UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

PAULA ROMÃO RODRIGUES

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

JACAREZINHO – PR
2021

PAULA ROMÃO RODRIGUES

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

JACAREZINHO – PR
2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

RODRIGUES, Paula Romão

A judicialização da saúde e a responsabilidade estatal na Constituição Federal de 1988.

111 f.
Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2021.

Referências bibliográficas: f. 101

PAULA ROMÃO RODRIGUES

A judicialização da saúde e a responsabilidade estatal na Constituição Federal de 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

_____

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

_____

Prof. Dr.

_____

Prof. Dr.

_____

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e m Ciência Jurídica da UENP

Jacarezinho/PR, 04 de junho de 2021.

“Estamos a destruir o planeta e o egoísmo de cada geração não se preocupa em perguntar como é que vão viver os que virão depois. A única coisa que importa é o triunfo do agora. É a isto que eu chamo a cegueira da razão”.
José Saramago, *Ensaio sobre a cegueira*

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Mario e Cleusa, que nunca mediram esforços para me ajudar a realizar meus sonhos.

"Não sei o que seja.
Eu não a escolhi.
Jamais a fitei.
Mas levo uma coisa.
Não estou vazio,
não estou sozinho,
pois anda comigo
algo indescritível".
Carlos Drummond de Andrade, *Rosa do Povo*

AGRADECIMENTOS

Essa foi uma incrível jornada de crescimento, amadurecimento e desenvolvimento pessoal.

O maior agradecimento, sem dúvidas, é destinado aos meus pais, que me apoiaram em todos os projetos que intentei durante toda a vida. A vocês, todo meu amor e respeito.

Dedico, também, gratidão ao meu namorado Bob, que me encontrou no meio desse caminho e que a cada dia me faz uma pessoa mais completa e feliz. Esse caminho não seria o mesmo sem você. Obrigada por tudo o que faz por mim.

Agradecimento também destinado às minhas amigas Priscila e Danielle, que tanto me apoiaram e me deram força para que todas as tarefas fossem concretizadas da melhor maneira.

Agradeço a todos os mestres que tive na vida. Se hoje finalizado este projeto é graças aos ensinamentos que tive. Destaque especial para meu orientador, Professor Doutor Paulo Henrique, por todo o apoio e atenção.

Agradeço também aos colegas de sala, que compartilharam comigo, por tanto tempo, a convivência nesse período, com muito aprendizado a cada dia.

RODRIGUES, Paula Romão. **A judicialização da saúde e a responsabilidade estatal na Constituição Federal de 1988.** 2021. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

O presente estudo tem como escopo a discussão a respeito da responsabilidade estatal, consagrada pela Carta Magna de 1988, frente à atual situação da excessiva judicialização de medidas relativas ao Direito à saúde. Para melhor entendimento a respeito do tema, o aprofundamento será o estudo dividido em três capítulos. Primeiramente a definição a respeito do conceito do Direito à Saúde, a organização orçamentária para seu cumprimento e, por fim, a tratativa do tema da judicialização no Estado brasileiro. A metodologia a ser utilizada é a hipotética dedutiva com pesquisa bibliográfica na doutrina brasileira e estrangeira. A Constituição Federal, em seu artigo 196, define que a prestação da saúde é um dever do Estado e a este existe a obrigação positiva no sentido de concretizar as premissas do texto legal, bem como no sentido negativo, de não efetuar medidas que diminuam ou retirem estas de seus detentores. Como dever mandamental a respeito desse direito, assim como os outros direitos sociais, é necessário que seja a este dado efetividade. Nesse sentido, existe a possibilidade de proteção pela via judicial quando houver desrespeito a essas previsões. Dessa maneira, caso não sejam obedecidos os deveres elencados no artigo 196, caberá ao Poder Judiciário a posição de seu guardião. A judiciabilidade de tais premissas decorre, então, dos próprios contornos institucionais da Carta Magna. Contudo, é necessária a reflexão a respeito de ser esta medida, quando utilizada em grande escala, sem parâmetros de atuação ou mesmo sem definição de seu conteúdo, uma forma de concretização de justiça social, em seu sentido de distribuição e acesso a bens vitais de maneira equânime. Tais preocupações são relevantes tendo em vista que a previsão a respeito das obrigações e maneiras de prestação do Direito a Saúde pelo Poder Público são expressamente e minuciosamente previstas em lei e as decisões judiciais, quando efetuadas sem ponderação, podem causar grandes impactos negativos a tudo aquilo que estava especificamente programado. Nesse sentido, sem a presença de regras mínimas a respeito dessa tutela jurisdicional, pode o Poder Judiciário ser fonte de grandes injustiças, prejudicando, assim, o acesso de todos a direitos sociais básicos, não garantindo efetivamente a proteção da saúde e, consequentemente, atuando de forma contrária aos ideais de justiça social.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à Saúde. Justiça social. Democracia.

RODRIGUES, Paula Romão. **The judicialization of health and state responsibility in the Federal Constitution of 1988**. 2021. Master's Dissertation - *Stricto Sensu* Graduate Program in Legal Science - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

The present study has as its scope the discussion of state responsibility, enshrined in the Constitution of 1988, in the current situation of excessive judicialization of measures related to the Right to Health. For a better understanding of the theme, the study will be further divided into three chapters. First, the definition of the concept of the Right to Health, the budget organization for its fulfillment and, finally, the approach to the issue of judicialization in the Brazilian State. The methodology to be used is the deductive hypothetical with bibliographical research on Brazilian and foreign doctrine. The Federal Constitution, in its article 196, defines that the provision of health is a duty of the State and it has a positive obligation to fulfill the premises of the legal text, as well as in the negative sense, not to take measures that reduce or withdraw these from their holders. As a mandatory duty regarding this right, as well as other social rights, it is necessary that this data be effective. In this sense, there is the possibility of legal protection when there is disrespect to these provisions. Thus, if the duties listed in article 196 are not complied with, the Judiciary will be responsible for the position of its guardian. The legality of such premises derives, then, from the very institutional contours of the Magna Carta. However, it is necessary to reflect on whether this measure, when used on a large scale, without operating parameters or even without definition of its content, is a way of achieving social justice, in its sense of distribution and access to vital goods of equitable way. Such concerns are relevant considering that the provision regarding the obligations and ways of providing the Right to Health by the Government are expressly and precisely provided for by law and court decisions, when made without consideration, can cause great negative impacts to all that was specifically programmed. In this sense, without the presence of minimum rules regarding this jurisdictional protection, the Judiciary Branch can be a source of great injustices, thus harming everyone's access to basic social rights, not effectively guaranteeing the protection of health and, consequently, acting contrary to the ideals of social justice.

Keywords: Judicialization. Right to Health. Social justice. Democracy.

ANEXOS

Gráfico 1 – Universalização do Saneamento Básico..... 109

SUMÁRIO

1 O DIREITO À SAÚDE: CONCEITO 16
1.1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 23
1.2 Mecanismos infraconstitucionais de garantia, organização e concretização do Direito à Saúde 32
1.3 O direito à saúde como garantidor de justiça social 39
2 ORGANIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988..... 48
2.1 O orçamento no Estado Democrátrico de Direito..... 55
2.2 Orçamento e o cumprimento de medidas judiciais relativas à Saúde..... 58
2.3 A responsabilidade dos entes federados em ações judiciais relativas ao Direito à Saúde 63
3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....70
3.1 O papel social da judicialização no Estado Democrático de Direito.....76
3.2 As diferentes ações utilizadas para judicialização do Direito à Saúde e seus Reflexos sociais.....82
3.3 A judicialização em tempos de pandemia 88
CONCLUSÃO..... 97
REFERÊNCIAS 100

INTRODUÇÃO

“Mas as doenças têm algo de curioso, os seres humanos sempre esperam safar-se delas, de modo que só quando já é tarde demais se vem a saber que aquela iria ser a última” (SARAMAGO, 2005).

A presente dissertação tem como escopo o estudo a respeito da judicialização do Direito à Saúde como medida garantidora de ideais democráticos elencados pela Constituição Federal de 1988 e suas implicações dentro da organização estatal.

Nesse sentido, com a promulgação da nova ordem constitucional houve a redemocratização do Estado e, para que esse intento fosse possível, foram-lhe garantidos instrumentos. Uma dessas ferramentas foi a consagração da universalização de direitos sociais, como o da saúde. Contudo, em virtude da falta ou precariedade na prestação, houve grande aumento da busca pelo Poder judiciário para sua efetivação, sendo essas ações justificadas por omissão do Estado ou não.

Sabe-se então, nesse sentido, que uma das funções primordiais do Estado, após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, é a concretização de valores democráticos, como igualdade e liberdade, em todas as suas formas de atuação, e por esse motivo é necessário saber:

Definida a responsabilidade dos entes no cumprimento de obrigações referentes à prestação do Direito à Saúde, por meio de sua judicialização, o Estado cumpre os ideais democráticos previstos pela Constituição Federal?

Cumpre salientar que o presente estudo não terá como escopo a feitura de críticas no sentido de extirpar o fenômeno da judicialização, ou análise de sua possibilidade jurídica. O objetivo é o de apresentar reflexões doutrinárias para encontrar as melhores formas pelas quais os ideais que buscava a Constituição Federal na consagração do Direito à Saúde poderão ser concretizados.

O marco teórico do presente trabalho, tendo em vista que se trata de estudo a respeito do direito a saúde em aplicação prática, bem como da organização do Estado para seu cumprimento, é o da Constituição Federal de 1988.

Na atual realidade legal brasileira, é definida especificadamente a divisão de competências, bem como a responsabilidade de cada ente para o cumprimento de obrigações relacionadas aos diversos direitos sociais. Além disso, há a previsão do dever da criação de leis que tratam de matéria orçamentária e das diretrizes que coordenam e planejam ações do

executivo que visam à implementação de Direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Dessa maneira, no que tange ao dispêndio de recursos financeiros, deve ser seguido o estrito cumprimento da lei, com organização e planejamento.

Ocorre que, mesmo em condições normais, na atual situação de crise monetária, sanitária, econômica e política do país já existe grande dificuldade para o cumprimento mínimo de Direitos sociais, como, por exemplo, a distribuição de medicamentos, educação, alimentação, habitação, saneamento, todos ligados intimamente, de alguma maneira, ao Direito à Saúde.

Nesse sentido, cada vez mais os detentores desses direitos se veem obrigados a recorrer ao Poder Judiciário para obtenção e garantia destes. O problema se agrava e a busca por tais direitos superlota o Poder Judiciário que, mediante ações judiciais individuais, obriga o Poder Executivo a efetuar o seu cumprimento, gerando despesas que não estavam previamente definidas pelas leis que tratam de orçamento. Como consequência, o Estado, já em déficit de verbas, não consegue efetivar minimamente os Direitos sociais básicos de maneira uniforme à população, causando deficiência nas demais áreas e acarretando, dessa forma, um ciclo sem fim de descumprimentos de ordem constitucionais.

A falta de precisão legal a respeito de como será efetivado pela via judicial constitui um problema de ordem institucional que afeta todas as esferas de poder, assim como a falta de uniformidade em decisões judiciais. Dessa maneira, a judicialização sem parâmetros é um desafio para o funcionamento do Estado moderno. Outro problema digno de preocupação é a falta de definição a respeito do que efetivamente constitui o núcleo fundante desse direito, sendo questionáveis ações que são não fundamentadas em evidências científicas. Nesse sentido, mesmo sob o falso argumento de que se baseiam no Direito à saúde, essas concessões judiciais, que não se baseiam na medicina da evidência, também não são medidas que auxiliam o Estado como um todo na busca pela efetivação de justiça social.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e, juntamente com a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, define a responsabilidade dos entes pela distribuição de cada tipo de medicamento e tratamento. Logo, a responsabilidade definida pela Constituição, como de competência comum, ganha contornos claros e específicos a serem seguidos para criação e cumprimento de medidas e políticas públicas a respeito do assunto.

Por outro lado, definidos de maneira judicial desigualmente, até mesmo os contornos do que exatamente é saúde, pode o Poder Judiciário, em sua atuação como protetor de direitos fundamentais, ser também fonte de injustiças sociais.

O judiciário deveria, em regra, atuar em caso de omissão dos poderes no que diz respeito às políticas públicas da área da saúde. Igualmente, o sistema judicial, em matéria administrativa, deve atuar somente no controle da legalidade dos atos nessa área. Mesmo muitas vezes com a falta de conhecimento a respeito de questões administrativas e orçamentárias, atua como verdadeiro gestor, ordenando sem regras específicas o cumprimento de suas decisões e impactando, frequentemente, o ente que não é o responsável pela legislação para o cumprimento daquela obrigação. Dessa maneira, sua atuação pode causar ainda mais desorganização em um sistema que já possui problemas profundos, e ainda não resolve a questão do coletivo, ou seja, o direito social não é efetivado de maneira satisfatória.

Partindo do pressuposto de que a judicialização é um fato que ocorre no sistema judicial brasileiro, e também da premissa de que este é um ato que decorre do modelo de sistema institucional, não sendo, nesse sentido, uma escolha do Poder jurisdicional, a intenção do presente estudo não é a de debater a respeito de sua legalidade dentro do sistema jurídico pátrio, ou mesmo levantar teses acerca de ativismo judicial.

Dessa forma, o intento do presente estudo é verificar o papel que esse fator desempenha em um Estado Democrático de Direito e, assim, analisar o instituto como cumpridor dos valores democráticos, especificamente no que diz respeito à intervenção judicial para cumprimento do Direito Fundamental à Saúde.

O instituto da judicialização é fruto do desenho institucional e das características de normatividade dos direitos fundamentais. Sendo assim, a abordagem a respeito das responsabilidades constitucionalmente previstas se faz necessária em virtude de já existirem previsões a respeito das maneiras convencionais democráticas de prestação desse direito, o que interfere também nas formas de cumprimento pela via judicial.

Além disso, a judicialização da saúde é um fato jurídico, que cresce em números a cada ano. Ademais, em tempos de pandemia, em que decisões a respeito de matéria do direito a saúde têm de ser tomadas o mais rapidamente possível, dada a urgência das necessidades, a possível inércia dos outros poderes torna, assim, o tema ainda mais relevante.

Para tanto, serão apresentados esclarecimentos ao presente estudo por meio de análise do que pode ser considerado justiça social, com a análise de direitos sociais como seus principais concretizadores.

Igualmente, é reconhecida que a garantia judicial de direitos sociais, como a saúde, é medida que dá a esse direito subjetivo contornos normativos e auxilia no que toca à sua efetividade. Contudo, é necessária a análise a respeito de seus impactos no que diz respeito à justiça social em seu sentido de distribuição igualitária e acesso a direitos sociais.

Como hipótese, é necessário, então, que exista a adoção de critérios para criação e efetivação dessas medidas, bem como se verificar que o abarrotamento de decisões isoladas a serem cumpridas não resolve o problema e, pior, ainda o intensifica. A título de exemplo, com impacto do cumprimento de decisões que custeiam tratamentos ineficazes ou que não constituem efetivamente o núcleo fundante da saúde para determinado cidadão, pode ocorrer déficit orçamentário para o cumprimento de medidas relativas a esse mesmo direito, ou a outros direitos sociais, pois existe alocação de verbas para tanto.

