedade (ROCHA, 2011).

Atualmente, o conceito mais completo de saúde é aquele previsto no Preâmbulo da Constituição da OMS - Organização Mundial da Saúde (1946), que dispõe: A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. A saúde mostra-se, assim, como uma busca constante por uma melhor qualidade de vida.

Destarte, é dever de todos os entes federados, solidariamente, tanto a União, Estados, Municípios e Distrito Federal garantir, de forma efetiva, o direito à saúde, concretizando o acesso universal de todos a partir de ações essenciais voltadas à promoção, proteção e recuperação.

Em relação à competência legislativa, dispõe o artigo 24, XII, da CRFB/88, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde. Destaque-se que a União deve se limitar a editar normas gerais sobre os referidos assuntos, enquanto os Estados e o Distrito Federal podem editar normas complementares sobre os mesmos. Por sua vez, tomando como base o artigo 30, incisos I e II da CRFB/88, os Municípios também possuem competência para legislar sobre saúde, desde que seja para suplementar a legislação federal e estadual e que seja em prol de interesse local (ROCHA, 2011).

2.3 Direito Individual e Coletivo tem Diferença?

Direitos individuais e coletivos são classificações dos direitos fundamentais. Segundo Silva (2007, p. 185): Os direitos individuais, na tradição constitucional brasileira, são chamados de liberdades civis e liberdades-autonomia, portanto aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e

do próprio Estado. O autor os classifica em direito à vida, à intimidade, de igualdade, de liberdade e de propriedade.

Em contrapartida, os direitos coletivos são aqueles de que goza o homem como membro de uma coletividade, mas a própria Constituição é omissa em dar-lhes uma definição mais substancial. Apresentam-se na rubrica do Capítulo I do Título II, mas o texto constitucional nada mais diz a seu respeito. Silva (2007, p. 197). Diz que muitos desses direitos, dito coletivo, sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais.

A partir dessa distinção, ainda não se revela possível enquadrar o direito à saúde em uma ou em outra categoria de direitos. Tanto é que o autor dispensa aos direitos sociais uma das classes dos direitos fundamentais, aqueles do homem-social, a ele assegurado em suas relações sociais e culturais.

E continua por dizer que:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2007)

De acordo com essa definição, o direito à saúde estaria mais próximo dos direitos individuais, na medida em que diz respeito à igualdade e à liberdade. Contudo, não se pode negar que o homem-social é o homem inserido na coletividade, afastado, ainda que pouco, de sua particularidade e imerso na comunidade. De igual forma, o direito à saúde, da forma como colocado na Constituição, pouco tem a ver com a iniciativa e a independência do indivíduo frente ao Estado, pelo que se pode também aproximá-lo da seara dos direitos coletivos.

De toda sorte, mais importante que tentar dizer se se trata de um direito individual ou coletivo, é evidenciar a noção trazida pela Carta Magna, de que todas as categorias dos direitos humanos fundamentais se integram num todo harmônico, e o relevante papel que os direitos sociais desempenham nesse intercâmbio.

Assim Silva relata:

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. [...] O certo é que a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, ‘se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades’ e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: ‘para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas’. (SILVA, 2007, p. 186-187)

À parte das definições e distinções constitucionais e doutrinárias, o direito à saúde foi recepcionado pela Lei n.º 8.080/1990 sob um viés coletivo. É o que se depreende da interpretação dos princípios fundamentais nela consubstanciados, os quais serão vistos a seguir.

3 LEGISLAÇÃO DO SUS, POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 criou uma estrutura organizacional com o objetivo de garantir o direito à saúde através de um esboço do que seria o Sistema Único de Saúde (SUS). Com a perspectiva de regulamentar e dar funcionalidade ao SUS foi necessária a elaboração de Lei Específica da Saúde, a Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei do SUS ou Lei Orgânica da Saúde.

3.1 Sistema Único de Saúde (Sus)

A Constituição da República demonstra que o Sistema Único de Saúde (SUS) está voltado para sanar as necessidades e proporcionar bem-estar social à população. O SUS é definido no art. 198 do seguinte modo:

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. Parágrafo único – O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (BRASIL,1988)

Conforme Sarlet e Figueiredo:

O SUS pode ser caracterizado primordialmente como uma garantia institucional fundamental. Tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atenderll. Assim, a constitucionalização do SUS como uma garantia institucional fundamental significa que o direito à saúde deve ser pautado pelos princípios e diretrizes previstos na CRFB/88 (artigos 198 a 200). (SALET; FIGUEIREDO, 2008, p. 123)

A Lei nº 8.080/90, complementada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamenta os arts. 196 e seguintes da Constituição Federal, e, em seu enunciado, refere que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

A Lei do SUS prevê, no caput do art. 4º, esse sistema como sendo o conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas, federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público.

Cabe salientar que o art. 5º, da Lei nº 8080/90, traz os objetivos do Sistema Único de Saúde:

São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. (BRASIL, 1990)

Ainda, especificamente sobre o SUS, estabelecem os arts. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90, o campo de atuação do Sistema: “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.” (BRASIL, 1990)

Continuando a análise da Lei Orgânica da Saúde, destacam-se os Princípios e Diretrizes do SUS, especificamente citados no art. 7º, da Lei 8080/90.

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: 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. (BRASIL, 1990)

O princípio da unidade estabelece que o SUS é um sistema único e unificado, sendo vedado aos entes federativos adotarem sistemas públicos de saúde próprios. Logo, os serviços e ações de saúde estão sujeitos a um só sistema, possuindo uma direção única e um só planejamento, ainda que subdivididos em cada esfera de governo, ou seja, em níveis nacional, estadual e municipal (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Contudo, apesar de único, o SUS possui uma atuação regionalizada, adaptando suas ações e serviços de acordo com o local em que atua. Em virtude disto, ocorre uma descentralização do sistema, repartindo-se regionalmente as competências dos entes federativos, de forma que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde fica sob o encargo dos Estados e, principalmente, dos Municípios, enquanto a União (representada pelo Ministério da Saúde) atua mais em caráter supletivo e subsidiário (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Portanto, observa-se que o SUS orienta-se por uma subsidiariedade, de forma que os Estados e a União atuam principalmente de modo supletivo, suprindo as eventuais ausências do Município.

Por sua vez, a hierarquização dos serviços de saúde implica na divisão de redes em níveis crescentes de complexidade (básica, média e alta) de forma que o acesso aos referidos serviços ocorra a partir dos mais simples até os mais complexos, ressalvadas as situações de urgência (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

O princípio da integralidade do atendimento aduz que a cobertura oferecida pelo SUS precisa ser a mais ampla possível. Por meio dele, viabiliza-se a prestação dos mais variados procedimentos médicos, não podendo o Poder Público, em princípio, negar a realização de uma medida comprovadamente necessária. Este princípio tem como base o artigo 198, II, da CRFB/88, do qual se destaca que a prioridade de atendimento deve ser para as atividades preventivas (SARLET; FIGUEIREDO, 2008)

Por fim, a chamada participação na comunidade ou gestão participada é uma importante diretriz que ocorre principalmente por meio das Conferências de Saúde e dos Conselhos de Saúde. Em resumo, as Conferências contam com a presença de vários segmentos sociais e objetivam avaliar a situação da saúde pública e propor diretrizes para a formulação de políticas públicas. Já os Conselhos de Saúde são órgãos deliberativos, consultivos e fiscalizatórios e têm como principais funções formular estratégias de acordo com as particularidades regionais e fiscalizar aspectos econômicos e financeiros.