Importa constatar que sem a observação de regras especificas, tudo aquilo que era de previsão para gastos pré-determinados para a implementação de medidas que dizem respeito ao próprio Direito à Saúde, ou outros direitos sociais, como a educação, pode ser comprometido com uma única ação, em que o ente deve cumprir independente de ser ou não o responsável ou de ser ou não uma medida baseada em evidências científicas.

Para melhor entendimento a respeito do assunto, bem como aprofundamento no tema, o trabalho será dividido da seguinte forma:

Em um primeiro momento, serão tratados os temas referentes à conceituação geral do direito que fundamenta o presente estudo, bem como de seu papel em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o primeiro capítulo será dividido da seguinte maneira: O conceito do direito a saúde e sua prestação. Sua previsão constitucional. Assim, seguidamente à definição a respeito do tema sob a ótica da Carta Política, serão então analisadas as leis infraconstitucionais. Trata-se de importante análise, tendo em vista que elas definem a maneira como serão trazidos à realidade os mandamentos constitucionais que fundamentam esse direito. Após essas análises será, então, realizada a discussão a respeito do papel social do referido direito em um Estado Democrático de direito.

Em momento posterior à definição do tema em seu significado e legalidade, será estudada, então, a formação do estado e sua organização para cumprimento dessas ordens fundamentais. Sendo assim, o segundo capítulo será dividido da seguinte maneira: primeiramente, tratar-se-á da organização orçamentária do Estado brasileiro, buscando o entendimento a respeito da importância desse mecanismo. Determinadas as responsabilidades dentro de um Estado Democrático de Direito para prestação por um dos Poderes, será possível a análise do impacto de ordens judiciais para cumprimento de necessidades individuais no

orçamento público, bem como saber se este é positivo em parâmetros democráticos. Seguindo tal ótica, será então analisada a responsabilidade legal dos entes federados no cumprimento dessa obrigação constitucional. Ao se observar a definição a respeito de competências e capacidade orçamentária, será, então, feita discussão a respeito da solidariedade no cumprimento da obrigação.

Por fim, no terceiro capítulo tratar-se-á especificamente do tema a respeito da judicialização da saúde no estado brasileiro e ele será dividido de seguinte maneira: inicialmente, o papel social da judicialização no Estado Democrático de Direito. Na sequência, analisar-se-á, então, as diferentes ações que podem servir de instrumento ao tema, divididas em: utilização de ações individuais, a utilização de ações coletivas e, por fim, a judicialização da saúde em tempos de pandemia.

1 O DIREITO À SAÚDE: CONCEITO

Primeiramente, antes de aprofundar a discussão a respeito da judicialização do direito à saúde, é necessário que seja primeiramente trazida ao presente estudo a definição de saúde e que se discuta a respeito dos contornos, definições e limites do seu cerne. Esses são fatores importantes, pois seu significado é o que fundamenta esse direito, sendo, assim, possível definir seu conteúdo e, consequentemente, sua prestação.

Após a Segunda Guerra mundial, o debate acerca da saúde ganhou maior destaque em virtude sua previsão expressa no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Foi assegurada, então, nessa previsão internacional, a prestação de meios que garantissem ao homem uma digna qualidade de vida. No tocante à conjetura da saúde, compreende-se que a proteção não se destina somente a tratamento médico ou remédios em caso de doenças, abordando assim, pioneiramente, um conceito mais amplo a seu respeito.

> Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmos e das suas famílias, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, p. 5).

A definição do que é saúde também é dada pela Constituição da Organização Mundial da Saúde em seu preâmbulo: **“**A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (BRASIL, 2020, não paginado).

Somente com observação desses conceitos é possível constatar que o seu significado não se traduz, nem se resume, apenas na ausência de doenças ou em seu tratamento. Contudo, por mais que tenham constituído avanços, esses conceitos não dão conta da discussão e muito se argumenta a respeito de sua precariedade e falta de evolução histórica. Dessa maneira, argumenta-se que somente o que é previsto em tais documentos históricos é suficiente para que seja possível uma definição exata do que é saúde.

“Trata-se de definição irreal por que, aludindo ao ‘perfeito bem estar’, coloca uma utopia. O que é ‘perfeito bem estar?’ É por acaso possível caracterizar-se a ‘perfeição’”? (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 3).

A definição dada pela Organização Mundial da Saúde, mesmo não vinculativa, irradia seus efeitos nos demais mecanismos e medidas que tratam do assunto. Há então, seguindo esta linha de pensamento, um debate acerca do teor de tal previsão e, além do conteúdo

previsto na Constituição da OMS, o caráter temporal do referido dispositivo também deve ser objetado. Nesse sentido, deve ser questionado o fato de que foi constituída em 1948 e os avanços científicos e históricos foram muitos, sendo necessária a reflexão a respeito de que muitos conceitos foram modificados por esse lapso temporal.

A tarefa de definição acerca de seu significado é árdua: o conceito não se queda reduzido ao âmbito do direito. São necessários diferentes esforços de variadas matérias para sua mínima conceituação.

Naomar de Almeida Filho (2011, p. 23-24) conceitua a saúde dentro das seguintes vertentes:

> 1. Saúde como fenômeno; fato, atributo, função orgânica, estado vital individual ou situação social, definido negativamente como ausência de doenças e incapacidade, ou positivamente como funcionalidades, capacidades, necessidades e demandas. 2. Saúde como metáfora; construção cultural, produção simbólica ou representação ideológica, estruturante da visão de mundo de sociedades concretas 3. Saúde como medida; avaliação do estado de saúde, indicadores demográficos e epidemiológicos, análogos de risco, competindo com estimadores econométricos de salubridade ou carga de doença 4. Saúde como valor; nesse caso, tanto na forma de procedimentos, serviços e atos regulados e legitimados, indevidamente apropriados como mercadoria, quanto na de direito social, serviço público ou bem comum, parte da cidadania global contemporânea. 5. Saúde como práxis; conjunto de atos sociais de cuidado e atenção a necessidades e carências de saúde e qualidade de vida, conformadas em campos e subcampos de saberes e práticas institucionalmente regulados, operado em setores de governo e de mercados, em redes sociais e institucionais (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 23-24).

O significado pode, então, sofrer interferências das mais diversas áreas de conhecimento a também diferentes vertentes acerca do que realmente constitui o seu conteúdo.

Analisados os possíveis conceitos doutrinários, é possível verificar que a saúde não pode ser considerada um bem de consumo e somente de maneira isolada não é passível de ser exercida em toda sua extensão. Se neste mesmo exemplo, na sociedade em que está inserido, todas pessoas não tiverem o mesmo acesso a esse direito, ele se tornará ineficiente. Dessa maneira, trata-se de um conceito transindividual.

Assim, não há como se falar em garantia do direito à saúde de maneira satisfatória se apenas parte da população for por ele abarcada. Se uma parcela dos indivíduos estiver excluída da proteção estatal e não tiver, por exemplo, acesso a recursos básicos como saneamento e auxílio médico, não se pode falar em garantia efetiva.

Dessa forma, o direito à saúde é um conceito integral, pois, se cumprido apenas em partes ou em benefício de somente algumas pessoas, torna-se ineficiente. Da mesma forma, a

integralidade é ligada à participação de múltiplos setores sociais, como profissionais da saúde, estado e cidadão, todos atuando em conjunto para definição de seu significado e para que a sua prestação seja realizada de maneira regular.

O tema é cercado de tanta essencialidade pois é fundamento de uma vida digna. A ameaça à continuidade da vida humana é fator relevante, frente às catástrofes ambientais e sanitárias. As escolhas e decisões mundiais são, em regra, desprovidas de responsabilidade social. E esses fatores de exclusão são demonstrados até mesmo na marginalização estrutural que algumas pessoas sofrem, inclusive retiradas do usufruto de seus direitos sociais básicos (MORAIS; QUEIROZ, 2017, p. 04).

A hermenêutica de aplicação de regras e princípios jurídicos deve também acompanhar a evolução da sociedade. Por esse motivo, o conteúdo principiológico de direitos fundamentais também será variável a depender da época em que se insere.

> Saúde é um conceito histórico, político e social construído principalmente por médicos. O aspecto jurídico desse conceito expresso especialmente na Constituição Federal de 1988 é resultado dessa construção histórica, política e social, bem como da trajetória da Medicina como profissão legalmente instituída para definir o que é saúde, o que é doença e o que é tratamento prescrito para uma doença (CARLINI, 2014, p. 11).

Outros instrumentos que dizem respeito à medicina e seu exercício também não podem ser confundidos com o conceito de saúde. Por esse motivo, a simples indicação médica não pode ser considerada como expressão desse direito e, assim, justificar uma ação judicial. O Direito à Saúde é expressão muito mais ampla, que carrega consigo diversas definições. Dessa maneira, mesmo sem aprofundamento do tema nesse capítulo, é possível observar que uma ação judicial não poderia, deste modo, somente se basear em uma receita médica.

Com a globalização, os conceitos de saúde e sua promoção ganharam contornos internacionais. Da mesma maneira, sofreram intervenções de outras matérias, como a ambiental, e de movimentos sociais, como o feminista. Nesse sentido, foram, então, esses conceitos abrangidos como diversos documentos internacionais de cunho mais político, como declarações e cartas (CZERESNIA; FREITAS, 2009, p. 20).

Esse significado é de extrema importância, pois irradia das mais variadas maneiras, até mesmo na justificação de uma pretensão subjetiva. E então, para que sejam definidos os limites das pretensões que poderão ser exigidas judicialmente, é necessária a delimitação desse direito.

Quanto ao seu alcance, tal direito é assegurado a qualquer pessoa que esteja no território brasileiro, o que significa dizer que é extensivo aos estrangeiros aqui localizados (SARLET, 2012).

Por esses motivos, a saúde como direito fundamental não pode ser apenas considerada como conceito em somente uma vertente. Existem diversas perspectivas como, por exemplo, a filosófica, médica, jurídica e a social.

> Os estudos sobre a medicina e seu papel político e social pertencem ao que hoje é conhecido como sociologia do conhecimento médico, que possui estudos e tem contribuído para a compreensão do papel do médico nas sociedades contemporâneas, principalmente em relação ao poder que exercem para a caracterização do que é doença e do que é saúde e, em consequência, para definição da aplicação de recursos públicos e privados na prevenção e no tratamento de moléstias, realização de exames, utilização de medicamentos e outras terapias de cura (CARLINI, 2014, p. 12).

Nesse sentido, dada a presença de dificuldade na conceituação do que efetivamente pode ser considerado como saúde, e ao se analisar que os conceitos podem variar pelos mais diferentes fatores, como, por exemplo, em virtude do tempo e localidade em que se encontram, é necessário que seja definido também o que não é saúde. Essencial é que sejam delimitadas quais pretensões outras que não possuem o conteúdo de um direito fundamental que possa ser tutelado judicialmente ou prestado pelo Estado.

Dada a complexidade do tema, em que muitos autores de várias áreas discutem a respeito da definição do que é saúde, estabelecendo-se, primeiramente, o que não constitui seu significado, pode-se evitar que o Poder Judiciário dê guarita a pedidos desconexos com seu conceito, porém que são postulados em seu nome.

Há se salientar que a saúde difere em seus conceitos a depender da ótica pela qual é observada. Ademais, o conceito jurídico se mostra como o mais cabível quando necessária a análise a respeito da judicialização de seu conteúdo.

Araújo (2018) analisa a problemática de não ser limitado o conceito de saúde. Uma vez que não há delimitação jurídica, quaisquer pretensões individuais podem se amparar nessa garantia constitucional, até mesmo aquelas cujos benefícios aos atendidos não podem ser comprovadas cientificamente.

> Com uma das normatizações mais extensas existentes sobre o tema, o arcabouço jurídico brasileiro permite indicar, dentre diversas possibilidades interpretativas, o que pode ou não ser efetivamente considerado como saúde. Se a definição conferida pelo ordenamento pode ser aceita, independentemente da teoria sobre o conceito de saúde que se entenda mais adequada, o assunto é, juridicamente, superado como

> pressuposto. Se, por sua vez, com base na abertura constitucional – como se verá adiante – entende-se possível afastar a limitação legal, o conceito de saúde passa a comportar igual abertura, dependendo de definição casuística e, naturalmente, gerando insegurança acerca de quais vêm a ser as expectativas legítimas de seus destinatários (ARAÚJO, 2018, p. 44).

Mesmo com a presença de um conceito constitucional amplo, é necessário que exista segurança jurídica quando da aplicação desses direitos. Os recursos financeiros do Estado não podem ser disponibilizados de maneira desmedida com fins de garantir interesses outros não pautados em seu real significado.

> Acerca da sociedade, de sua saúde e suas doenças, de sua condição de vida, de sua habitação e de seus hábitos, começa a se formar um saber médico-administrativo que serviu de núcleo originário à "economia social" e à sociologia do décimo XIX. E constitui-se igualmente uma ascendência político-médica sobre uma população que se enquadra com uma série de prescrições que dizem respeito não só à doença mas às formas gerais de existência e do comportamento (a alimentação e a bebida, a sexualidade e a fecundidade, a maneira de se vestir, a disposição geral do habitat) (FOUCAULT, 2008, p. 111).

O tema, então, se transforma na integração dos mais variados conceitos. E, dessa forma, torna-se a base e fundamento, trazendo o reconhecimento a respeito de se está ou não sendo cumprido esse direito em seu núcleo.

Saúde tem seu significado resultante da interação do homem com fatores biológicos, sociais e espirituais. E esses fatores são modificados a depender do contexto social e histórico nos quais estão inseridos, englobando-se bem-estar físico, mental, social e espiritual do homem (RABELLO, 2010, p. 32-33).

O direito à saúde não significa que todas e quaisquer pretensões serão efetivadas, nem muito menos o serão independentemente do valor. Além disso, deverão ser prestadas com parcimônia especialmente se outras áreas da prestação estatal de direitos sociais poderão ser afetadas.

Não há como se negar o fato de que grande quantidade de ações tem como pressuposto uma prescrição médica a respeito de remédios ou tratamentos, algumas vezes sendo o único fundamento jurídico para tanto. Por esse motivo, o esforço quando a delimitação daquilo que pode ser ou não direito que funda uma ação é conjunto. A saúde no Brasil é aquela baseada em evidências, o que exclui de suas possibilidades tratamento sem comprovação científica ou que se mostrem inúteis diante das possibilidades individuais da pessoa a ser tratada.

Dessa maneira, o tema deve ser discutido com seriedade e profundidade, até mesmo chegando-se ao ponto de se indagar qual direito exatamente está sendo garantido quando são concedidos tratamentos de alto custo para pacientes com doenças irreversíveis. A falta de

equidade na distribuição de medidas garantidoras da saúde, constitui deficiência no sistema, significa que o direito não está sendo cumprido, assim como determinado pela Constituição Federal.

As necessidades humanas são infinitas e intermináveis em quantidade, porém os recursos para sua promoção não o são. Dessa forma, a racionalização a respeito da prestação desse direito pelo Estado começa com a sua definição, ou ao menos a definição daquilo que não pode ser considerado como saúde.

Existe até mesmo, dada a amplitude de conceitos, o questionamento acerca da possibilidade de o Poder Judiciário muitas vezes judicializar esperança e não propriamente a saúde. Aqui, vale levantar questionamento sobre um possível Direito à Esperança como núcleo ou parte do conceito de saúde.

A esperança é um conceito amplo e de variação subjetiva muito grande. Importante se mostra para início da discussão que seja apresentado um conceito filosófico a seu respeito. Nesse sentido, afirma Baruch Spinoza:

> Efetivamente, a esperança nada mais é do que uma alegria instável, surgida da imagem de uma coisa futura ou passada de cuja realização temos dúvida. O medo, por outro lado, é uma tristeza instável, surgida igualmente da imagem de uma coisa duvidosa. Se, desses afetos, excluímos a dúvida, a esperança torna-se segurança e o medo, desespero, quer dizer, uma alegria ou uma tristeza surgida da imagem de uma coisa que temíamos ou de uma coisa que esperávamos (SPINOZA, 2009, p. 56).

Nesse contexto**,** a esperança não é um desejo que pode dar embasamento a um pedido juridicamente formulado. Não existe fundamento legal ou filosófico para que uma ação se sustente apenas na esperança do paciente ou do médico em um tratamento ou medicamento. Na questão de uma prestação positiva, não há como se pensar na garantia do direito à esperança.

Mesmo sendo um termo estudado pela medicina e vertentes afins, é necessário que seja analisado seu aspecto jurídico-legal. Dessa maneira, em virtude de ser um conceito abrangente ligado por diversas áreas de conhecimento, a esperança, de maneira isolada, dificilmente fundamentaria uma ação judicial em que a saúde seria prestada nos moldes constitucionais para os quais foi criada.

> Inerente à vida humana, a esperança, ou a falta dela, aparece associada às várias dimensões da nossa existência, na esfera pessoal, profissional, familiar e social. O seu grau de intensidade, e a importância que assume na hierarquia de prioridades, varia ao longo da vida: projectamos a esperança em objectivos a curto, médio e longo prazo (QUERIDO, 2005, p. 11).

A definição de saúde e sua prestação são tão relevantes em seu cumprimento em virtude dos perigos de, sob sua justificativa, darem guarita a direitos outros. A esperança, então, não é algo que não deva existir nesses cenários: apenas não pode justificar autonomamente uma pretensão, mesmo que apoiada na justificativa de um direito fundamental. Afinal, "a esperança efetua uma produção de nexos em torno de desejos individuais, subjetivos e projetos coletivos" (MENEZES, 2014, p. 11).

A discussão pode se aprofundar ao ponto até mesmo de se questionar se tratamentos que podem, ao máximo, conferir uma sobrevida a essas pessoas pode ser considerado como prestação de tal direito. Somente essas ações, desconectadas de evidências científicas, não se traduzem na efetiva prestação da saúde.

Nesse contexto, a esperança, então, não é um sentimento que não deva estar presente nesses casos de tratamentos, porém ela deve estar alicerçada em alguma evidência científica; não deve ser esse seu único fundamento.

A justificativa para que o fundamento jurídico da concessão de um tratamento médico pela via judicial não seja unicamente fundado em um elemento subjetivo e variável como a esperança é da variação de tratamento. Nesse contexto, sob essas justificativas seria possível conceder tratamentos diferentes a pacientes que se encontram em situações iguais, simplesmente fundamentando-se em suas expectativas, energias e dedicações voltadas à sua cura.

A ideia de medicina baseada em evidências, que é a elencada pela lei brasileira, afastaria a possibilidade de a prestação do direito à saúde se basear somente em meras esperanças de cura, seja porque o tratamento ou medicamento não tem comprovação científica ou porque, no estágio em que se encontra, para o paciente não existe possibilidade de cura efetiva.

> Portanto, ainda que a Corte Constitucional não tenha enfrentado o tema da esperança em relação a assuntos de saúde em um sentido amplo e, possivelmente, sem consciência da dimensão dos argumentos adotados como fundamento da decisão, pode-se entender que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, afastou o reconhecimento de um direito em tese à esperança, inclusive em sentido negativo. Nesta linha de pensamento, se não se pode considerar a esperança como um elemento necessário da saúde, também porque pode promover situações contrárias a ela – e consequentemente, também, à vida juridicamente tutelada –, sua conotação jurídica enfrentaria a contradição de se permitir que algo objetivamente negativo ao bem-estar do indivíduo pudesse ser compreendido como subjetivamente positivo a sua dignidade, a ponto de ser erigido ao status de direito (ARAÚJO, 2018, p. 147).

Deve ser considerado, nos casos de prestação do núcleo desse direito, um viés objetivo, uma vez que conceitos abstratos e variáveis tornariam a efetividade desse direito comprometida, fosse pela prestação positiva do Estado, por intermédio de ações como políticas públicas, ou pela prestação jurisdicional.

As informações acerca de tratamentos médicos ou remédios podem ser obtidas com mais facilidade em virtude da existência da Internet e da inclusão digital. Por esse motivo, atualmente pessoas acometidas de alguma doença podem depositar suas esperanças em algum método não comprovado cientificamente e, ainda mais, podem demandar judicialmente a garantia do Estado de seu acesso a esse tratamento.

Por esse motivo, a definição do que é saúde é tão significativa, pois o contrário, nesse sentido, um direito aberto a possibilidades infinitas, pode acarretar injustiças. Além disso, soma-se a possibilidade de que a concessão geral de pretensões individuais relativas ao direito à saúde estaria, assim, cumprindo os mandamentos constitucionais. Nesse sentido, a autora ainda apresenta o questionamento de que esse direito, com ampla absorção de conceitos, dê guarita aos mais variados sentimentos humanos que, em regra, em virtude de sua abstração, não poderiam ser demandados judicialmente, ainda mais justificar o deslocamento orçamentário para tanto (ARAÚJO, 2018).

Dessa forma, a esperança, quando analisada isoladamente, não é algo que possa ser interpretado como ruim ou indigno de ser considerado como um fato que afeta positivamente a vida das pessoas; apenas significa que não pode ter as mesmas proteções constitucionais ou efetivação de um direito social, como o da saúde.

Dessa maneira, o conceito de saúde varia não somente no tempo, como também no espaço. Isso significa dizer que seu significado será afetado pelos vetores sociais da comunidade em que se encontra. Por esse motivo, a participação da população e o acesso às informações referentes à saúde se mostram indispensáveis.

Pode-se observar, dessa maneira, que o conceito de saúde é modificado em virtude de elementos sociais e, em contrapartida, o acesso a esses direitos afeta a dinâmica social, servindo como base para fruição de outros direitos, de modo a demonstrar, assim, a importância social desse direito. Pode-se inferir também que, definidos contornos mínimos do que pode ser considerado saúde, certos sentimentos - como esperança de cura -, sozinhos, não podem dar guarita a formulações de pedidos judiciais. Dessa maneira, o conceito de saúde deve abarcar elementos objetivos, em virtude da obrigatoriedade de sua prestação de maneira integral e universal. Nesse sentido, é possível notar que a saúde, em seu conteúdo, carrega em si elementos que podem ser concretizadores de justiça social.

1.1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

Após a discussão a respeito do que é o núcleo desse direito, ou seja, o que é a saúde que o funda, importante, então, para o presente estudo, se mostra a análise a respeito de suas definições constitucionais e as maneiras pelas quais, de acordo com essa previsão, poderá ser prestado.

A constitucionalização desse direito foi fruto das conquistas da redemocratização do país. Os ideais constitucionais democráticos foram a ele aplicados. Dessa maneira, o que outrora eram direitos restritos a determinadas categorias populares passaram a atuar sob a égide da igualdade e da universalização.

> A saúde foi retratada pelo constituinte originário como um direito fundamental social. Para além de sua abrangência comunitária, a saúde se perfaz como direito individual advindo daí sua natureza híbrida: subjetiva e pública, constituindo tanto em um direito de cada cidadão quanto em um dever do Estado para com toda a coletividade (NUNES; ROCHA, 2020, p. 2).

Dessa maneira, os direitos sociais foram reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. A saúde foi, então, elevada ao patamar de direito fundamental, sendo incorporado ao seu cerne o princípio da igualdade, pois a todos, independentemente de qualquer fator, seja social ou financeiro, deveria ser disponibilizado.

Trata-se de uma importante modificação institucional, pois anteriormente à nova ordem constitucional de 1988, a prestação a saúde não possuía caráter universal, e somente eram protegidos pelo sistema de prestação de saúde aqueles que, de alguma maneira, contribuíam com a previdência social.

> Até a Constituição de 1988, a prestação pública dos serviços de saúde no Brasil era condicionada à contribuição para a previdência social. Isso porque, desde a década de 1920, o Brasil havia adotado o sistema de proteção baseado no seguro social, por meio do qual os serviços são garantidos àqueles que contribuem com a previdência social, admitido o atendimento particular aos que podem pagar (ARAÚJO, 2018, p. 51).

Com a modificação desse paradigma, foi então apresentado o artigo 194 da Constituição, que definiu a saúde como elemento da seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social. “A seguridade social compreende um conjunto integrado de

ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social" (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a saúde se encontra dentro do conceito mais amplo, que é seguridade social juntamente com a previdência e a assistência social. Esse sistema, então, integra diferentes formas de proteção constitucional. O mesmo artigo lista, também, quais serão os objetivos a serem alcançados. Entre eles, estão a universalidade, uniformidade de cobertura e atendimento, seletividade e distributividade, fatores estes que enaltecem a garantia de equidade na prestação e proteção dos atendidos. Quanto ao seu caráter de financiamento, estão a equidade na forma de participação e seu custeio e diversidade nas bases de financiamento, assim como também a irredutibilidade dos benefícios e sua seletividade e distributividade. Em seu caráter social, está a participação da comunidade e sua gestão administrativa democrática e descentralizada.

> No Brasil, sua consolidação ganhou novo status a partir do reconhecimento da saúde como direito fundamental, bem como através da expressa declaração de relevância pública das ações e serviços de saúde, ambos pela Constituição de 1988, em sintonia com o querer social especialmente manifestado a partir da redemocratização do país (DALLARI, AITH, MAGGIO, 2019, p. 9).

Observados esses requisitos quanto aos objetivos, é possível constatar que o Poder Público, então, deve se pautar em sua atuação, baseado em garantias como equidade, universalidade e igualdade para efetuação desses direitos.

Para modificação do panorama pós-período de ditadura, foram aliados conceitos mais igualitários e garantidos direitos que tornariam possível a efetiva democratização do país. Entre esses novos paradigmas estava a ampla participação popular no tocante a direitos sociais aliados à participação política e cidadã das pessoas. "É importante frisar que foi através da Constituição Nacional de 1988 que a saúde e o meio ambiente, no Brasil, passam a ser reconhecidos como direitos do cidadão e intimamente associados ao patamar de cidadania e qualidade de vida" (VARGAS et al, 2007, p. 6).

Igualmente, a discussão a respeito da universalização ao acesso aos serviços públicos que garantem a prestação mais igualitária de serviços sociais foi a grande mudança trazida pela nova constituinte. Começaram, então, a serem atrelados os direitos sociais de saúde, meio ambiente e educação aos ideais de cidadania e democracia.

A nova constituição buscou trazer um caráter mais igualitário, implantando-se em todo sistema de prestação de serviços públicos e aos direitos sociais, sendo estendidos a todos,

independentemente da contraprestação que ofereciam ao estado, tampouco importando se elas se dessem por intermédio de contribuições previdenciárias.

Com a instituição de valores democráticos em caráter permanente no Estado brasileiro, iniciou-se um debate pátrio a respeito da universalização do acesso à saúde e dos serviços públicos que seriam prestados. O movimento sanitarista foi decisivo na assembleia constituinte, dando origem à criação de um Sistema Único de Saúde que garantiria essa equidade e universalização. Com a promulgação dessa nova ordem constitucional, a prestação do direito não ficou mais adstrita a determinadas classes sociais, como a de trabalhadores que contribuíam com a previdência, como outrora ocorria (BARROSO, 2009, p. 14).

O moderno olhar a respeito desse novo direito incluía o foco na prevenção da existência de doenças, garantindo a todos qualidade de vida e amplas possibilidades no que diz respeito à forma de vivê-la. Observadas essas novas diretrizes, a saúde, então, não se resume à inexistência de moléstias, mas sim, também sua prevenção e mediante atitudes que reduzam os riscos de seu aparecimento, e o dever do Estado é a atuação conjunta de seus entes para que esse direito seja garantido em todos os níveis. Nesse sentido, o artigo 198 da Constituição Federal organiza as diretrizes das ações e serviços públicos para que sejam prestadas de maneira hierárquica, descentralizada e regionalizada em um sistema único com ampla participação social. A busca de acordo com essas orientações é de enfoque em políticas de prevenção, assim como serviços assistenciais.

Pela leitura dos artigos constitucionais, é possível observar que essa garantia possui um viés duplo, pois, além de ser fundamento para exercícios do direito de cidadania, o exercício desse direito também tem a necessidade de ser implementado e prestado com ampla participação social.

O mesmo artigo da Carta Magna define as maneiras como será financiado esse sistema de prestação à saúde. Determina, assim, especificamente como será tratado financeiramente por cada ente governamental, bem como as formas de financiamento que serão vinculadas aos recursos da seguridade social, aplicando os entes anualmente recursos mínimos. A união adotará o percentual de 15% da receita corrente líquida de cada exercício financeiro. Os Estados e Distrito Federal aplicarão, deduzidos os repasses aos municípios, as receitas decorrentes das arrecadações dos impostos de Transmissão Causa Mortis e doações de quaisquer direitos (ITCMD), os das operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) e o de propriedade de veículos automotores (IPVA). Quanto aos municípios, a aplicação será dos impostos de sua competência, que são o de propriedade predial e territorial urbana

(IPTU), transmissão ‘‘inter vivos’’, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis (ITBI) e o de serviços de qualquer natureza (ISQN). O percentual mínimo dessas receitas dos Estados, Distrito Federal e municípios será definido pela lei complementar, assim formas de fiscalização dessas aplicações e também os critérios de rateio dos recursos da união aos outros entes.

A Constituição também prevê, em seu artigo 200, as atribuições do SUS, frisando que outras poderão ser criadas por lei, entre elas o controle e fiscalização de todos os procedimentos, substâncias e produtos relacionados à prestação, prevenção e assistência da saúde. Entre essas incumbências, também estão as de ações voltadas à vigilância sanitária e epidemiológica e saneamento, incluindo as de ambientes de trabalho. Igualmente estão previstos deveres relativos à proteção do meio ambiente, dado o fato de que está umbilicalmente conectado à saúde e qualidade de vida dos cidadãos.

Deve-se notar, dessa maneira, que a concretização desse direito não é feita livre de regras. Existe previsão específica até mesmo para os planos de carreira dos agentes responsáveis pelas áreas da saúde.

Ademais, importa salientar que a Carta Magna prevê que a prestação desse direito, apesar de ser incumbência do Poder Público, não é sua exclusividade. A definição de competência, então, não determina que tais serviços sejam de prestação exclusiva dos entes federados e, apesar de ser incumbência obrigacional estatal, podem ser prestados em conjunto com o setor privado.

> Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de "prestações" recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito [...] (NEVES, 2013, p. 65-66).

Surgem, então, as figuras do Estado fiscalizador e incentivador. Elas vêm à tona em virtude de que em qualquer das modalidades da prestação a saúde a participação do Poder público é essencial. Seja fiscalizando, incentivando determinadas condutas ou praticando diretamente a prestação desse direito, o Estado é o ator principal no que diz respeito à saúde no Brasil.