Quanto ao financiamento do SUS, o artigo 198, §1º, da CRFB/88 aduz que ele deve ocorrer por meio dos recursos provenientes do orçamento da seguridade social de todos os entes federados. O artigo 31 da Lei do SUS complementa:

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. (BRASIL, 1988)

O art. 198, §1º, 2º, 3º da CRFB/88 asseguram ainda que há a obrigatoriedade de uma aplicação anual de recursos mínimos em ações e serviços de saúde por parte de todos os entes federados. Desta forma, o fato de um ente federado ser responsável perante a população por determinado serviço de saúde não significa que a ele cabe custeá-lo sozinho ou de forma isolada.

Ainda sobre o SUS, Cury (2005) informa-se ainda:

O Brasil tem um sistema misto de saúde (sistema público e privado), pois o CRFB/88 em seu art. 199 assegura que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Assim as instituições privadas, principal as de caráter filantrópico ou sem fins lucrativo, podem participar, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde (SUS) - previsto no art. 200 da CRFB/88 e criado pela Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990 – mediante contrato de direito público ou convênio. Veda-se, todavia, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, bem como a participação de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do país, salvo nos casos previstos em lei (art. 199, parágrafos 1º ao 3º). (CURY, 2005, p. 93-94)

3.2 Política Nacional de Medicamentos e suas Diretrizes

Antes de adentrarmos neste trabalho sobre a Política Nacional de medicamentos, é de extrema importância fazermos uma abordagem sucinta sobre os pontos importantes que descrevem o surgimento das políticas públicas, desde uma discussão conceitual e os indicadores que influenciam nas prioridades do Governo quanto as suas criações.

Políticas públicas podem ser definidas como todas as ações de governo e podem ser divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação que influenciam as realidades econômica, social, ambiental, espacial e cultural (LUCCHESE, 2004 *apud* SILVA; SOUZA-LIMA, 2010). As políticas variam de acordo com o grau de diversificação da economia, com a natureza do regime social, com a visão que os governantes têm do papel do

Estado no conjunto da sociedade e com nível de atuação dos diferentes grupos sociais, como partidos, sindicatos, associações de classe e outras formas de organização social (BOBBIO; MATTEUCCIO; PASQUINO,1993; SANDRONI,1994 *apud* SILVA; SOUZA-LIMA, 2010)

Vale ressaltar que a materialização destas políticas acontece por intervenção direta e concreta dos sujeitos sociais e de atividades institucionais que as realizam em cada contexto e condicionam seus resultados. Portanto, o acompanhamento dos processos pelos quais elas são implementadas, além da avaliação de seu impacto sobre a situação existente devem ser permanentes.

Nessa abordagem, Silva e Souza-Lima (2010) disserta:

No contexto da realidade brasileira, cabe refletir sobre como são desenvolvidas as políticas públicas, principalmente as locais, e que relação estabelecem a condição de vida dos cidadãos. Acredita-se que as ações e os serviços precisam ser planejados e programados concomitantemente com as necessidades da população e de acordo com as condições de vida da realidade local a qual estão sendo desenvolvidas. Essas reflexões, ainda que difíceis, pela variedade de fatores que influenciam direta e indiretamente, devem ser consideradas. Não se pode planejar políticas públicas sem antes avaliar a necessidade local. Ações planejadas e organizadas pouparam recursos e, na maioria das situações, são resolutivas.

Um dos pontos necessários para o sucesso destas políticas é o planejamento estratégico que avaliem a complexidade e a relevância dessas ações. Avaliando eticamente, devem ser contrárias as ações políticas que aumentem as diferenças socioeconômicas, esgotem os recursos naturais ou não melhorem as condições de vida. Ao contrário, exige-se um planejamento estratégico destas ações que obtenham, em sentido amplo, um desenvolvimento sustentável, ou seja atendendo a todas as demandas sociais da população, inclusive dos excluídos.

Um quesito bem importante a ser destacado da formulação e implementação das políticas públicas é ser um processo eminentemente político, em que a influência de determinados grupos sociais, para verem executadas ações públicas de seus interesses abordam de forma coesiva os tomadores de decisões governamentais.

Portanto, em alusão e concordância Silva e Souza-Lima (2010, p. 5) define o conceito de políticas públicas:

São produtos de um intrincado processo de pressões políticas exercidas por grupos de sociedade civil, bem organizados e influentes politicamente, e das predisposições políticas do governo em se sensibilizar acerca dessas pressões. Esses grupos são detentores de agendas bem desenvolvidas e de redes de comunicação estabelecidas que permitem influenciar os tomadores de decisões dos Poderes Executivos a alocarem recursos e executarem políticas públicas de governo nos três níveis de poder: o federal, o estadual e o municipal.

Diante dos fatos identificamos que no Brasil as políticas públicas que normalmente são implementadas são alicerçadas em interesses estreitos, porém bem representados, em detrimento da necessidade da maioria da população, indo em contraposição a democracia plena. Portanto a ausência de processos consistentes democraticamente, na fase de elaboração das políticas, faz prevalecer as incapacidades de satisfação da população, gerando tensões sociais que revelam profundas necessidades de mudanças.

Amparado por todas essas informações, desde a implantação da Constituição federal de 1988, que respaldou a criação da lei orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS) que concretiza o direito social à saúde até as diretrizes que são determinantes na elaboração de políticas públicas, que foram abordadas sucintamente, houve a necessidade de regulamentar e melhorar o acesso da população brasileira a medicamentos de uma forma segura, eficaz e com qualidade. Diante desta necessidade o Ministro da Saúde, no uso de suas atribuições publicou a Portaria n.^o 3.916, de 30 de outubro de 1998 que resolve:

Art. 1.^º Aprovar a Política Nacional de Medicamentos, cuja íntegra consta do anexo desta Portaria. Art. 2.^º Determinar que os órgãos e entidades do Ministério da Saúde, cujas ações se relacionem com o tema objeto da Política agora aprovada, promovam a elaboração ou a readequação de seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes, prioridades e responsabilidades nela estabelecidas. (BRASIL, 1998)

Sendo que a referida Política Nacional de Medicamentos (PNM) tem como propósito:

Garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Com esse intuito, suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária.

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei n.^o 8.080/90, em seu artigo 6.^º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a “formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...”).