O Estado, em um posicionamento moderno, vem deixando sua função de prestador de direto de serviços públicos. Contudo, mesmo não os prestando de maneira direta, tem o dever de garantia e fiscalização em virtude do interesse público (OLIVEIRA, 2016, p. 2).

Dessa maneira, a saúde pode também ser prestada de maneira privada, porém essa prestação não é isenta de determinação e pode funcionar de maneira suplementar ou liberal. E quanto à forma privada de prestação da saúde, ela também se divide em liberal clássica e suplementar, a saber:

> No Brasil, a prestação privada de serviço de saúde divide-se em dois subsetores: o de saúde suplementar e o liberal clássico. O subsetor liberal clássico é composto por serviços particulares autônomos, em que os profissionais estabelecem as condições de tratamento e sua própria remuneração, alcançando clientela própria e específica, ao passo que a saúde suplementar é financiada pelos planos e seguros de saúde, sujeitando-se à regulação exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei no 9.961/200033 (VITALIS, 2016, p. 14).

Tal possibilidade é prevista expressamente pela Constituição em seu artigo 199, que afirma que a prestação da saúde, submetida às regras específicas e fiscalização do Estado, é livre para iniciativa privada de maneira complementar ao sistema público.

Nesse contexto, existe, então, a previsão de um sistema híbrido de prestação de tal garantia constitucional, sendo o sistema privado de suplementar atuação do sistema público.

O Estado possui ampla gama de formas de desempenho de sua função constitucional, podendo atuar de maneira direta, quando presta os serviços por entes públicos, ou indireta, por meio de incentivo e regulação para garantia desse direito.

Nesse sentido, apesar do desempenho estatal ser essencial e primordial na prestação de tal direito, sua atuação não é exclusiva. Será igualmente considerado cumprido esse mandamento constitucional mesmo quando prestado pelo setor privado, claramente submetido às regras públicas.

As duas possibilidades de atuação do Estado, seja público ou privado, está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 197, que prevê expressamente que a prestação será possível pela via direta ou indireta que se dá quando prestada por terceiros estranhos à administração pública, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Da mesma maneira, o artigo 199 estabelece a participação da iniciativa privada, mas de maneira complementar, bem como vedações de repasses públicos para as que tiverem intenção de lucro. Então, é possível notar que essa participação foi prevista pelo legislador originário, sendo parte dos ideais democráticos estabelecidos pela nova ordem constitucional.

Mesmo abrindo possibilidade de atuação do setor privado juntamente com o público, sendo, nesse sentido, um sistema híbrido, toda a sistemática de funcionamento segue os ideais constitucionais.

Da mesma maneira, dada a forma abrangente pela qual esses serviços poderão ser prestados, é de extrema necessidade que haja regulação infraconstitucional com fins de determinar as formas pelas quais serão organizadas essas prestações, bem como a competência para tanto.

Nesse contexto, o Estado, por vezes, atua como agente incentivador ou mesmo ativador dos próprios integrantes da sociedade, estimulando-os a determinado comportamento em prol da coletividade e do bem comum. No âmbito da saúde, há casos em que o incentivo do Estado para a realização de um comportamento benéfico ou a cessação de um comportamento maléfico traz consequências relevantes para o indivíduo e para a própria sociedade. Contudo, essa atuação não é livre de críticas, em virtude da possibilidade de desvirtuamento do sistema para obtenção de lucros de empresas privadas, mesmo com a vedação expressa da Carta Magna na utilização de recursos públicos para tanto. Nesse sentido:

> A expansão de rede privada com essas características fará aumentar a individualização das demandas, os pagamentos diretos em clínicas populares e o consumo de planos de saúde baratos no preço mas com armadilhas contratuais e sérias restrições de coberturas. Mais uma vez o SUS, o fundo público, será utilizado como fiador e resseguro das operações privadas. À proporção que gastos privados substituem as despesas públicas, aumentam os obstáculos para a justiça e a equidade. Sempre que prestadores privados têm garantida a venda de seus serviços por produção, sem compromisso com os resultados de saúde, os riscos de desperdício de recursos e explosão dos custos do sistema de saúde são enormes (SCHEFFER, 2015, p. 2).

Igualmente, como já afirmado, a prestação à saúde não se resume a simplesmente tratar doenças; a atenção primária à saúde com vistas a evitar que pessoas sejam acometidas de moléstias, ou melhorando sua qualidade de vida, também constitui a concretude desse direito. Da mesma maneira, conta também a adoção de medidas que busquem incentivar ou desincentivar determinados comportamentos em prol da melhoria da saúde da população.

Pela forma de atuação reguladora, a atividade estatal, nesse contexto, pode ser a de estimular determinados comportamentos no interesse da promoção da saúde para bem-estar social. Pode também ocorrer por um viés contrário, como o desestímulo de algumas ações que trariam malefícios à saúde da sociedade. Esses atos evitariam o gasto excessivo com tratamentos posteriores, melhorando assim, de forma geral, a qualidade de vida das pessoas, sendo essas atitudes eficazes e racionais. Exemplos de atitudes desestimuladoras são o da campanha antitabagismo, e de atividades positivas, a campanha em prol da doação de órgãos (VITALIS, 2016, p. 18-19).

A atuação do Estado, dessa maneira, deve ser pautada por critérios objetivos que levem à efetivação de direitos fundamentais, utilizando-se dos recursos materiais disponíveis para tanto, também com a possibilidade de auxílio do setor privado. Por esse motivo, a prestação deve ser feita de maneira inteligente e eficaz, sendo a desorganização em sua efetivação uma das formas pelas quais pode ser considerada falha.

> Atualmente, os direitos sociais encontram-se positivados em documentos internacionais e em grande parte das Constituições nacionais contemporâneas. Apesar disso, estão, em muitos lugares, sem a efetividade desejada. Essa realidade é vista, principalmente, nos chamados países periféricos, normalmente localizados no Sul geográfico (MAIA, 2016, p. 3).

Definidos assim, constitucionalmente, esses direitos sociais, e dado a eles o caráter universal, fato que constituiu um grande avanço no tocante à conquista de direitos fundamentais, é necessário, então, atenção no que diz respeito à maneira como esses direitos serão cumpridos e a sua forma de reinvindicação, caso o Estado não atenda a esses comandos fundamentais.

Importante se torna, também, discorrer a respeito da aplicação do direito no plano concreto. Houve, então, com o novo texto constitucional, a ênfase na doutrina da efetividade, tendo em vista os problemas em dar concretude aos mandamentos constitucionais.

Nesse sentido, surgiram questionamentos no sentido de apontar que somente a previsão constitucional não bastaria para a proteção dos valores fundamentas ali elencados. Dessa maneira, a doutrina da efetividade surgiu em virtude do problema de que direitos fundamentais não possuíam aplicação satisfatória no plano prático. Notou-se que o problema a ser enfrentado não era apenas o da positivação de importantes direitos na Constituição, mas sim, quais seriam as ações práticas que trariam ao plano real esses direitos, dando-lhes, assim, concretude.

Essa teoria foi concebida no meio acadêmico e ficou conhecida como doutrina brasileira da efetividade, que levantou questionamento acerca da insinceridade normativa no tocante à concretização de valores constitucionais. Esses problemas de aplicação se davam, de acordo com a doutrina, pelo fato de a Constituição ser vista como algo místico e também pela falta organização política para seu cumprimento. De acordo com essa teoria, os direitos constitucionalmente previstos deveriam ser aplicados em sua máxima extensão e necessitariam ter agregados a si mecanismos de tutela em caso de seu descumprimento (BARROSO, 2013, p. 5).

Da maneira, essa doutrina surgiu modificando as estruturas referentes à garantia e prestação do direito à saúde, que é objeto do presente estudo. Alterando as estruturas institucionais, foi concedido ao poder judiciário o papel de garantidor desses direitos. Por esse motivo, justificando-se na efetividade, eles podem ser tutelados judicialmente.

> Em outras palavras: que conduta se observa para estabelecer a efetividade de uma norma? Talvez a conduta dos cidadãos? Não: quando os realistas falam de eficácia do direito não se referem ao comportamento dos cidadãos; não pretendem dizer que são direitos as normas aplicadas por estes últimos, e isto por dois motivos: em primeiro lugar, se devesse acolher uma semelhante definição do direito, este não existiria porque não há normas jurídicas que todos os cidadãos respeitem; em segundo lugar, é extremamente difícil (e praticamente impossível) desenvolver uma investigação sociológica para verificar se e em qual medida os cidadãos aplicam certas normas — e consequentemente constatar quais são as normas jurídicas. Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juízes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juízes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer no dirimir as controvérsias (BOBBIO, Norberto, 1995, 143).

Dessa maneira, a eficácia aplicada a tal direito é essencial. Faz-se necessário não apenas a previsão constitucional: é primordial que, além da previsão em texto legal, existam garantia concreta e medidas que garantam o acesso igualitário a esses direitos.

Isso posto, o direito fundamental à saúde possui caráter normativo, da mesma forma que irradia seus efeitos, determinando que o Estado promova políticas públicas para seu cumprimento, seja no que diz respeito, em sua atenção primária, a tratamentos médicos ou concessão de remédios. Tais características também dão ao poder judiciário a função de garantidor, caso o Estado seja omisso ou não atue de maneira satisfatória a garantir esses direitos.

Contudo, críticas a essa doutrina existem e são voltadas ao sentido de se discutir a respeito do viés contrário à efetividade, ou seja, criticar as causas de sua inefetividade.

Um dos argumentos dos formuladores da doutrina da efetividade se dá a respeito dos motivos que ensejam a inefetividade das garantias constitucionais, qual seja, os motivos a respeito da insinceridade normativa. Sintetiza seus motivos colocando o fardo de tal descumprimento nas elites, de modo a reduzir o problema à falta de atuação política para tanto (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 24).

Todavia, Christian Edward Cyril Lynch e José Vicente Santos de Mendonça apresentam o problema a respeito da verificação empírica acerca da quantidade e dos reais motivos que levam à inefetividade das normas constitucionais.

> Do ponto de vista hermenêutico, há complicador adicional. A hipótese da insinceridade normativa pressupõe a existência de uma única interpretação constitucional legítima da constituição: aquela que é impedida pelas elites. Entretanto, textos jurídicos - e textos constitucionais ainda mais - raramente gozam de consenso hermenêutico. Há sempre disputas, motivadas por diferentes interesses e valores, em torno do significado de seus dispositivos (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 24).

Dada a amplitude da discussão e de seus fatores históricos e sociológicos, dificultosa se mostra a verificação dos reais motivos dessa ineficácia. Nesse sentido, a insinceridade normativa teria problemas mais profundos e difíceis de detectar não apontados por essa doutrina.

Esse direito subjetivo apresenta incumbências ao Poder público, todas voltadas à sua concessão, com caráter universal e igualitário, passível de ser tutelado dada a sua característica de indisponibilidade e ligação umbilical com o Direito à vida. A mera projeção constitucional sem as devidas ações que concretizem essas medidas são, em consequência, graves omissões do Poder Público.

Como um direito subjetivo, possui certas características que lhe concedem normatividade. Apesar de seu caráter programático, que é dirigido como obrigação a todos os entes integrantes da administração pública, não pode carecer de meios que promovam sua efetividade. Dessa forma, não podem se tornar somente uma promessa ou uma simples previsão em um artigo constitucional. Nesse sentido, a garantia possui algumas características que a tornam concreta.

> Em que pese existir previsão constitucional e infraconstitucional do direito à saúde, a sua materialização desse não é tarefa das mais fáceis, muito pelo contrário, envolve inúmeros obstáculos que se revezam nas esferas jurídica, econômica, social, cultural, entre outras. Aplicar concretamente o que até então se resume em abstração legal exige uma conjugação de fatores que vai além da boa vontade, que, em muitos casos, acaba "soterrada" pela burocracia, ineficiência e incompetência do poder público (BARROS; CARNEIRO, 2006, p. 7).

É possível, então, constatar que, a respeito da análise de seus desenhos institucionais, esse é um direito tutelável na esfera jurídica quando descumprido. Não corresponde medida inidônea sua garantia jurisdicional, contudo, apesar de a Constituição não definir especificamente de qual forma será prestado, as leis e garantias infraconstitucionais o fazem, definindo especificamente de qual forma prática será prestado diretamente pelo Estado.

1.2 Mecanismos infraconstitucionais de garantia, organização e concretização do Direito à Saúde

No tocante à determinação Constitucional a respeito do Direito à saúde, aliada à sua previsão há o mandamento de que sejam criados meios para que ele seja cumprido na realidade. Dessa maneira, além da atuação do poder executivo ao criar medidas e políticas públicas para concretização desse direito, o dever também se estende ao poder legislativo para que se criem instrumentos legais que organizem e viabilizem a concretude de tais direitos.

Atendendo a esses comandos, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, apresenta a organização a respeito de como a saúde será prestada; define também deveres do estado e concretiza o caráter de direito fundamental dessa premissa.

"Esse sistema se baseou no sistema inglês de saúde e possui os mesmos princípios. Quer isso dizer que o direito à saúde previsto no ordenamento jurídico brasileiro é o direito à saúde baseada em evidências" (ARAÚJO, 2018, p. 52). Apesar de não ser fato comprovado de maneira legalmente literal, o sistema de saúde brasileiro segue a mesma linha de objetivos e atuações do sistema inglês de saúde. Os princípios basilares de ambos os sistemas são os mesmos, por esse motivo há a afirmação de que há a inspiração. Igualmente, a universalidade é elemento determinante de criação e atuação do Sistema Único de Saúde.

> A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) na Constituição Brasileira de 1988 (Brasil, 1992), e os 18 anos que transcorreram de sua implantação/implementação, têm levado estudiosos de sistemas de saúde a compará-lo ao sistema de saúde britânico, o National Health Service (NHS). Essa analogia decorre essencialmente das características comuns: a universalidade e o caráter público de ambos. Muitos asseveravam que o sistema de saúde do Reino Unido havia servido de modelo ao brasileiro, principalmente por adotar os mesmos princípios básicos definidores: universalidade, integralidade e gratuidade (TANAKA; OLIVEIRA, 2007, p. 2).

Dentre a formulação de políticas de prestação de assistência à saúde pelo Estado, a Lei nº 8080 de 1990 também reafirma a obrigação deste. Reproduz, então, comandos constitucionais em seu artigo 2º e determina que a proteção da saúde também é um dever de toda sociedade. Dessa maneira:

> Saliente-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, fornecidos por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, prestando-se a promovê-la, dando prioridade às ações preventivas e informando à população sobre seus direitos e riscos. Atendendo a esse preceito, os Tribunais Superiores têm decidido que a integralidade do atendimento à saúde deve priorizar as atividades preventivas coletivas, mas sem excluir os

> tratamentos individuais, de natureza preventiva ou curativa (NUNES; ROCHA, 2020, p. 5).

Nesse contexto, em seu próximo artigo (3º), a lei apresenta quais fatores poderão ser considerados dentro do âmbito da prestação da saúde como suas determinantes. Estes são saneamento básico, alimentação, trabalho, renda, atividade física, moradia, acesso a um meio ambiente saudável e todos os demais bens e serviços essenciais à qualidade de vida.

Dessa maneira, a Lei n.º 8.080/1990 é o principal diploma legal no que diz respeito às medidas infraconstitucionais em relação à matéria de saúde. Sua aplicação deve ser aliada às reformas apresentadas pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Dentre a grande extensão de diplomas, que podem ser municipais, estaduais ou federais, merecem destaque aqueles de âmbito nacional que dizem respeito ao sistema organizacional, como a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Igualmente a Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar.

As peculiaridades da organização do sistema de financiamento do Sistema Único de Saúde, a participação da comunidade em sua gestão, bem como a transferência financeira entre os entes federados estão previstas na Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990, especificamente em seu artigo 2º.

No artigo seguinte (4º) há a previsão a respeito dos requisitos para que os Estados, Distrito Federal e os munícipios recebam os repasses desses recursos: dessa forma, para o cumprimento das obrigações constitucionalmente previstas, o Estado se organiza internamente amparado em normas constitucionais e infraconstitucionais. Além da criação de um sistema de saúde que busca universalizar os serviços, são apresentados mecanismos que auxiliam ainda mais a promoção desse direito. A exemplo dessas ações, um dos elementos determinantes é o pacto pela saúde efetuado pelos entes federados, visando alcançar a máxima eficiência e criação de mecanismos e instrumentos para sua efetivação.

Esses sistemas são criados pois o Poder Público, em sua atuação para efetivar os comandos da Carta Magna, deve ser pautado pela busca das melhores formas de atuação estratégica, observando as peculiaridades da região a ser atendida e descentralizando a sua prestação.

Dessa maneira, as medidas infraconstitucionais, como leis e decretos, visam dar um modo concreto à prestação da saúde, criando mecanismos funcionais para seu desenvolvimento e garantindo, assim, em âmbito prático, a aplicação da Lei Fundamental.

Esses três pactos voltados à efetivação do direito à saúde formam um complexo de acordos de empenho com definição de medidas que busquem a efetivação dessa premissa constitucional em todas as esferas do Estado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 3).

Direito a saúde é, nesse sentido, de competência comum dos da União dos Estados, Distrito Federal e dos municípios, dado o fato de ser de todos a responsabilidade de sua promoção. Contudo, é necessário que exista normatização a respeito da maneira como será cumprido. Por esse motivo, tornam-se tão relevantes normas, decretos, orientações de órgãos da saúde, além da previsão constitucional a respeito do tema.

Esse sistema de organização ainda prevê, em seu artigo 52, punição para o deslocamento irregular de verbas dirigidas ao cumprimento dos objetivos e obrigações do Sistema Único de Saúde, na Lei 8080 de 1990.

Além disso, um dos principais instrumentos para prestação de tratamentos médicos, bem como para prevenção de doenças, é o fornecimento de medicamentos. Em virtude de ser essa uma grande parte do sistema, foi necessário que o Poder Legislativo se debruçasse de maneira específica a respeito do tema. Nesse contexto, foi criada a Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que aprovou a política nacional de medicamentos e determinou a promoção da criação ou readequação de programas, projetos e atividades seguindo as diretrizes e responsabilidades legais estabelecidas.

Um dos métodos para o cumprimento desse dever constitucional é também a política nacional da assistência farmacêutica e suas previsões específicas. Trata-se de um fator extremamente necessário de ser tratado pelos atos infraconstitucionais, em virtude de ser importante parte de sua prestação.

> Através da Resolução CNS nº 338, de 06 de maio de 2004, foi aprovada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, estabelecendo os princípios dessa política. Em seguida foi editada a Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006 que estabeleceu o Pacto pela Saúde, prevendo o bloco de financiamento da Assistência Farmacêutica organizado em três componentes sendo: a) Assistência Farmacêutica na Atenção Básica; b) Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e, c) Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. A Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, fixando blocos de financiamento e estabelecendo a responsabilidade das três esferas de gestão (GEBRAN NETO; DRESCH, 2014, p. 6).

Dessa forma, o acesso a medicamentos faz parte da política nacional da saúde, sendo parte integrante desse direito fundamental. O Estado, então, deve buscar meios de sempre aperfeiçoar a prestação de remédios, seguindo parâmetros e limites estabelecidos em atos infraconstitucionais.

Há também a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, outro instrumento empregado de maneira a definir quais medicamentos serão disponibilizados pelo Estado e a qual ente caberá a responsabilidade por sua distribuição.

Observa-se, então, que o fornecimento de serviços ou medicamentos não pode ser feito de maneira desregrada: é necessário que sejam estabelecidas, legal e pormenorizadamente, as maneiras como funcionarão na prática.

Importante também é a inovação que trouxe a Lei nº 12.401 de 2011, operando modificações na Lei nº 8080 de 1990: a legislação trouxe a impossibilidade de tratamentos médicos serem financiados pelo Estado sem haver previsão específica de sua distribuição. Essa previsão específica está no artigo 19-T dessa lei.

A atuação do Poder Público deve ser estratégica, amparada legalmente e detalhadamente, previsto é o seu desenvolvimento, tendo em vista envolver entidades públicas e privadas, bem como múltiplos programas de atuação.

> Concomitantemente, foi aprovada a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) e a Política Nacional de Promoção à Saúde (PNPS), ambas voltadas para a configuração de um modelo de atenção capaz de responder às condições crônicas e agudas e promover ações de vigilância e promoção a saúde, reforçando o modelo de Atenção Primária em Saúde (APS) como eixo estruturante da Rede de Atenção à Saúde (RAS) no SUS. A dificuldade em superar a fragmentação dos serviços levou o SUS a organizar a Rede de Atenção à Saúde, conforme exposto na legislação infraconstitucional e, em especial, a Portaria 4.279, de 30.12.2010, do Ministro de Estado da Saúde, considerando a necessidade de definir os fundamentos conceituais e operativos essenciais, bem como as diretrizes e estratégias para sua implementação, fundada nas decisões dos gestores do SUS (WERNER, 2018, p. 18-19).

A despeito da legislação infraconstitucional, toda a formulação de competências a respeito da maneira como será prestado esse direito encontra-se no sentido de centralizar esses atos em âmbito municipal, respeitando as peculiaridades regionais e com organização estatal orçamentária para tanto, obedecendo aos comandos constitucionais.

O artigo 18 desse mesmo diploma legal é o responsável por elencar as responsabilidades específicas do município, bem como apresentar critérios que serão parâmetros em sua atuação, avaliação e fiscalização desse serviço.

> Com a Constituição de 1988, os municípios aumentaram sua autonomia no que tange à formulação e implementação de políticas públicas, gerando uma menor dependência do Estado. Dessa forma, surgem os consórcios intermunicipais de saúde como forma de compartilhar e promover as ações entre municípios, geralmente regionalizados, e que são regidos pela Lei n.º 11107/05, chamada de Lei dos Consórcios Públicos, regulamentada pelo Decreto n.º 6017/071 (PYPCACK JÚNIOR, 2020, p. 2).

Além disso, dentro do Sistema Único de Saúde existe também classificação a respeito dos níveis em que a saúde será prestada e nos quais consistem os graus de atenção à matéria, tudo em respeito aos ideais internacionais de organização dessa efetivação.

> O SUS classifica a atenção da saúde, em consonâncias aos parâmetros fixados pela OMS em: (i) Nível Primário: as Unidades Básicas de Saúde, ou Postos de Saúde, onde se configura a porta de entrada do SUS, com ênfase em exames e consultas além da realização de procedimentos básicos como troca de curativos; (ii) Nível Secundário: abrange Clínicas e Unidades de Pronto Atendimento, bem como Hospitais Escolas. Nesses são realizados procedimentos de intervenção bem como tratamentos a casos crônicos e agudos de doenças; (iii) Nível Terciário: compreende os Hospitais de Grande Porte, mantidos pelo Poder Público ou rede privada conveniada, onde são realizadas manobras mais invasivas e de maior risco à vida, bem como condutas de manutenção dos sinais vitais, como suporte básico à vida. Nesses hospitais, também podem funcionar serviços classificados como quaternários, como, por exemplo, transplante de órgãos e tecidos (WERNER, 2018, p. 18-19).

Verifica-se, então, obediência a parâmetros não somente de legalidade pátria como também atenção aos mecanismos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Tais medidas são de extrema importância, tendo em vista que, por serem um direito à proteção da saúde, não ficam adstritas às fronteiras de um país.

A mesma lei elenca as maneiras de organização de responsabilidades dos entes federativos, sejam elas individuais ou solidárias, assim como os requisitos para o repasse de valores aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Todas essas previsões estão no artigo 35 da lei. Cabe ao Ministério da Saúde a efetivação de critérios, avaliação e fiscalização na execução desse sistema.

Dada a sua importância e essencialidade, o tema se cerca de atos, sejam normativos ou não, que visam à busca pelas melhores formas de seu cumprimento. Os atos infraconstitucionais são relevantes e indispensáveis dentro desse sistema, em virtude de agregarem preocupações com peculiaridades desse complexo.

Ademais, todo o serviço será efetivado levando-se em conta a melhor evidência científica, bem como as melhores decisões econômicas e financeiras, tudo em respeito à melhor utilização dos recursos públicos. Essa previsão está no artigo 8º da lei 8080, de 1990.

Assim, também, a lei do Sistema Único de Saúde traz a descentralização da prestação da saúde para os municípios e a participação da comunidade; como já visto, o contexto social também constrói o conceito de saúde além de sua prestação. Contudo, essa descentralização é criticada em virtude de seus benefícios não restarem comprovados completamente.

> Impende destacar que as vantagens da descentralização radical de políticas, como as de saúde, em países como o Brasil – com elevado índice populacional, grande extensão de área e enormes desigualdades regionais –, ainda estão por ser efetivamente demonstradas. Em razão deste e de outros fatos secundários, resta evidente que o Estado brasileiro ainda está longe de assegurar a plenitude de acesso e tratamento integral à saúde, tendo transferido ao Poder Judiciário o protagonismo em garantir o acesso aos serviços de saúde da população (NUNES; ROCHA, 2020, p. 7).

Entre essas medidas para descentralização e efetivação desse direito social está a formação de consórcios públicos, criados com o intento de prestação das melhores e mais efetivas maneiras, com auxílios de todas as esferas de poder.

> Uma das estratégias defendidas foi o estímulo à criação dos consórcios de saúde para melhoria na qualidade do atendimento à população, bem como auxiliar os municípios no processo de descentralização da gestão e das políticas da saúde do país, e na definição e organização dos serviços prestados de maneira hierárquica em sua complexidade, com localização e clientela previamente definidas. O consórcio público consiste em pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, municípios, estados e União, para estabelecer relações mútuas de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômico (PYPCACK JÚNIOR, 2020, p. 2).

Quanto às incumbências financeiras, os artigos 16, 17 e 18 elencam respectivamente os ordenamentos referentes à União, aos Estados, Distrito Federal e aos municípios, organizando a matéria de maneira pormenorizada.

À união cabe, de acordo com o parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 8.080 de 1990, as funções de coordenar e financiar o sistema, bem como promover a descentralização para o sistema municipal, fiscalizar e promover determinadas políticas e auxiliar os demais entes em sua atuação. Igualmente, queda-se responsável por estabelecer regras, índices e padrões para tanto. Aos municípios são elencadas suas funções no artigo 18, obedecendo aos ditames da descentralização desses serviços.

Cada ente deve efetuar suas ações tendo em vista as peculiaridades do atendimento à saúde em cada localidade, bem como levando-se em conta os recursos financeiros disponíveis, obedecendo aos comandos constitucionais. Dessa maneira, pode-se notar que a lei elenca muitas variáveis no tocante à implementação dessa prestação, focando na atuação específica municipal.

Todas essas peculiaridades são feitas na busca pela maior eficiência na consagração da referida incumbência pública. Nesse contexto, o Sistema Único de Saúde possui suas próprias

diretrizes e pode-se constatar claramente que os ideais democráticos pautados em critérios da igualdade no momento da constitucionalização do direito à saúde estão ali, presentes nas ordenações infraconstitucionais.

Além disso, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 apresenta os princípios que guiarão a maneira pela qual os serviços relativos à saúde serão prestados. São inclusos nesse sistema os ideais de democracia, partição social e igualdade.

Entres eles estão: o da universalidade de acesso aos serviços de saúde; integralidade de assistência; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde, abrangendo a sua realização sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; direito à informação tanto ao paciente assistido quanto aos demais; utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; participação social; descentralização político-administrativa; integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; cooperação federativa de recursos financeiros, tecnológicos, humanos e materiais; capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos; organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras (BRASIL, 1990).

Percebe-se então, pela leitura dos princípios, especialmente da participação comunitária, que a atuação social na construção e implementação de medidas relativas ao tema devem ser referência e elemento essencial em sua construção.

Além disso, de acordo com esses princípios, os recursos econômicos orçamentários também devem ser utilizados de maneira racional com vistas a aperfeiçoar a prestação à saúde. Nesse sentido, também devem ser prestados de maneira regionalizada com foco nas peculiaridades da área a ser atendida. Os serviços devem, então, dessa maneira, ser focados em âmbito municipal, tudo com a intenção da melhoria e otimização dos atendimentos e políticas na efetivação do direito.

> A partir daí, passou-se à produção de normas infraconstitucionais, que tinham o condão de aproximar a população da efetivação do direito à saúde, proporcionando uma materialização deste último. O que não se pode negar, entretanto, é que as políticas públicas relacionadas à saúde tanto física quanto mental, bem como as de assistência e previdência social, instituídas por meio de normas infraconstitucionais, foram desastrosas, e que as ações governamentais relacionadas a essa área ainda deixam muito a desejar, exteriorizando-se por meio de tentativas, que não raras vezes, resultam em fracassos absolutos (BARROS; CARNEIRO, 2006, p. 5).

Pode-se observar, então, que apesar dos problemas de ordem prática e procedimental, a lei infraconstitucional busca prever de maneira específica e detalhada os contornos a respeito dos quais o direito à saúde deve ser prestado. Porém, para tanto são necessário recursos financeiros, e seu modo de dispêndio se dá por meio do orçamento. Nesse sentido, é necessária sua análise.

1.3 O direito à saúde como garantidor de justiça social

Com a redemocratização do país, um dos métodos para que ela ocorresse com efetividade foi o foco nos direitos sociais, que transformou a universalização como ponto essencial. Dessa maneira, modificou-se o paradigma, para que não somente a classe que produzia economicamente e contribuía com Estado pudesse ter acesso a esses bens essenciais. Agregou-se, assim, com os direitos sociais, a função do Estado de concretizador de justiça social.

> Indiscutível que a precariedade na promoção, proteção e também na recuperação da saúde afete diretamente a dignidade da pessoa humana. Não há que se falar em dignidade, quando o indivíduo não desfruta da proteção do direito que serve de origem para a decorrência de tantos outros (BARROS; CARNEIRO, 2006, p. 6).

A justiça social deve ser sempre o escopo principiológico na atuação estatal. Todas as instituições estatais devem estar voltadas à promoção de valores plurais e de equidade. Especialmente a prestação do Direito a Saúde deve, também, conter na prática essas premissas. “Deve-se, então, considerar que uma concepção da justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 1997, p. 10).

O Estado deve atuar aplicando seus esforços para que a saúde e a vida sejam garantidas a todas as pessoas, obedecendo a mandamentos constitucionais acerca da universalidade e igualdade na aplicação desse direito. Tendo tais esforços como escopo, mesmo com a constante dificuldade de conceituação desse direito, será possível que todos tenham direito a um acesso a saúde minimamente considerável. Entre esses esforços estão o comprometimento com medidas internacionais que buscam essa proteção.