Vale destacar as bases que justificaram a criação desta política pública conforme:

O sistema de saúde brasileiro, que engloba estabelecimentos públicos e o setor privado de prestação de serviços, inclui desde unidades de atenção básica até centros hospitalares de alta complexidade. A importância (...) verifica-se, além disso, constantes mudanças no perfil epidemiológico que, atualmente, compreende doenças típicas de países em desenvolvimento e agravos característicos de países desenvolvidos. Assim, ao mesmo tempo em que são prevalentes as doenças crônico-degenerativas, aumenta a morbimortalidade decorrente da violência, especialmente dos homicídios e dos acidentes de trânsito. Além disso, aparecem e reaparecem outras doenças, tais como a cólera, a dengue, a malária, as doenças sexualmente transmissíveis e a AIDS. [...]. Em decorrência, observa-se, por exemplo, a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Some-se a isso a irregularidade no abastecimento de medicamentos, no nível ambulatorial, o que diminui, em grande parte, a eficácia das ações governamentais no setor saúde. O processo indutor do uso irracional e desnecessário de medicamentos e o estímulo à automedicação, presentes na sociedade brasileira, são fatores que promovem um aumento na demanda por medicamentos, requerendo, necessariamente, a promoção do seu uso racional mediante a reorientação destas práticas e o desenvolvimento de um processo educativo, tanto para a equipe de saúde quanto para o usuário. A produção e a venda de medicamentos devem enquadrar-se em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais direcionados para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos produtos, além dos aspectos atinentes a custos e preços de venda, em defesa do consumidor e dos programas de subsídios institucionais, tais como de compras de medicamentos, reembolsos especiais e planos de saúde. (BRASIL, 1998).

Para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, os gestores do SUS, nas três esferas de Governo, atuando em estreita parceria, deverão concentrar esforços no sentido de que o conjunto das ações direcionadas para o alcance deste propósito estejam balizadas pelas diretrizes a seguir explicitadas.

Na Política Nacional de Medicamentos algumas diretrizes merecem destaque neste trabalho que são as seguintes:

- Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais:

Integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País.

O fato de que a Relação Nacional, conforme assinalado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais e favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços.

Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente 13 no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Visando a sua maior veiculação, a RENAME deverá ser continuamente divulgada por diferentes meios, como a Internet, por exemplo, possibilitando, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do Sistema.

No processo de atualização contínua da RENAME, deverá ser dada ênfase ao conjunto dos medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado, no nível local, às doenças mais comuns à população, definidas segundo prévio critério epidemiológico.

- Regulamentação Sanitária de Medicamentos:

Nesse contexto, serão enfatizadas, especialmente pelo gestor federal, as questões relativas ao registro de medicamentos e à autorização para o funcionamento de empresas e estabelecimentos, bem como as restrições e eliminações de produtos que venham a revelar-se inadequados ao uso, na conformidade das informações decorrentes da farmacovigilância.

As ações de vigilância sanitária serão gradualmente descentralizadas e transferidas à responsabilidade executiva direta de estados e municípios, com exceção do registro de medicamentos e da autorização do funcionamento de empresas, que constituem papéis indelegáveis do gestor federal.

- Reorientação da Assistência Farmacêutica:

A reorientação do modelo de assistência farmacêutica, coordenada e disciplinada em âmbito nacional pelos três gestores do Sistema, deverá estar fundamentada: a) na descentralização da gestão; b) na promoção do uso racional dos medicamentos; c) na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público; d) no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução nos preços dos produtos, viabilizando, inclusive, o acesso da população aos produtos no âmbito do setor privado. A assistência farmacêutica no SUS, por outro lado, englobará as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização – nesta compreendida a prescrição e a dispensação – o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos.

Inicialmente, a definição de produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deverá considerar três pressupostos básicos, de ordem epidemiológica, a saber: a) doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores; b) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados; c) doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

Após essa análise, a decisão deverá, ainda, observar critérios mais específicos, relativos a aspectos técnicos e administrativos, de que são exemplos: a) o financiamento da aquisição e da distribuição dos produtos, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros; b) o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto das demandas e necessidades de saúde da população; c) a repercussão do fornecimento e uso dos produtos sobre a prevalência ou incidência de doenças e agravos relacionados aos medicamentos fornecidos;

- Garantia da Segurança, Eficácia e Qualidade dos Medicamentos:

O processo para garantir a qualidade, a segurança e a eficácia dos medicamentos fundamenta-se no cumprimento da regulamentação sanitária, destacando-se as atividades de inspeção e fiscalização, com as quais é feita a verificação regular e sistemática. Essas atividades, coordenadas em âmbito nacional pela Secretaria de Vigilância Sanitária, serão efetivadas mediante ações próprias do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, no cumprimento dos regulamentos concernentes às boas práticas de fabricação. Essa sistemática permitirá a concretização dos preceitos estabelecidos na Lei n. 8.080/90 e em legislações complementares.

Destas diretrizes são consideradas prioridades, a revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a reorientação da Assistência Farmacêutica, a promoção do uso racional de medicamentos e a organização das atividades de Vigilância Sanitária de medicamentos.

Por indicação e fundamentado nas propostas aprovadas na I Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica realizada em 2003, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) aprovou em 2004, através da Resolução n. 338, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), que a define como:

Um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

Relativamente à Assistência Farmacêutica, portarias emanadas do Ministério da Saúde contemplam os Componentes Básicos, Estratégicos e Especializados e a Política Nacional de Atenção Oncológica, definindo critérios, tratamentos e responsabilidades dos entes da federação quanto aos procedimentos de aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos aos pacientes.

Componente Básico consiste na primeira linha de cuidado e “destina-se à aquisição de medicamentos e insumos, incluindo-se aqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos, no âmbito da Atenção Básica à Saúde.”, de

acordo com o art. 2º, da Portaria nº 1.555/ 2013, que no art. 3º, estabelece regras sobre o financiamento:

Art. 3º O financiamento do Componente Básico da Assistência Farmacêutica é de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme normas estabelecidas nesta Portaria, com aplicação, no mínimo, dos seguintes valores de seus orçamentos próprios:

I - União: R\$ 5,10 (cinco reais e dez centavos) por habitante/ano, para financiar a aquisição dos medicamentos e insumos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica constantes dos Anexos I e IV da RENAME vigente no SUS;

II - Estados: R\$ 2,36 (dois reais e trinta e seis centavos) por habitante/ano, para financiar a aquisição dos medicamentos e insumos constantes dos Anexos I e IV da RENAME vigente no SUS, incluindo os insumos para os usuários insulinodependentes estabelecidos na Portaria nº 2.583/GM/MS, de 10 de outubro de 2007, constantes no Anexo IV da RENAME vigente no SUS; e

III - Municípios: R\$ 2,36 (dois reais e trinta e seis centavos) por habitante/ano, para financiar a aquisição dos medicamentos e insumos constantes dos Anexos I e IV da RENAME vigente no SUS, incluindo os insumos para os usuários insulinodependentes estabelecidos na Portaria nº 2.583/GM/MS, de 10 de outubro de 2007, constantes no Anexo IV da RENAME vigente no SUS.