Em um período de autoritarismo e ditadura, um dos primeiros movimentos acerca da monopolização do poder é a diminuição e retirada de direitos fundamentais. No momento em que o Brasil sofreu esse fenômeno político, as atitudes não foram diferentes. Em virtude de

tais fatos, um dos pioneiros movimentos em prol da redemocratização do país foram os esforços em busca dos direitos sociais, bem como a concessão da possibilidade de acesso universal a eles. A positivação, dessa maneira, do Direito à Saúde, faz parte dessa nova agenda constitucional que busca promover valores democráticos (SARLET, 2012, p. 52).

Nesse sentido, a positivação desses valores como moradia, educação e saúde não foram desmotivados. Toda previsão faz parte de uma agenda maior de modificação das estruturas de poder dentro do Estado brasileiro.

Esses valores são abrigados por direitos constitucionais como a vida. Da mesma maneira, todo sistema de seguridade social que abarca a saúde, previdência e assistência são essenciais e determinantes para o adequado gozo de direitos como liberdade, igualdade e promoção da dignidade humana (SARLET, 2012, p. 85).

A respeito da justiça social, apesar das dificuldades de conceituação teórica e das diferentes abordagens de diversos autores, está seu fundamento baseado minimamente em seu significado no conceito de equidade.

"Digamos agora que uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça" (RAWLS, 1997, p. 5). Inclusos na teoria de justiça para Rawls estão dois princípios que protegem bens fundamentais distintos, porém complementares. Em um primeiro momento, deveriam ser asseguradas liberdades básicas. Em um segundo momento, seriam assegurados bens básicos que garantiriam uma vida minimamente digna. Nessa esteira, é possível assimilar que, para o autor, a concessão de direitos sociais faz parte de um dos princípios dos fundamentos de justiça.

Ainda a respeito de conceitos de igualdade e justiça, o autor afirma que a única diferença aceitável dentro de uma sociedade seria aquela que beneficia a população que está na base da pirâmide social.

Na mesma linha de pensamento estão Eduardo C. B. Bittar e Guilherme de Assis Almeida, reconhecendo que a democracia está vitalmente ligada a valores que concretizam a justiça social: "Isso é importante de se reconhecer na medida em que não há democracia real, plena e participativa, sem democracia econômica, assim como não há liberdade real dissociada de justiça social" (BITTAR; ALMEIDA, 2018 p. 838).

Além da função estatal na busca pela concretização desses valores, aliado está o direito. Em verdade, trata-se o direito como um instrumento a ser utilizado nesse intento. Há, nesse sentido, correspondência entre o direito e a justiça social em um Estado Democrático de

Direito, que é fundamentado na dignidade da pessoa humana, tendo em vista os papéis a serem desenvolvidos pelo Poder Público (BITTAR; ALMEIDA, 2018, p. 840-841).

Constata-se, pois, que a desigualdade social de acesso a bens básicos para uma vida digna e direitos sociais constitui uma afronta a conceitos de justiça. Independentemente da abordagem adotada, a exclusão social não constitui uma sociedade que possa ser considerada justa.

Esses direitos fundamentais, como o da saúde, irradiam seus efeitos para todo ordenamento jurídico, bem como na atuação estatal, dada a sua essencialidade e fundamentalidade.

> O fato de urna constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si possui importantes consequências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente possíveis em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, necessários ou impossíveis. O fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos (ALEXY, 2006, p. 522).

Sendo assim, a essencialidade no cumprimento dos ideais democráticos desses direitos está ligada à possibilidade e necessidade de sua concretização.

Nesse contexto, a subjetivação do direito à saúde elencado como direito fundamental é ligado à sua essencialidade como núcleo fundante de todos os demais direitos elencados no mesmo diploma. Todas as garantias que cercam os direitos fundamentais também protegem a forma democrática do Estado, ou seja, protegem a existência de um Estado Democrático de Direito.

Importante também se torna o estudo a respeito de justiça social de Nancy Fraser e Axel Honneth, pois, assim como os outros autores elencados no presente estudo, também tratam da justiça social sob a ótica dos direitos sociais.

Os autores apresentam as reivindicações por justiça social de maneiras diferentes, uma delas tratando da igualdade, da distribuição e acesso a recursos, incluindo financeiros. Nesse sentido, esse aspecto de justiça social é o predominante na doutrina afeta ao tema.

Para os autores, aliado ao conceito de redistribuição está, em virtude da globalização e das mudanças do mundo moderno, o de reconhecimento. Dessa forma, somente os conceitos de igualdade não constituiriam o significado de justiça social.

> Em geral, então, somos confrontados com uma nova constelação. O discurso da justiça social, antes centrado na distribuição, agora está cada vez mais dividido entre

> reivindicações de redistribuição, de um lado, e reivindicações de reconhecimento, de outro. Cada vez mais, as reivindicações de reconhecimento tendem a predominar. O fim do comunismo, o surgimento da ideologia do mercado livre, o surgimento da "política de identidade" em suas formas fundamentalistas e progressivas - todos esses desenvolvimentos conspiraram para diminuir, se não extinguir, as reivindicações por redistribuição igualitária (FRASER; HONNETH, 2004, p. 7-8).

Contudo, há que se verificar que sem a presença de requisitos que garantam uma vida minimamente digna, não há como haver reivindicações por reconhecimento social. Os direitos sociais constituem as bases de um Estado que busca a concretização de justiça social.

A garantia de igualdade no acesso aos bens protegidos por esses direitos sociais são fundamento para que a sociedade possa reivindicar outros direitos, bem como para modificar paradigmas sociais.

> Mas era também justamente esse princípio da igualdade de tratamento legal que poderia ser mobilizado em inúmeras lutas e debates sociais, especialmente da classe trabalhadora, para estabelecer direitos sociais. Assim, a esfera de reconhecimento do princípio de realização era de certa forma contida pelo Estado de bem-estar social ao tornar um mínimo de estima social e bem-estar econômico independente da realização efetiva e transformando-os em reivindicações de direitos individuais[1] (FRASER; HONNETH, 2004, p. 149).

Além disso, observados aspectos que constituem a justiça social, pode-se aferir que a Constituição de um país não pode ser um instrumento de promessas vagas e vazias. A garantia de medidas efetivas para sua fruição pelas pessoas por ela protegidas constitui parte integrante de seu elemento positivo.

> Diante de contingências tão óbvias, como pode o Estado »garantir« o direito à saúde para todos? Se o estado promete o que está além de seu controle, tal promessa não parece ser totalmente confiável. Devemos concluir que o proclamado direito humano à saúde é ilusório? É apenas uma promessa vazia?[2] (BIELEFELDT, et al, 2017, p. 10-11).

Igualmente, o Direito a Saúde serve como base para fruição de muitos outros direitos fundamentais como à vida, dignidade e educação. É elemento fundante de uma vida

---

[1] But it was also precisely this principle of equal legal treatment that could be mobilized in countless social struggles and debates, especially by the working class, to establish social rights. Thus, the recognition sphere of the achievement principle was in a certain way contained by the social-welfare state by making a minimum of social esteem and economic welfare independent of actual achievement and transforming them into individual rights claims (FRASER; HONNETH, 2004, p. 149).

[2] In the light of such obvious contingencies, how can the state »guarantee« a right to health for everyone? If the state promises what is beyond its control, such a promise does not seem to be fully reliable. Do we have to conclude that the proclaimed human right to health is illusionary? Is it but an empty promise? (BIELEFELDT et al, 2017, p. 10-11).

minimamente digna. Não seria possível pensar em direitos de cidadania sem que houvesse saúde física ou mental.

Os fatores financeiros e econômicos são também afetados por essa premissa basilar. Como concretizar o acesso a oportunidades iguais de trabalho e estudo a uma população que não possui acesso a recursos básicos como saneamento e alimentação?

Por esse motivo, de ser a saúde elemento tão importante na vida das pessoas, individual e socialmente, sua prestação não pode simplesmente se resumir ao tratamento de doenças. Portanto, deve ser dada atenção a medidas que evitem que a sociedade, como um todo, adoeça. Assim, a simples possibilidade de acesso das pessoas a hospitais e remédios quando necessitam não caracteriza uma prestação digna desse direito.

Igualmente, é necessário atenção a fatores de prevenção, que agreguem à vida das pessoas elementos básicos para que sua saúde seja preservada, como alimentação saudável, lazer e saneamento básico.

O Estado tem então o dever de atuar ativamente e negativamente. Ações positivas para promoção de medidas de prestação de medidas que promovam a prevenção e tratamento de doenças, que garantam, dessa maneira, uma vida digna à população. E também atuar de maneira a não atingir o núcleo essencial desse direito como, por exemplo, não degradar o meio ambiente de maneira a comprometer a saúde pública.

Importante também se torna discutir a respeito do papel que desempenham os direitos sociais dentro de um Estado Democrático de Direito, mais especificamente como atua a garantia da saúde dentro de um ambiente social.

> As metas políticas deveriam ser de crescimento qualitativo das condições de vida com uma melhora do Índice de Desenvolvimento Humano. Para saber se as metas políticas estariam sendo atingidas, bastaria comparar a riqueza e a qualidade da alfabetização, a educação e a expectativa média de vida, o índice de natalidade e mortalidade (MORAIS; QUEIROZ, 2017, p. 7).

Dessa forma, a saúde como elemento essencial em um Estado que é fundamentado na dignidade da pessoa humana produz efeitos e modificações na sociedade, da mesma maneira que a sociedade produz efeitos nesse direito.

Igualmente, a ausência ou presença da prestação a saúde afeta a sociedade e o contexto social de determinada localidade, assim como também a dinâmica social produz efeitos no conceito a respeito da saúde.

Esse direito deve ter em seu bojo, no que diz respeito a seu cumprimento, os ideais democráticos e a participação popular. Deve haver também atuação como forma de proteção à

saúde da população através de políticas públicas de medidas preventivas. A presença de meios e medidas que garantam a plena aplicação do direito a saúde no Brasil se torna um dos reflexos da aplicação de diretrizes democráticas sociais na Constituição Federal de 1988.

"No Brasil, pensar outros caminhos para garantir a saúde da população significou pensar a redemocratização do País e a constituição de um sistema de saúde inclusivo" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 9).

Igualmente, existe também a necessidade de participação popular em todos os momentos da prestação desse direito, desde a construção de seu conceito até a criação e concretização das políticas públicas referentes ao assunto. Dessa forma, as soluções para os impasses sanitários sociais devem sempre ser pautadas por pensamentos democráticos.

> Para a parcela mais favorecida da população, "o direito é, ainda que vagamente, a garantia formal dos direitos predefinidos" enquanto que para a parcela mais desfavorecida, a noção de direito se confunde com a de dádiva e de favor, o que, por sua vez, engessa as possibilidades de luta e reivindicação dos atuais e de novos direitos, e termina favorecendo exclusivamente os interesses de uma elite minoritária, em detrimento daqueles que representam a maior parte da população (VARGAS et al, 2007, p. 1).

Dessa maneira, para que a plena concretização dos ideais democráticos seja possível, o caminho essencial é o do conhecimento. A informação prestada à população a respeito dos direitos e da maneira de sua garantia pode ser a alteração necessária para que eles sejam cumpridos de maneira mais efetiva.

Os conceitos de bom desenvolvimento e de qualidade de vida aceitável não se traduzem ou se limitam somente em conceitos econômicos e financeiros. Não há como ser pensada a garantia de direitos outros como cidadania ou participação política em uma população que careça de direitos básicos como saúde, educação e meio ambiente. "Considera-se, portanto, que a desigualdade no Brasil é estrutural e que a pobreza do brasileiro não se limita à sua carência econômica, mas à sua submissão e pobreza política e social" (VARGAS et al 2007, p. 1).

Em um país norteado por desigualdades e grande em extensão, não há a possibilidade de que a simples previsão constitucional faça com que efetivamente as pessoas tenham saúde garantida. Igualmente, a democracia não será concretizada à guisa do descumprimento de outros direitos como educação e fatores econômicos que todos terão as mesmas oportunidades de acesso ou de luta pelas garantias constitucionais.

"Nesse contexto, há um número cada vez maior de pessoas excluídas dos direitos sociais básicos, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e outros, e até

mesmo dos direitos humanos, com alguns grupos relegados à invisibilidade" (PAIVA et al, 2016, p. 1).

Verifica-se que os parâmetros de cumprimento desse direito estão longe do minimamente desejável, e muito ainda deve ser feito no sentido de sua concretização:

> O Brasil precisa chegar a 2033 com 99% de sua população atendida com água tratada e com 90% coleta e tratamento de esgoto. Essas metas fazem parte da Lei do Saneamento Básico, sancionada em julho. Para serem atingidas, no entanto, 24 estados precisam ampliar seus investimentos em saneamento básico, segundo levantamento do Instituto Trata Brasil (G1, 2020).

Em tempos de crise sanitária, o respeito a esses preceitos básicos é ainda mais determinante; a universalização do saneamento básico faz parte da prestação eficiente do Direito à Saúde. Alguns estados membros necessitam de alto investimento no que tange a esses direitos indispensáveis à concretude do ideal de dignidade humana, sendo condições mínimas de uma vida de qualidade, assim como descrito no anexo 1.

Observa-se, então, que o Brasil ainda se encontra longe da concretização mínima aceitável em relação aos ideais constitucionais quanto às medidas sanitárias. Nesse sentido, há que ser trazido ao presente estudo também, já que um dos temas abordados será a judicialização da saúde em tempos de pandemia, a análise da problemática a respeito da aplicação dos direitos sociais nesse período.

A falta de acesso à saúde, saneamento e moradia, por exemplo, ganharam amplificação sob a ótica pandêmica. Como explicar o fato de que os maiores atingidos em meio a esse caos sanitário são as pessoas mais pobres? As medidas de saúde pública devem ser a prioridade na atuação estatal.

> Outro aspecto do debate situa-se no âmbito das políticas públicas de saúde. Assim como ressaltamos a perspectiva relacional e interdisciplinar na produção do conhecimento, o mesmo é válido para a necessária articulação e interdependência entre os vários setores vinculados à gestão em saúde e meio ambiente. O Estado brasileiro avançou na implantação da cobertura de assistência médica universal de saúde, viabilizada pelo SUS (desde a Constituição de 1988). Porém, se avançamos em assegurar assistência médica à população, o mesmo não pode ser dito em relação às medidas de saúde pública (GRISOTTI, 2020, p. 1).

Necessário se torna que seja realizada a reflexão a respeito da saúde como elemento de importância social, indispensável ao desenvolvimento humano e base para a fruição dos demais direitos sociais. E, nesse aspecto, a promoção dos direitos à saúde e à educação é primordial e tem um papel estratégico na conformação do desenvolvimento social da

população, com repercussões também no desenvolvimento econômico como um todo (VITALIS, 2015, p. 3).

Como estabelecer padrões de igualdade em condições de trabalho, estudo ou financeiras às pessoas que não recebem atenção primária da saúde em relação ao estado? Como defender os direitos dessas minorias? Como obter representação popular ou democrática de pessoas que não possuem nem mesmo acesso a remédios para tratamentos básicos?

Além da prestação e apesar de os conceitos são se confundirem, é necessário que o conhecimento a respeito do que o que é saúde seja amplamente difundido, pois, como já afirmado no presente estudo, a saúde também é construída e modificada pelos conceitos e fatos sociais.

Assim, diante da possibilidade da falta de informação a respeito do assunto, essas garantias constitucionais podem ser vistas como benevolências estatais. Quanto mais incluso nos processos de criação de significado e prestação, mais efetivo será esse direito. Com amplos destinatários, haverá maiores possibilidades de mudança do panorama social e ocorrerão mais fortalecimentos de questões de cidadania (RABELLO, 2010).

Como garantir que todos tenham acesso aos meios de garantia, de boa situação financeira, educação e lazer se não há, em algumas camadas da população, acesso aos cuidados primários de saúde?

Dessa maneira, a eficácia e alcance desse direito são fatores fundamentais e a saúde e sua prestação se mostram como centro da discussão a respeito da justiça social. A promoção desse direito e sua proteção são, então, uma das causas necessárias à manutenção do caráter democrático de um Estado. Nesse contexto, deve ele atuar para que exista inclusão de todas as pessoas dentro dessa esfera de proteção. “O controle social é exercido pelos conselhos de Saúde, que devem estar presentes em todos os níveis de governo” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 66).

Além disso, deve existir isonomia na maneira como é prestado, a fim de que determinada maneira de prestação não inclua somente alguns poucos privilegiados. O Direito à saúde não pode se resumir somente como a disponibilização de recursos médicos ou acesso a remédios às pessoas doentes; a prestação é muito mais ampla e engloba outros diversos fatores, como saneamento, meio ambiente sadio, boa alimentação e medidas de prevenção.

Da mesma maneira, o direito não se restringe somente a saúde; seu papel social na construção de uma sociedade igualitária dentro de um Estado democrático de Direito é fundamental e este serve de base para fruição de todos os outros direitos fundamentais.

2 ORGANIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Importante que seja trazida a questão, ao presente estudo, a respeito da organização orçamentária do Estado, pois esta se mostra ligada umbilicalmente à efetivação do Direito à Saúde e para tanto, todos os entes federados são dotados de autonomia orçamentária e legislativa.

A Constituição brasileira adotou um sistema trial de federalismo. Isso significa que além da união, dos estados membros e do Distrito Federal, os municípios também são dotados de autonomia (ARABI, 2019)

A responsabilidade financeira para o cumprimento de medidas relativas à prestação da saúde é igualmente das três esferas de poder. Dessa forma, deverão todos os entes federados incluir especificamente em seus orçamentos as previsões relativas ao dispêndio de gastos com esse dever, obedecendo às diretrizes previstas pela lei infraconstitucional, através de um sistema único.

> Organizacionalmente, a saúde pública é estruturada por um agrupamento uno, denominado Sistema Único de Saúde – SUS, composto por uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada – diretrizes do federalismo cooperativo –, financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo direção única em cada esfera do governo, com competências distribuídas para cada um dos três gestores do SUS, e divisão das responsabilidades pelas ações e serviços (NUNES; ROCHA, 2020, p. 2).

Dessa maneira, a organização orçamentária do Estado é importante instrumento para efetivação dos direitos sociais, assim como é também elemento determinante do tocante ao cumprimento desses mesmos direitos quando determinados pela via judicial. Nota-se, então, que a organização é o ponto principal em toda dinâmica de concretização de mandamentos constitucionais.

> O orçamento-programa é o atual modelo orçamentário do Brasil e tem como principal característica a vinculação do planejamento ao orçamento. O planejamento pode ser entendido como um processo de análise e decisão que precede, preside e segue a ação individual ou coletiva dos agentes na solução de problemas com eficácia e eficiência. Este tem como foco atingir plenamente os objetivos previamente determinados (CHAGAS; SANTOS, 2020, p. 8).

Constata-se que orçamento é uma peça de tamanha importância e tão determinante, que todos os poderes devem atuar para que seja implementado nas condições em que foi criado, para que assim possam ser efetuados serviços públicos cumpridores de direitos sociais.

“O Estado age através dos serviços públicos que devem se orientar por políticas públicas, que são o conjunto de ações estatais dirigidas à consecução de um fim público” (PAIXÃO et al, 2014, p. 3).

Em um primeiro momento, então, é necessária a conceituação a respeito do orçamento público, para que seja possível diferenciar o instrumento de outras medidas que também servem ao Estado para sua atuação no cumprimento de direitos fundamentais. Esse mecanismo legal tem sua previsão na Constituição Federal no artigo 165, juntamente com outras medidas legais voltadas à mesma finalidade. *“*Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais” (BRASIL, 2019, online).

Verifica-se, então, que a previsão de gastos e utilização dos recursos públicos é especificamente prevista em leis que são de iniciativa do Poder executivo. De cumprimento obrigatório, os gastos referentes às despesas com a efetivação de direitos sociais são previstos de maneira distintiva e organizada em leis.

> Orçamento é instrumento de intervenção planejada do Estado para expressar, por um período de tempo, sua política de trabalho e plano de governo, contendo autorização legislativa para a arrecadação de receitas e realização das despesas. A Secretaria do Tesouro Nacional (STN) conceitua orçamento público como sendo a “Lei de iniciativa do Poder Executivo que estima a receita e fixa a despesa da administração pública. É elaborada em um exercício para depois de aprovada pelo Poder Legislativo, vigorar no exercício seguinte” (CHAGAS; SANTOS, 2020, p. 7).

A atividade financeira do Estado inclui medidas de organização, cálculo e estimativa de dispêndio de seus recursos. Todas essas ações são previstas em um orçamento público que tem a função de dar legalidade à movimentação de recursos financeiros do Poder Público (MACHADO SEGUNDO, 2014, p. 11).

O gasto de recursos públicos é medida tão garantidora de direitos, tão intimamente ligada a sua efetivação, que torna essa providência legal fundamental na construção do Estado. Dessa maneira, dentro de um Estado Constitucional de direito, abaixo da constituição, no tocante à concretude de políticas públicas, garantias e efetivação de direitos, o orçamento se apresenta como uma das peças mais importantes. “A história dos povos, as lutas políticas, o consenso dos cidadãos, os laços de administração pública adequada, desenvolvimento

econômico, bem-estar social e – mais recentemente - a globalização está intimamente ligada ao fato fiscal[3]" (UCKMAR, 2002, p. 2, tradução nossa).

A previsão orçamentária no Brasil está na Lei 4.320 de 1964. Apesar de ser medida não criada sob o manto da democracia, pois promulgada em período ditatorial brasileiro, foi recepcionada pela nova ordem constitucional. Estabelece as regras gerais a respeito de direito financeiro e organização do orçamento.

Nesse contexto, pode-se observar que toda atividade do Estado é revista de legalidade, incluindo a financeira e orçamentária e aliados a medidas de arrecadação são responsáveis por todo o engendramento do mecanismo de funcionamento estatal.

Um impasse ocorre quando esses recursos previamente destinados à prestação da saúde se mostram insuficientes para sua prestação satisfatória, dessa forma, algumas medidas devem ser seguidas. Cabe então aos gestores, diante de um caso concreto, a escolha de decisões difíceis. Essas medidas devem ser tomadas com base no critério que estabelece o conceito de saúde que é a medicina baseada em evidências, ou seja, critérios baseados nas melhores evidências científicas na busca por sua eficácia. E essas tomadas de decisões difíceis ocorrem muito em virtude de ser o Brasil um país com escassos recursos, e o investimento em determinado tratamento significa abrir mão de outro (CONASS, 2015, p. 79).

A atuação dos três poderes no tocante ao orçamento público deve ser balizada e efetiva. Dessa forma, sem invasão de competências, devem os Poderes Legislativo e Judiciário atuar de forma a garantir a maior efetividade dessa medida legal, juntamente com o Poder Executivo.

Importa notar que esta é uma postura que vem sendo adota pelos Tribunais Brasileiros que, em uma atitude menos passiva, deixando de lado o anacronismo, em relação à administração pública, vem atuando efetivamente na implementação dos valores constitucionais que dependem de recursos financeiros para sua efetivação, como os sociais (PAIXÃO et al, 2014, p. 27).

Constata-se, então, que todas as leis que possuem finalidade de organização financeira do Estado têm como escopo a efetivação de valores constitucionais, essa é sua real fundamentalidade de criação, a qual o Poder Público, em sua atuação, não pode perder de vista.

---

[3] La historia de los pueblos, las luchas políticas, el consenso de losciudadanos, lla Adecuada administración pública, El desarrollo económico, El bien estar social y – más recientemente – La globalización todos están estrechamente vinculados al hecho fiscal (UCKMAR, 2002, p. 2).

> Essas normas são verdadeiros instrumentos preventivos e aplicadores de políticas públicas, pois agem definindo e quantificando ações administrativas, metas e prioridades a serem realizadas; e também por servirem de parâmetro no controle da gestão pública em relação ao planejamento traçado e às prioridades definidas (MAZZA; MENDES, 2013, p. 9).

Da mesma maneira, a arrecadação fiscal ao longo da história está intimamente ligada à construção do Estado e a garantia de direitos às pessoas. Nesse sentido, pouco se pode falar em concretização de direitos sociais dissociados da parte fiscal de um Estado. Igualmente, a tributação vem, então, como uma forma de manutenção do Estado, com posterior retribuição aos contribuintes. O Estado existe para promover os direitos humanos e, assim, a tributação, o orçamento e o gasto público servem pragmaticamente ao atendimento dessa meta fundamental.

Quanto à parte específica que trata da prestação da saúde, após a aprovação pelo congresso nacional o Poder Executivo executa essas medidas através do Fundo Nacional da Saúde. Tais recursos financeiros são também arrecadados pela Receita Federal, por meio de impostos e contribuições, com os devidos repasses aos estados e municípios. Esses repasses são efetuados por meio de transferências do fundo da saúde, com a celebração de convênios ou outros instrumentos jurídicos similares, e também pela remuneração por prestação de serviços a estabelecimentos de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 75).

Existem ainda mecanismos que atuam no sentido de fiscalização da aplicabilidade de recursos orçamentários na aplicação financeira na saúde. Nesse sentido, foi criado, então, o Sistema de Informações sobre orçamentos públicos em saúde, que atua nas três esferas de poder, e essas informações, de acordo com o artigo 39 da Lei 141 de 2012, devem ser fornecidas por meios eletrônicos e de maneira atualizada.

Por tal motivo, as medidas relativas ao direito financeiro que afetam diretamente o direito à saúde devem ser efetivadas de maneira cuidadosa. Assim, importa abordar no presente estudo as emendas constitucionais que operaram modificações nas regras a respeito do financiamento da saúde pública no Brasil. Importante se torna salientar que, após a promulgação da Constituição Federal, houve modificações no tocante às regras orçamentárias, e nesse aspecto devem ser destacadas as emendas 29, 86 e 95.

A respeito da emenda constitucional 29, esta trouxe a necessidade de vinculação orçamentária para gastos com a saúde. A fim de trazer concretude e esclarecimento a respeito do tema, foi criada a Resolução Nº 322, de 08 de maio de 2003. Contudo, tal Resolução não

surtiu os efeitos legais desejados, pois alguns entes federados ainda efetuavam a aplicação de recursos abaixo do mínimo determinado pela lei.

> Entretanto, de 2000 a 2003 houve desrespeito generalizado aos limites mínimos: os gastos da União, estados e municípios ficaram R$ 7,09 bilhões abaixo do mínimo exigido. No ano 2000, 11 estados descumpriram a EC nº 29; no ano seguinte, 18. Em 2003, 13 estados aplicaram menos de 12% de suas receitas em ações e serviços públicos de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p 59).

Foi necessária a criação de uma lei que trouxesse medidas reais ao previsto pelo artigo 198 §3º da Constituição Federal. Portanto, em 2012 foi criada a Lei Complementar 141, que resolveu em definitivo a disparidade de aplicações de recursos na área da saúde.

Quanto à união, a previsão se encontra no artigo 5º dessa lei, sendo seu valor mínimo anual o correspondente ao montando do valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual que corresponde à variação nominal do Produto Interno Bruto.

Quanto aos estados membros, a previsão do artigo 6º define suas regras sendo o percentual mínimo de 12% dos impostos de sua competência e dos recursos previstos no artigo 157, assim como a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos presentes no texto da Constituição Federal de 1988.

Quanto aos municípios a previsão é a do artigo 7º, que define que o montante mínimo será de 15% dos impostos previstos no artigo 156 e dos recursos previstos pelo artigo 158 e da alínea "b" do inciso I do caput, assim como o parágrafo 3º do artigo 159, todos da Constituição Federal.

Quanto ao Distrito Federal, será no mínimo o montante de 12% anualmente a aplicação dos produtos da arrecadação de impostos efetuada diretamente.

Já o artigo 12 define como será feito o repasse da União aos demais entes e quais são seus requisitos e formas.

Em virtude da grande inconstância na prestação e crise do sistema de saúde, além dos problemas econômicos no país, operou o legislador modificações no texto constitucional.

Contudo, mesmo com as alterações efetuadas, a aplicação de recursos ficou abaixo do estabelecido. Outro fator que se mostrou problemático foi o fato de que essa emenda não apresentou também vinculação de recursos com gastos da saúde como era esperado. "Já nos anos de 2006 e 2007, auditoria realizada pelo DENASUS – Departamento Nacional de Auditoria do SUS – revelou que dezesseis (16) Estados em 2006 e dezessete (17) em 2007 não cumpriram a Emenda aplicando percentual abaixo do mínimo de 12% [...] "(ZAGURSKI, PAMPLONA, 2016, p. 6).

As disposições da emenda constitucional não agregaram ao sistema de saúde novos recursos financeiros e também deixaram de lado os debates tributários da reforma. Da mesma maneira não satisfatória, deu-se a criação da Emenda de número 86, que também não agregou benefícios financeiros ao sistema. A novidade apresentada foi que essa emenda trouxe ao processo o procedimento das emendas individuais, destinando metade destas às ações e serviços públicos da saúde, aliados aos valores de recursos vinculados que a União utiliza para o mesmo fim (CONASS, 2015, p. 78-79).

Importa salientar que essas mudanças não foram doutrinariamente consideradas benéficas. Muitas críticas são tecidas no sentido de considerá-las verdadeiros retrocessos na prestação do Direito Social à Saúde.

> Ademais, a EC 86/2015 introduz dois graves problemas. De um lado, o recurso referente ao Pré-Sal deixará de ser um excedente para a saúde, como estava previsto na Lei nº 12.858/2013, passando a incorporar a nova base de cálculo determinada pela PEC e, consequentemente, com perdas de alguns bilhões de reais. Por outro lado, essa PEC define um aumento das emendas parlamentares para um teto de 1,2% da Receita Corrente Líquida, sendo que 0,6%, no mínimo, seriam para despesas com ações e serviços públicos de saúde, o que representa cerca de quatro vezes mais do que a média de gasto do Ministério da Saúde com Emendas Parlamentares entre 2010-2013 - portanto, retirando recursos que já vinham sendo alocados para a programação de despesas nos termos do Plano Nacional de Saúde aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde. Nesse sentido, a EC/86 indica que o cenário futuro para o financiamento do SUS ficará bem distante da necessidade para assegurar um sistema universal de saúde, demonstrando que o sub financiamento histórico deverá permanecer (CAMPOS, 2019, p. 160).

É possível observar, então, que essa emenda operou em realidade em déficit orçamentário no tocante à prestação da saúde, reduzindo significativamente as fontes de recurso para seu financiamento.