§ 1º O Distrito Federal aplicará, no mínimo, o somatório dos valores definidos nos incisos II e III do "caput" para financiar a aquisição dos medicamentos e insumos constantes dos Anexos I e IV da RENAME vigente no SUS incluindo os insumos para os usuários insulinodependentes estabelecidos na Portaria nº 2.583/GM/MS, de 10 de outubro de 2007, constantes no Anexo IV da RENAME vigente no SUS. (BRASIL, 2013)

A execução das ações e serviços de saúde deste componente é descentralizada aos estados e municípios, “conforme pactuação nas respectivas comissões intergestores bipartite (CIB) (art.9º)

O Componente Especializado tem suas regras determinadas através da Portaria nº 1554/ 2103 que define no seu art. 2º:

é uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O acesso aos medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas no âmbito do Componente de que trata o “caput” será garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme as diferentes responsabilidades definidas nesta Portaria. (BRASIL, 2013)

O art. 3º divide o componente em grupos:

Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas: I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em: a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela Portaria GM/MS nº 1.996 de 11 de setembro de 2013) II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Isso mostra que o próprio Ministério da Saúde define competências e organiza o sistema de acordo com critérios de responsabilidade de financiamento, execução e dispensação, para facilitar o acesso e viabilizar a política pública, de acordo com as disponibilidades orçamentárias e financeiras de cada ente e a proximidade com o paciente.

O Componente Estratégico tem como foco o tratamento de doenças de perfil endêmico, como tuberculose, hanseníase, DST/AIDS e influenza. Conforme consta no sítio eletrônico do Ministério da Saúde.

Os medicamentos estratégicos são controlados e tem tratamentos definidos por meio de protocolos, diretrizes e guias e possuem financiamento e aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde, sendo distribuídos para as secretarias estaduais de saúde que tem a responsabilidade de fazer o armazenamento e distribuição aos municípios.

A Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) é normatizada pela Portaria nº 874, de 16 de maio de 2013 que define no seu art. 2º:

A Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer tem como objetivo a redução da mortalidade e da incapacidade causadas por esta doença e ainda a possibilidade de diminuir a incidência de alguns tipos de câncer, bem como contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos usuários com câncer, por meio de ações de promoção, prevenção, detecção precoce, tratamento oportuno e cuidados paliativos. (BRASIL, 2013)

3.3 Orçamento Público

O orçamento da administração representa um dos mais antigos instrumentos de planejamento e execução das finanças públicas. Classicamente, o orçamento é conhecido como um dispositivo que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado. Hoje, contudo, ele não se resume a um simples documento de caráter contábil administrativo, se constituindo como o planejamento da realização dos programas de governo e aplicação das finanças públicas. A melhor doutrina costuma seguir os ensinamentos de Baleeiro (1999), para quem orçamento é:

O ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei. (BALEEIRO, 1999, p. 123)

Nossa Constituição Federal reservou artigos específicos elevando normas sobre Finanças Públicas (art. 163 a 169 da CRFB/88). Neste capítulo estão definidos os princípios que regem o orçamento público e as normas que compõem o orçamento, sua aplicação e finalidade.

Sendo assim é importante o reconhecimento dos princípios constitucionais orçamentários, que se colocam no mesmo patamar de hierarquia das demais normas constitucionais, inclusive as que dizem respeito à saúde. Desta forma, quando em conflito, tais princípios devem ser analisados de forma individual, aplicando-se aos interesses no caso concreto.

De fato, o orçamento público, entre outros aspectos, determina em termos financeiros a alocação dos recursos públicos, ou seja, é um instrumento de

planejamento que espelha as decisões políticas, estabelecendo as ações prioritárias para o atendimento das demandas sociais, em face da escassez de recursos. O orçamento público tem dois pontos fundamentais: planejamento contábil e financeiro e controle de receitas e despesas.

Elaborar o orçamento, destarte, significa planejar, e planejamento é a primeira forma de intervenção do Estado no domínio econômico, político e administrativo da nação. A importância do orçamento para a nação fica clara ao analisar a lição de Vilanova (2003, p. 75), para quem: “Sem norma – lei constitucional ou sem lei ordinária, sem decreto executivo – seja qualquer a espécie exigida, sem ela, plano nenhum de governo, programa nenhum de desenvolvimento econômico ou social passaria para o campo concreto da realização”. Pereira (1999, p. 45) chegou a afirmar que “o orçamento, depois da Constituição, apresenta-se como o ato mais importante da vida de qualquer nação”.

O Orçamento Público deve ser bem desenvolvido e mostrar-se compatível com a situação financeira presente e futura de cada órgão e entidade. E deve representar com transparência a definição da política econômico-financeira da administração pública e os programas de trabalho do Governo. Com base neste instrumento público é possível concretizar as políticas programadas, tornando transparentes as prioridades das ações que integram os planos de governo.

É importante analisar que o orçamento público é um instrumento da democracia , ou seja, é resolvido a partir de um compromisso com a sociedade. Sendo aprovado por nossos representantes, portanto, indiretamente, somos nós quem o aprovamos. Na teoria, quando escolhemos os candidatos a chefe do executivo e do legislativo, votamos nas suas ideias em relação ao plano de governo e a ideologia posta no poder, além das áreas de investimento imediato e aqueles em longo prazo.

Com uma visão mais ampla, Julião JR. (2011, p.11) identifica no orçamento às funções administrativa, econômica e institucional. Pela primeira, o orçamento é instrumento de “previsão e controle da atividade econômica financeira pública”. Pela segunda, o orçamento é um arranjo no qual se busca a “alocação eficiente dos recursos, a redistribuição equitativa da renda e a estabilização econômica”. Por fim, pela terceira, o orçamento é o produto da “resolução de conflitos que surgem no processo de negociação orçamentária.” Portanto, de modo geral, o orçamento é conceituado segundo sua função, seja de controle das ações do Estado pela

sociedade, ou, mais originalmente, das ações do governante pelos parlamentares, seja de instrumento gerencial, segundo uma concepção mais moderna.

A CRFB/88 estabelece um Sistema Orçamentário, composto por Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Orçamentária Anual (LOA). Estes instrumentos passam a constituir o processo de planejamento orçamentário a curto e médio prazo, os quais possibilitam uma avaliação contínua dos objetivos e das metas previstas pelos planos de governo e criam condições para o avanço da qualidade e da eficiência das ações programadas. Vejamos os três instrumentos:

a) Plano Plurianual – PPA: é um instrumento de gestão que direciona os recursos públicos para os serviços e produtos que vão atender às demandas da sociedade, através de programas e ações do governo para um período de quatro anos.

b) Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO: é uma lei que orienta a elaboração e a execução do Orçamento. Estabelece regras e compromissos, indica prioridades, fixa metas para a administração pública e trata de vários outros temas, como alterações tributárias, gastos com pessoal e política fiscal. A sua vigência é anual. Integra a LDO, o Anexo de Metas Fiscais, em que são estabelecidas metas anuais em valores correntes e constantes relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública para o exercício a que se refere e para os dois seguintes.

c) Lei Orçamentária Anual – LOA: a Lei Orçamentária Anual estima as receitas que o governo espera arrecadar durante o ano e fixa os gastos a serem realizados com tais recursos. É o Orçamento propriamente dito, que apresenta o planejamento do governo, suas intenções e prioridades, traduzidos em ações com as respectivas dotações de recursos. O prazo de vigência é anual.

O financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é realizado pelas três esferas de governo, federal, estadual e municipal, conforme determina a Constituição Federal de 1988, que estabelece as fontes de receita para custear as despesas com ações e serviços públicos de saúde.

Com o objetivo de garantir os recursos necessários para o atendimento da saúde pública, em 13 de setembro de 2000 foi editada a Emenda Constitucional n.º 29, que alterou a Constituição Federal de 1988. O novo texto assegura a efetiva coparticipação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no

financiamento das ações e serviços públicos de saúde. A exemplo do que vinha ocorrendo com os mínimos exigidos para a educação, a Emenda estabeleceu percentuais mínimos das receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde. Isso resulta no aumento e maior estabilidade dos recursos destinados à área da saúde em todo o País. Para a União, a regra estabelecida vincula os recursos ao crescimento do PIB. No âmbito dos Municípios, a receita destinada às ações de saúde poderá ter um acréscimo relevante em decorrência das mudanças das regras aplicáveis progressivas: União: valor determinado a partir do crescimento anual do PIB; Estados: 12% dos recursos próprios provenientes de impostos; e Municípios: 15% dos recursos próprios provenientes de impostos.

Vários foram os efeitos positivos após a referida Emenda. Houve um aumento real nos investimentos realizados pelos entes públicos na área da saúde, no entanto, esta falhou ao não definir, para efeito do seu cumprimento, o que são ações e serviços públicos em saúde. Para tentar amenizar os imbróglios que a Emenda Constitucional nº 29 não conseguiu sanar, foi finalmente sancionada a Lei Complementar nº 141 de 2012.

Essa lei possui o condão de “regulamentar o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993.” O texto dessa lei complementar visa definir o que deve ser considerado gasto em saúde e fixa os percentuais mínimos de investimento na área pela União, Estados e Município.

A nova lei define que os recursos aplicados no setor sejam destinados às “ações e serviços públicos de acesso universal, igualitário e gratuito”. São considerados gastos em saúde a compra e distribuição de medicamentos, gestão do sistema público de saúde, desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovido por instituições do Sistema Único de Saúde (SUS), entre outros. Gastos em ações de saneamento básico, compra de merenda escolar, ações de assistência social, pagamento de aposentadorias e pensões, por exemplo, não podem ser considerados investimentos em saúde.

Ressalta-se que com a evolução da medicina, da ciência e até mesmo da qualidade de vida dos cidadãos, os gastos em saúde tendem a crescer cada vez mais, principalmente em razão da transição demográfica, visto que as populações envelhecem e aumentam cada vez mais a longevidade. Assim, pode-se considerar que os gastos em saúde vão aumentar, pois são mais intensos nos mais idosos.

O bom funcionamento do sistema de saúde depende de uma alocação equilibrada dos recursos em seus diversos setores, buscando-se evitar a insuficiência dos recursos financeiros para dar suporte a um sistema público universal de qualidade. Portanto, para que os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde não se tornem cada vez mais ineficientes, devem os gestores utilizá-los de forma consciente e prudente.

Esta situação referente aos valores destinados pela União para o financiamento da saúde foi alterada com a publicação da Emenda Constitucional nº 95, em 15 de dezembro de 2016 que institui novo regime fiscal de acordo com:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

"Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

I - do Poder Executivo;

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o **caput** deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (BRASIL, 2016)

De acordo com esta Emenda, a partir de 2018, os gastos federais com a saúde só poderão aumentar de acordo com a inflação acumulada conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

A inflação a ser considerada para o cálculo dos gastos será a medida nos últimos 12 meses, até junho do ano anterior. Assim, em 2018, por exemplo, a inflação usada será a medida entre julho de 2016 e junho de 2017.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PROCESSO ORÇAMENTÁRIO

4.1 Efetivação Judicial de Direitos à Luz de Princípios Constitucionais

Até o presente momento, foi comprovado que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos no texto constitucional como direitos subjetivos de aplicação imediata. Portanto direito de tal importância para a ordem constitucional que sua efetividade não pode depender de decisões políticas do Poder Legislativo e Executivo, o que justifica maior interferência judicial na busca da concretização máxima dessas normas, mesmo na ausência de uma regulamentação infraconstitucional.

Sobre o assunto Marmelstein (2018) faz a seguinte indagação:

Umas das mais intensas discussões dentro do direito constitucional é saber se os direitos fundamentais que emitem comandos prestacionais (deveres de implementação) podem ser efetivados pelo Poder Judiciário sem uma prévia intervenção legislativa. Há, no caso, um conflito entre o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (que exige do Judiciário uma postura mais ativa em favor desses direitos) e o princípio de separação de poderes e da democracia representativa (que pressupõem que as decisões políticas sejam tomadas pelo povo e não pelos juízes)

Desse conflito entre a máxima efetividade e o princípio da separação de poderes, surge o seguinte: se os direitos fundamentais não puderem ser implementados pelos órgãos judiciais, eles correm o sério risco de ser transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça do deslocamento das decisões políticas do Legislativo e Executivo pelo Judiciário. (MARMELSTEIN, 2018, p. 102)

No nosso país existe uma tendência em permitir um controle mais amplo pelo Judiciário, em consequência de um governo e um parlamento que demonstram incapacidade no cumprimento a contento dos objetivos traçados no texto constitucional, ou seja, atuação judicial em busca da implementação dos direitos fundamentais.

Em matéria de saúde, por exemplo, são vários os julgados obrigando o poder público a fornecer medicamentos diversos a pessoas carentes ou custear tratamentos e exames específicos, conforme recomendação médica.

A esse propósito, o STF proferiu uma decisão memorável reconhecendo o art. 196 da CRFB/88 gera direitos subjetivos, especialmente para as pessoas carentes, que não podem custear por conta própria o tratamento. Eis um trecho da ementa:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...] O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...] DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. [...] Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Dando continuidade sobre a matéria de princípios constitucionais, em abril de 2004, o informativo 345 do STF publicou na íntegra a decisão do Min. Celso de Mello na Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental 45, tratando da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, cuja ementa é a seguinte:

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da reserva do possível. necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Em vários países mais desenvolvidos como Alemanha, Espanha e Portugal, por exemplo, a possibilidade de o judiciário intervir na prestação material de direitos é observada por certa desconfiança, pois se entende que a escassez dos recursos necessários à concretização destes direitos demandaria escolhas políticas, portanto de responsabilidade do legislador e administrativo e não pelos juízes. “Apesar desta situação, nesses países entende-se que o Estado é obrigado assegurar aos cidadãos pelo menos condições mínimas para uma existência digna. É a chamada teoria do mínimo existencial” (MARMELSTEIN, 2018, p. 324)

A fim de sintetizar um conceito, fundamentado nas construções doutrinárias, pode-se afirmar que o mínimo existencial é a quantia capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas mensais de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, transporte, entre outros.

Nesse sentido, define Torres (2009, p. 69):

O mínimo existencial constitui uma das condições para o exercício da liberdade e dos direitos humanos. Pode se expressar no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito ou no devido processo legal. Não se confunde com os direitos sociais e econômicos, que não são fundamentais. O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e garantido positivamente pelas prestações estatais.

Embora o mínimo existencial não tenha previsão expressa na Constituição Federal, é reconhecido no Brasil por sua forte proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo considerado um direito-garantia fundamental e autônomo, interpretado à luz dos demais direitos sociais elencados na Constituição.

Na Constituição Federal de 1988, o mínimo existencial encontra-se positivado, implicitamente, em diversos artigos, prevendo uma forte intervenção do Estado na justiça social, prevendo a proteção de institutos essenciais como a saúde, educação, liberdade, segurança (BRASIL, 1988).

Conforme doutrina de Torres (2009, p. 69) o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico, assim, deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade e nos direitos humanos.

A Teoria do Mínimo Existencial interage não apenas com o Direito, mas com os variados campos das ciências humanas, como a sociologia, a economia e a ciência política. Juridicamente falando, esta teoria busca a redução dos direitos sociais ao mínimo existencial, o que possibilita uma melhor análise dos recursos que são dispostos pelo Estado.

Em que pese algumas doutrinas apresentarem o mínimo existencial como direito absoluto, é necessário lembrar que o direito não é ilimitado. O fato do direito não ser absoluto não impede sua limitação, tanto é que a própria Constituição apresenta em seu conjunto normativo quais os direitos são protegidos e os seus limites. Desse modo, o mínimo existencial não é ilimitado, sendo suscetível à ponderação, em especial à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Outro princípio a ser abordado como um influenciador nos deslocamentos orçamentários da administração pública é a Teoria da Reserva do Possível diante da limitação dos recursos orçamentários para efetivar o direito constitucional à saúde.

Segundo Marmelstein (2018, p. 328):

Implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não monetários, como pessoal especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos que o necessário para atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar demandas que importem alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, de modo que somente deve agir seguro de que não causará um mal maior.

O ideal seria que houvesse disponibilidade financeira para cumprir todos os objetivos da constituição, mas infelizmente não há, deste modo entra a cláusula da reserva do possível, tão alardeada e mal interpretada pelos que são contra o ativismo judicial em matéria de direitos sociais.

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha no conhecido caso *Numerus Clausus* das vagas em universidades, no início dos anos de 1970, a fim de amparar a limitação dos direitos sociais a prestações materiais de acordo com as capacidades financeiras do Estado, vez que seriam financiados pelos cofres públicos.

Sarlet e Figueiredo (2008) se manifestam:

De acordo com a noção de reserva do possível, a 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. A partir disso, a ‘reserva do possível’ passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social e alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29-30).

Os mesmos autores também ponderam que os direitos sociais são a garantia do mínimo existencial, pois:

[...] argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada ‘reserva do possível’ e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 27).

Contudo, para a efetivação dos direitos sociais, como o direito à saúde, por exemplo, são necessários recursos financeiros. Assim, com supedâneo na reserva do possível, o Estado deixaria de tomar certas decisões que objetivam diminuir as desigualdades sociais. Conforme Sarlet (2007), a reserva do possível não pode servir de barreira para a efetivação dos direitos sociais:

Como dá conta a problemáticaposta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público (SARLET, 2007, p. 355).

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do poder público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base na reserva do possível devem ser analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de cumprir a decisão judicial; é preciso demonstrá-la. (MARMELSTEIN, 2018, p. 331)

Diante do exposto, a alegação da reserva do possível somente poderá ser aceita se o Poder executivo demonstrar, de forma embasada, que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação dos direitos fundamentais. Sendo importante frisar que o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. Portanto, este deve trazer as documentações com elementos financeiros e orçamentários que justifiquem, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental pleiteado.

4.2 Intervenção do Poder Judiciário

4.2.1 Ações diretas de orientação aos órgãos do judiciário

Nesta fase deste trabalho apontaremos alguns pontos que consideramos fundamentais para exemplificar a atual situação da judicialização da saúde neste país.

Facilidade na concessão de uma liminar, sob o argumento simples de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sem nenhum questionamento e melhor compreensão por parte do Poder Judiciário acerca da organização e funcionamento do SUS e de suas políticas de saúde, com o consecutivo aprimoramento do direito sanitário, tanto pelo Judiciário quanto pelos seus defensores públicos dos réus. Com o intuito de disciplinar esta problemática e tornar justo, de fato, o atendimento ao pleito de quem realmente precisa e está desamparado pelas políticas públicas de saúde.

O Poder Judiciário, a partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constituiu um grupo de trabalho através da Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009. Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traz em sua ementa:

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

- c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;
 - d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;
- II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:
- a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
 - b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;
- (Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6).

Em 6 de abril de 2010, o CNJ também publica a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde conforme ementa:

Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”.

RESOLVE:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciais especializadas;

IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional [...]

Art. 5º Para dotar o Fórum Nacional dos meios necessários ao fiel desempenho de suas atribuições, o Conselho Nacional de Justiça poderá firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja voltada à busca de solução dos conflitos já mencionados precedentemente.

Ainda versando sobre a problemática acima e buscando um aporte técnico cada vez mais qualificado nos Tribunais de justiça, decorrente da contínua preocupação com a crescente judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu oferecer mais ferramentas para auxiliar o trabalho dos magistrados aprovando no plenário, por maioria, Resolução nº 238 de 06/09/2016 que traz em sua ementa:

Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.

RESOLVE:

Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais crião no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públcos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.[...].

§ 5º Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010.

Art. 2º Os tribunais crião sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo Único. Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui estabelecidos.

Art. 3º Os Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas ou Seções Judiciárias onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição.

Todas essas ações do Poder Judiciário devidamente implantadas, demonstrarão um atendimento ao princípio da máxima efetividade, sem entrar em oposição ao princípio da separação dos poderes explanados acima, ou seja, dando a assistência jurídica de forma correta a todos aqueles que a buscam em decorrência das falhas do Poder Executivo quanto ao atendimento por políticas públicas implantadas.

4.2.2 Comprometimento do Orçamento Público e Financiamento Insuficiente

A República Federativa do Brasil, além de ser um Estado Democrático de Direito, também apresenta alguns fundamentos conforme descrito no art. 1º da CRFB/88, sendo a dignidade da pessoa humana o ponto central, o núcleo essencial dos direitos fundamentais. É a partir deste princípio que os direitos fundamentais se espalham, sendo que o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, devem buscar a realização ao máximo a realização destes direitos até o limite do núcleo essencial deles.

Essa busca pela efetivação dos direitos garantidos constitucionalmente e não efetivados causam alguns problemas, por exemplo, o comprometimento do orçamento público em face das decisões judiciais na saúde e, até mesmo, a não efetivação das garantias dispostas no texto constitucional. O excesso de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, na tentativa de se efetivar as garantias constitucionais do direito à saúde, acaba muitas vezes impedindo a prática do texto constitucional. Observa-se a concessão de direitos e garantias a alguns jurisdicionados em detrimento de outros que continuam dependentes das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

No Brasil, também somente após a CRFB/88, é que a estrutura orçamentária adquiriu sua plenitude, por meio do processo de reforma do Estado Brasileiro que marcou a década de 90, foram introduzidas algumas inovações no orçamento público e planejamento, o que contribuiu para que ambos tivessem uma cumplicidade durante o seu desenvolvimento no contexto administrativo da gestão pública.

A obrigação de trabalhar com os recursos de forma planejada está prevista na CRFB/88, estabelecidas através do art. 165 um sistema coordenado por três normas jurídicas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei

Orçamentária Anual (LOA). Posteriormente, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), foram reforçadas as atribuições e conexões entre esses instrumentos já vigentes, sendo que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabeleceu especificamente o conteúdo da LDO e obrigou a interação dos instrumentos de planejamento e orçamento- PPA, LDO e LOA.

Também a LRF especifica as regras da PPA, LDO e LOA limitando desta forma a liberdade de utilização de verbas orçamentárias e fazendo com que o gestor considere as prioridades impostas, engessando assim as possibilidades de atuação deste frente às demandas que são apresentadas por meio de ordens judiciais, conforme previstos nos arts. 16 e 17 da LRF, cujo descumprimento implica em sanção penal e institucional, ou seja, a possibilidade de efetuar gastos em saúde sem antes haver uma relação com seu programa é inexistente, por isso, mesmo sem conseguir aprovisionar de forma certa esse custo com as ações judiciais os gestores precisam criar ações no orçamento para atendê-lo

Nota-se que mesmo a decisão judicial sendo direcionada à concretização do direito fundamental à saúde, ela não considera a complexidade dos critérios normativos legais e a possibilidade na execução por meios dos recursos alocados no orçamento. Desta forma, o administrador público fica vinculado ao ordenamento orçamentário, passível de ser punido conforme tipificado na Lei de Crimes Fiscais.

É importante mencionar, ainda, que ocorrem impactos orçamentários gerados com a realocação de recursos para que as decisões judiciais sejam cumpridas, prejudicando assim quem se beneficiaria com estes recursos e políticas públicas da pasta saúde por exemplo.

As sentenças judiciais que satisfazem o direito à saúde e implicam aumento de custos para o Erário público, reconhecendo um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado, são as chamadas sentenças aditivas. Estas têm consequências, decorrentes do seu surgimento provocado pelo poder Judiciário, que são: transforma o Poder Judiciário em ordenadores de despesas públicas dificultando o planejamento governamental exercido pelos outros poderes, no tocante as políticas públicas já aprovadas e com recursos orçamentários definidos e também atingem somente um número restrito de beneficiários, o que dificulta na atribuição de suas decisões à generalidade.

Como exemplificador, foi tratado neste trabalho anteriormente, que de acordo com a Portaria nº 1.555/ 2013, que no art. 3º, estabelece regras sobre o financiamento do Componente Básico da Assistência Farmacêutica é de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme normas estabelecidas nesta Portaria, com aplicação, no mínimo, dos seguintes valores de seus orçamentos próprios, sendo respectivamente R\$ 5,10 , R\$ 2,36 e R\$ 2,36 por habitante/ano totalizando os 3 entes federados juntos um valor de R\$ 9,82, para financiar a aquisição dos medicamentos e insumos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica constantes dos Anexos I e IV da RENAME vigente no SUS;

Sendo que de acordo com o Censo IBGE (2017) o Estado do Piauí tinha uma população estimada de 3.219.257 habitantes que multiplicado pelo valor de R\$ 9,82, referente ao financiamento acima, totaliza um valor anual de R\$ 31.613.103,74 e um valor mensal de aproximadamente R\$ 2.634.426,00 para a compra de medicamentos do componente básico, que serão entregues nos postos de saúde, para o atendimento de toda a População Piauiense.

Em termos comparativos informo que o Estado do Piauí tem um gasto muito maior por paciente com as ações judiciais, pois conforme relatório demonstrativo do setor de demandas judiciais do Estado do Piauí em que somente 10 pacientes para um período de tratamento de 3 meses representam um impacto nos cofres públicos de R\$ 2.050.565,46.

Sobre o assunto Moraes (2011) pode-se identificar que muitas vezes as decisões judiciais que fazem justiça no caso concreto “microjustiça”, têm significado um forte ponto de tensão diante dos elaboradores e executores das políticas públicas. Diante da judicialização, esses elaboradores e executores, atuantes no direito social à saúde, acabam se vendo compelidos a garantir prestações que contrastam com a política estabelecida. Não é por acaso que diante de alguns casos, tendem a solicitar que o cumprimento da decisão judicial extrapole suas possibilidades orçamentárias, levando a discussão sobre o já comentado neste trabalho a teoria da Reserva do Possível.

O art. 23, II, da CF instituiu a competência comum, de solidariedade institucional entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios para cuidar da saúde. Com base na orientação do art. 198 da CFRB/88 foram editadas diversas normas regulando o SUS, especialmente a lei complementar nº

141/2012, as leis nº 8.080/90 e 8.142/90, além do Decreto nº 7.508/2012, afora inúmeras resoluções e portarias, estabelecendo regras sobre os procedimentos nas ações de serviços de saúde, além de definir atribuições e competências aos gestores.

Portanto, após instituídas as políticas públicas de saúde com a divisão de atribuições e a repartição de competências entre os gestores públicos, não se pode mais desprezar essas regras de responsabilidade. O Judiciário representado pela maioria dos seus membros, não se atém para uma análise profunda acerca das normas de repartição da competência, prevalecendo que até os dias atuais a leitura de que a solidariedade do art.23, II, da constituição federal se sobrepõem as normas infraconstitucionais. Também não são raras as decisões prolatadas sem a necessária verificação de que o acesso a medicamentos e procedimentos fora dos protocolos clínicos somente se autoriza quando baseados em evidência científica, e que esta não é representada somente por uma recita ou relatório médico.

A regra da solidariedade institucional somente pode ser aplicada no caso de ausências de políticas públicas, ou quando da organização administrativa defluir a competência comum. A CRFB/88 assegura a integralidade no atendimento à saúde, e a judicialização é falha desses serviços. Todavia, as decisões judiciais proferidas devem atentar para as regras de repartição de competência, de modo a evitar o impacto deslocativo no orçamento, pois a imposição de despesas fora das rubricas orçamentárias leva a uma desorganização administrativa.

A propósito do impacto deslocativo, acentua Castro:

Um provimento jurisdicional que ordene o atendimento público de determinada necessidade médica fora do estabelecido pelas normas e regulamentos do Sistema Único de Saúde ou a revelia das políticas públicas traçadas dentro dos limitações orçamentárias do Poder Público- age em desfavor de toda a coletividade, pois atende a uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema e subverte, portanto, os próprios direitos fundamentais, que, a princípio, pretendeu garantir. (CASTRO, 2012, p. 78)

Por essa razão, as decisões judiciais não podem desprezar a existência de uma estrutura administrativa hierarquizada do sistema. A constituição federal fixou as diretrizes de organização do SUS, delegando as normas infraconstitucionais a regulação administrativa do sistema.

Aprimoramento e fortalecimento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), da Relação Nacional de Ações e serviços em Saúde (RENASES) e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), elementos fundamentais na compreensão do conteúdo do direito à saúde com atribuição do SUS e das responsabilidades sanitárias dos entes federativos nesse sistema único e interesses econômicos da indústria da saúde, em especial as farmacêuticas, e fragilidade pública no seu controle.

Sobre este ponto é de extrema importância identificar as funções exercidas pela CONITEC que foi criada pela lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. A Conitec, assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde - DGITS, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde - MS nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT.

Esses regramentos organizam a assistência em seus conteúdos e submetem os profissionais de saúde a procedimentos que foram avaliados quanto aos aspectos protetivos da saúde, como eficácia, segurança, economia, por ser um direito que tem custo. O SUS não pode ser um balcão de concessão de procedimentos descolados de diretrizes essenciais à sua organização sistêmica e segurança sanitária. A vedação de utilização de medicamento, produto e procedimentos experimentais ou não autorizados ou sem registro na ANVISA visam à essa proteção, e a escolha de um e não outro de eficácia comprovada, tem a ver com a racionalidade de seus custos, imperativo na administração pública, portanto impedindo as influências, de forma antiética ou dolosa, da indústria farmacêutica na tomada de decisões quanto as incorporações de medicamentos pelo SUS.

A RENASES deve se centrar em dois eixos: as atividades assistenciais terapêuticas e as de proteção da saúde que se incluem no âmbito das vigilâncias em saúde de responsabilidades do SUS. Por sua vez, a RENAME deve dispor sobre a assistência farmacêutica em complemento à assistência terapêutica prevista na RENASES. As duas devem ser acompanhadas dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, bem como o formulário terapêutico nacional que subsidia a prescrição, a dispensação e o uso dos medicamentos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao termo de todas as explanações, ficou evidenciado que as normas orçamentárias trazidas pela Constituição Federal, bem como a Lei 101/2000 formam um ordenamento jurídico eficaz e vinculado em planejamento de matéria de planejamento de ação governamental, causando não somente sanções administrativas e penais quando seu descumprimento e inobservância, mas também o comprometimento do orçamento destinado à saúde.

Da mesma forma, vale ressaltar a importância do Poder Judiciário, diante da escassez de recursos, observar os princípios da Separação dos Poderes, da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. A audiência pública do STF em 2009, a Recomendação nº 31 do CNJ em 2010, as resoluções nº 107, 2010 e nº 238, 2106 e os Enunciados do CNJ de 2014 foram muito importantes sobre as decisões judiciais, sem, contudo, contê-las nos avanços em números em todos os Estados e todas as instâncias. Trouxeram novos olhares, mas é evidente que a problematização da judicialização à saúde e o comprometimento orçamentário, que por muitas vezes falta de conhecimentos técnicos, por parte do Poder Judiciário ao conceder as demandas que lhe são apresentadas, está longe de ser resolvido.

É *mister* que a judicialização da saúde nesses últimos 20 anos, marcou a consciência social da lesão ao direito à saúde. Por isso, entende-se que o grande marco da judicialização tenha sido a visibilidade que esse direito fundamental passou a ter perante outros poderes da República até então indiferentes aos poderes constituídos. Portanto foi um ganho, sem sombra de dúvida a população, pois retirou a saúde do espaço exclusivo dos especialistas na área para colocá-la à vista de toda a sociedade.

Essa visibilidade do direito social à saúde, tem demonstrado uma maior atuação participativa da sociedade nas suas decisões e prioridades, atuando esta como agente proativo na definição das políticas públicas e na avaliação dos serviços, sob o olhar do interesse coletivo.

Também não se pode falar que a judicialização da saúde melhorou os serviços de saúde oferecidos pelas políticas públicas, ao contrário, as decisões judiciais podem, por diversas vezes, ter combatido o mau funcionamento do serviço de saúde, mas também tem contribuído na desorganização do sistema, ou seja, não alcançando a justiça necessária.

Além do mais, a decisão judicial centra-se quase sempre numa prescrição médica. Portanto este documento médico sozinho, tem o poder de garantir direitos, de incorporar tecnologias, de promover escolhas terapêuticas. Vale ressaltar que tem sido identificado por especialistas a respeito de decisões médicas que nem sempre se fundamentam em evidências científicas. Pois certas tecnologias terapêuticas são escolhidas sem as necessárias avaliações científicas, eficácia clínica e segurança, sendo muitas vezes mais custosas e menos efetivas que outras mais baratas.

Não há como um gestor público gerir um sistema de saúde que tem dois acessos: A das liminares judiciais que são diárias e constantes e a do cidadão que peleja na fila para ter a sua necessidade de saúde atendida. Evidencia-se um agravo ao princípio da igualdade que algumas decisões acarretam ao SUS, pois enquanto este se preocupa com a igualdade de acesso a população aos seus programas, mediante diretrizes impessoais, a jurisprudência com a justificativa de amparo do cidadão ao direito à saúde, afeta esses programas em algumas situações.

Tenho dúvidas se alcançaremos um sistema de saúde de qualidade em razão das decisões judiciais individuais que garantem o medicamento, alimentação, fraldas descartáveis, bombas de insulina e imposição de competências ao Poder Executivo diversa daquela pactuada entre os gestores da saúde de forma tripartite. Como por exemplo, executar um município para fornecer um medicamento oncológico de alto custo.

Corroborando com todas as explanações, cumpre então, sempre lembrar que a saúde e orçamento convivem lado a lado, sendo o direito à saúde dependente, entre outras coisas, do orçamento para efetivar-se. Portanto o que se faz necessário um equilíbrio e proporcionalidade nas decisões do Poder Judiciário em questões que envolvam o direito à saúde.

Por fim, sempre que o Poder Judiciário, também observar e respeitar as normas orçamentárias, evitará que ocorra grandes danos a concretização de fato das políticas públicas de saúde planejadas.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, J. S. **Comentário contextual à Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BALEIRO, E. **Uma Introdução à Ciência das Finanças.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Senado federal. Brasília, 2015.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. n. 607381/SC. Primeira Turma Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011. Disponível em: Acesso em 25 jun. 2018.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001.
- BRASIL. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos. **Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental a Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- JULIÃO JR, G. **Conceitos Básicos – Orçamento Público.** Apresentação de aula. Brasília, out.2011. 18 p.
- LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORAES, Polyana Santana. **Direito à Saúde:** o problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais. **Caderno virtual n. 24.** v.1. 2011.
- PEREIRA, J. M. **Finanças Públicas.** São Paulo: Atlas, 1999.

ROCHA, Eduardo Braga. **A judicialização do direito fundamental à saúde no Brasil.** 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Christian Luís da; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. **Política Públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** 2008. Disponível em: Acesso em: 01.julho.2018.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VILANOVA, L. **Fundamentos do Estado de Direito, in Escritos Jurídicos e Filosóficos**, Tomo I, Editora AXIS MVNDI – IBET, São Paulo, 2003, p. 418.