Da mesma maneira, sob as mesmas naturezas de crítica, a emenda 95, que alterou o sistema de financiamento dos gastos públicos, congelando por 20 anos os percentuais de sua aplicação, também alterou os atos das disposições transitórias, determinando que os limites só serão corrigidos pelos índices inflacionários previstos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.

Nesse sentido, entende-se que essa emenda causa uma crise de financiamento da saúde sem precedentes, pois reduz as receitas e é reduzido proporcionalmente também o produto interno bruto (MENEZES; MORETTI; REIS, 2020, p. 62).

Obviamente, a saúde é diretamente financiada por recursos públicos, o que torna tal previsão extremamente perigosa, tendo em vista o Brasil ser um país em constante crise financeira e de escassos recursos para sua efetivação. Essas modificações que se assemelham

a retrocessos, no tocante à prestação da saúde, contribuem ainda mais, em um sistema que já apresenta deficiências, para a procura pela garantia deste pela via judicial.

As questões referentes ao financiamento especificamente do Direito à Saúde são uma medida que provém de múltiplas fontes. O Estado se organiza diretamente, e pode atuar em conjunto com particulares. Essa forma de atuação será considerada indireta, tudo visando à melhor maneira de prestação, para que sejam, assim, atingidos os ideais de universalização constitucional.

> Em função de seu impacto macroeconômico sobre a renda, o emprego, o produto nacional e o gasto público, o SUS e o Estado podem usar os mecanismos de financiamento direto e indireto ao setor privado para estimular ações no campo do desenvolvimento industrial e da inovação tecnológica, com impacto positivo sobre a competitividade da indústria nacional e a garantia de oferta de insumos, medicamentos e equipamentos de Saúde, democratizando o acesso da população aos bens e serviços necessários a sua sobrevivência saudável e digna (DAIN, 2007, p. 13).

A importância da cooperação federativa na prestação desse direito é extremamente determinante, assim como pela ótica orçamentária de financiamento deste. Contudo, problemas de ordem prática existem e cooperação legalmente prevista não é aplicada em termos aceitáveis. Dessa forma, apesar da organização específica, os problemas de ordem prática são inúmeros, acarretando crise no federalismo e na prestação da saúde.

> Entretanto, a crise desse federalismo cooperativo é evidente: a ausência de medicamentos, a escassez de procedimentos, a demora no atendimento, a má remuneração dos profissionais da saúde, entre outros, são constantes. Os fatores principais para tal cenário decorrem, entre outros, da competição de recursos entre os entes federativos, da disparidade entre os municípios, principalmente no que diz respeito às capacidades de gestão e de recursos de acolhimento à saúde e das crises fiscais a que as administrações estaduais estão sujeitas, na maioria das vezes em razão da impontualidade no repasse de recursos por parte da União, com o consequente abandono da agenda da saúde por parte dos entes hierarquicamente subsequentes (NUNES; ROCHA, 2020, p. 2).

As questões orçamentárias são, dessa maneira, determinantes para a concretização dos direitos sociais, e essa organização é necessária e fundamental para que sejam estes efetivamente cumpridos através de recursos públicos. É, dessa forma, medida ligada umbilicalmente a todos os valores dentro de um estado democrático de Direito. Sem a organização orçamentária, não existe prestação do Direito à Saúde, e por esse motivo é necessário o estudo a respeito de como um orçamento democrático deve ser, e quais valores deve agregar em seu bojo, para tanto.

2.1 O orçamento no Estado Democrátrico de Direito

O orçamento fiscal, como meio de garantia de direitos fundamentais, é o que mais se assemelha, na prática, à própria Constituição. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública (BARROSO, 2009, p. 26).

As escolhas administrativas devem ser todas voltadas à melhor forma de utilização dos recursos públicos, buscando sempre escolhas democráticas. Dessa maneira, em relação ao Direito à Saúde, muito mais racional é utilizar recursos, por exemplo, na prevenção de doenças, com medidas sanitárias efetivas.

> No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável (BARROSO, 2009, p. 26).

A Constituição Federal trouxe importantes mudanças, não somente no que diz respeito à previsão específica do direito a saúde aliado a elementos democráticos, universais e de equidade, mas também no que diz respeito à maneira como este será financiado.

A descentralização de recursos prevista pela Lei nº 141 de 2012, efetuada por repasses obrigatórios, é um dos instrumentos para sua democratização, cumprindo com seus ideais de universalidade.

> As diversas formas de transferências significam a descentralização dos recursos e da execução das ações no Sistema Único de Saúde (SUS), criando condições para a oferta de serviços em regiões carentes e para a inclusão de todos no sistema (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 76).

Houve uma evolução histórica a respeito do conceito e função do orçamento. De início era tratado apenas como um instrumento contábil, que continha os números referentes às atividades financeiras do Estado. Houve, então, uma evolução a respeito do assunto, pois o instituto passou a ter um papel mais central dentro do Estado, definindo efetivamente seu funcionamento. Dada sua importância e fundamentabilidade, necessitou da participação também do Poder Legislativo, agregando, assim, à sua estrutura, mais credibilidade.

> Entretanto, com o surgimento do Direito Financeiro e o fortalecimento da ideia de que o poder do Estado deve ser limitado e dividido, a figura do orçamento ganhou

> uma nova feição. Além de ato no qual se estima, avalia ou calcula a receita necessária ao funcionamento da máquina estatal se preveem as despesas, ou seja, a maneira como os recursos obtidos serão aplicados, o orçamento passou a representar a forma de o Poder Legislativo controlar e limitar o Poder Executivo. O orçamento, enfim, é mais uma forma pela qual atuam os freios e contrapesos através dos quais dos três "poderes" limitam-se e fiscalizam-se mutuamente (MACHADO SEGUNDO, 2014, p. 11).

Houve, então, uma mudança de paradigma em relação ao instituto, passando de poder abrangente e com poucos limites para fiscalização e participação de outros poderes do Estado para regulamentação na maneira como deveria ocorrer o dispêndio de recursos públicos.

Há discussão doutrinária a respeito de ser o orçamento lei material em sentido formal ou material ou, ainda, se teria um caráter de lei especial, como, *sui generis*. Em que pese a discussão doutrinária no Brasil, é adotado o caráter formal da lei, pois mesmo prevendo obrigações ao ente estatal, não gera direitos subjetivos, e não tem, então, caráter impositivo, mas, sim, autorizativo.

Ao longo da história da Constituição de 1988, existiram inúmeras propostas para que se tornasse peça impositiva, de modo a obrigar o Estado a cumprir aquilo que nele era previsto, contudo, esse ideal ainda não foi implementado.

> O orçamento é veiculado através de lei. Considerando que essa lei não cria direitos subjetivos, nem revoga normas veiculadas em leis preexistentes, prevalece entre os estudiosos a ideia de que o orçamento é mera lei formal, ou seja, ato que apenas ostenta a forma de uma lei, sendo materialmente um ato administrativo que simplesmente prevê receitas e autoriza gastos (MACHADO SEGUNDO, 2014, p. 11).

Todavia, essa discussão a respeito de ser, ou não, uma peça de caráter autorizativo ou impositivo esbarra na questão de que, na realidade, o verdadeiro intento desse instituto é o de efetivar aqueles deveres em relação ao Estado que já foram previstos pela Constituição. Os ideais meramente políticos não devem interferir e comandar as decisões em relação a este; tal instrumento não deve ser utilizado para consecução de valores egoístas e jogos políticos. Tudo deve ser efetuado a pensar no bem estar social.

> É comum ao Executivo promover inúmeras alterações na sua execução, as quais se efetuam, por exemplo, mediante remanejamento de dotações e cancelamentos de despesas ou, de modo menos evidente, pela mera inexecução das dotações. Essas inúmeras manobras acabam por frustrar a expectativa inicial estabelecida na lei orçamentária, o que gera crise no âmbito das finanças públicas no Brasil, produzindo-se uma constante tensão entre os poderes (FERREIRA; OLIVEIRA, 2017, p. 16).

Para efetiva evolução do instituto, o próximo passo será o de agregar a si valores fundamentais e de ser balizado fundamentalmente pelo direito constitucional em todas as suas etapas. Dessa forma, abarcando esses intentos, tornar-se-ia mais uma medida primordial no cumprimento dos deveres democráticos.

Igualmente a administração não pode se imiscuir de cumprir seu papel constitucional por meio de todos os seus atos, mesmo que sejam procedimentos que, em tese, seriam puramente administrativos.

> Talvez seja a hora de se inverter a lógica, estabelecendo que as verbas autorizadas na lei orçamentária, na sua maioria, deveriam vincular o administrador, salvo se houver a demonstração justificada da inviabilidade quanto à sua execução. Na verdade, o desejo de um orçamento cada vez mais vinculado, dotado de impositividade ao gestor, reflete, no seu íntimo, o anseio da população pela efetivação das políticas públicas, transferindo-se para a lei a confiança que não se tem nos governantes, revelando crescente tendência de descrença das instituições e, especialmente, do Poder Executivo (FERREIRA; OLIVEIRA, 2017, p. 19).

Isso posto, a discussão a respeito da natureza jurídica do instituto é importante doutrinariamente e também possui reflexos reais sobre a sua aplicação, mostrando-se autorizativas ou obrigatórias, a depender da maneira escolhida. De qualquer forma, as peças legais administrativas não devem mais, então, ser vistas com caráter isolado, separadas dos demais sistemas legais, mas, sim, devem ser criadas, analisadas e efetuadas em consonância com os demais institutos, sobretudo a Constituição.

O poder dado aos representantes eleitos que atuam diretamente com orçamento e recursos públicos nada mais é do que uma autorização para se possam cumprir os anseios sociais mais pulsantes e urgentes. Nesse contexto, essa é a única justificativa para que o poder seja retirado de seus verdadeiros possuidores e concedido aos representantes políticos. Estes não devem tratar de seus próprios interesses. Nesse aspecto, o orçamento pode ser visto como peça de direito fundamental e determinante, e não instrumento de política. Dentro da pirâmide legislativa, para a administração direta e indireta, o orçamento se mostra abaixo da Constituição como a peça de maior importância, pois traz consigo a materialidade do que foi previsto pela Carta Magna. Esse é um entendimento que vem sendo seguido pelos tribunais superiores que efetuam o controle legal dessas regras, firmando o que se pode denominar de democracia financeira.

A importância dos direitos fundamentais é, nos dias atuais, clara e concisa, contudo, o maior problema é a sua efetivação. Uma grande gama de garantias e direitos já são previstos em leis e tratados; o problema surge na organização estatal em fazê-los cumprir com recursos

financeiros limitados. Há que se perceber, então, a importância do orçamento em um Estado Democrático de Direito. “O problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de criar condições para protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 16).

O orçamento não pode ser visto mais como uma peça que simplesmente traz consigo números que dizem respeito às finanças estatais e limites para esses gastos. Deve haver preocupação do administrador público em fazer cumprir os objetivos ali alinhados; mais do que isso, deve haver cobrança popular.

As decisões materializadas no orçamento devem se alinhar aos reclamos da sociedade e aos rumos traçados pelo parlamento, o qual, ademais, está vinculado a políticas públicas delineadas constitucionalmente. Nesse contexto, não se admite que o orçamento seja visto como uma peça de ficção ou considerado uma carta em branco para que o Poder Executivo realize seus intentos (CASTRO, 2014, p. 22).

Nesse sentido, orçamento público não pode ser mera peça formal que apenas determina friamente a forma como gastos públicos serão utilizados; ele também deve pautar-se por aspectos democráticos e de igualdade. A democracia não pode ficar adstrita somente aos contornos de cumprimento de direitos de qualquer maneira. É necessário que todo o sistema de ações, ferramentas e medidas estatais devam estar eivados de valores democráticos. Dessa forma, o sistema financeiro deve também o ser.

2.2 Orçamento e o cumprimento de medidas judiciais relativas à Saúde

As ações relativas à prestação da saúde podem e devem ser, via de regra, efetuadas por ações positivas do Poder executivo pela implementação de políticas públicas. Contudo, em algumas situações em que essas ações se mostrem ineficazes, insatisfatórias ou incompletas, devem ser previstos meios para que sejam cumpridas obrigatoriamente. Indispensável se mostra a presença de tais mecanismos em virtude da importância desse direito que está intimamente ligado ao direito à vida.

> Gasto em saúde não é sinônimo de desperdício de recursos. Assim, os gestores da Saúde, em todos os níveis de governo, devem zelar pela qualidade de seu gasto e pela racionalização e redução de seus custos. Mais ainda, devem atuar na revisão dos mecanismos de renúncia fiscal e outras formas de financiamento público ao setor supletivo de saúde, de modo a criar contrapartidas e reforçar o papel da regulação estatal (DAIN, 2007, p. 13).

Dessa maneira, a garantia do acesso ao judiciário efetuado pela Constituição Federal de 1988 se torna um meio pelo qual o Poder Judiciário, nas atribuições do exercício de suas funções, pode fiscalizar tal prestação, bem como corrigir injustiças em sua execução.

Importa observar que essas ações de concessão individual de medidas relativas ao Direito à Saúde não possuem legalmente um limite financeiro de suas concessões, fato este que pode apresentar um descompasso financeiro no ente que for determinado como responsável por essa entrega.

> Em estudo recente realizado pelo Tribunal de Contas da União foi constatado que os gastos da União com processos judiciais referentes à saúde em 2015 foram de R$ 1 bilhão, um aumento de 1.300% no período de 7 anos. De acordo com a pesquisa, a concentração de ações judiciais está nos Estados, se considerado a quantidade. Pode-se inferir que a judicialização em saúde tornou-se um importante instrumento para a sociedade requerer os seus direitos nos últimos anos. Este processo é crescente e tem provocado desorganização nos sistemas de planejamento e finanças dos entes federados em virtude da imprevisibilidade das ações e dos custos delas decorrentes (CHAGAS; SANTOS, 2020, p. 4).

Outro problema ainda mais relevante surge em virtude de que, dentre os instrumentos normativos referentes ao planejamento do Estado elencados pelo artigo 165 da Constituição Federal, não há a previsão a respeito da designação de verbas relativas ao cumprimento de políticas públicas concedidas individualmente pelo Poder Judiciário. Tal previsão é necessária, pois em virtude de sua capacidade financeira os entes podem concretizar os ideais democráticos pela concessão de direitos sociais previstos pela Constituição Federal.

> De suma importância também se mostra a análise do impacto sociopolítico, especificamente o financeiro, que tais decisões judiciais acarretam aos cofres dos pequenos e médios municípios. Isso porque, a irrestrita solidariedade dos entes da Federação na prestação dos serviços de saúde termina por dificultar, notadamente, a sobrevivência financeira das municipalidades de baixo porte, considerada a sua fragilidade orçamentária em relação ao seu respectivo Estado e à União (NUNES; ROCHA, 2020, p. 9).

O Conselho Nacional de Justiça possui grande atuação no tocante ao desenvolvimento de diretrizes para a tentativa de solução do problema. Há que se destacar a criação, em diferentes entes federados, do comitê executivo de monitoramento de ações da saúde, em virtude da Resolução nº 107 de 06/04/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

> 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 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, online).

Entre as incumbências do fórum nacional estão:

> 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 judiciárias 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.
> Dessa forma, dada a falta de previsão legal específica quanto a resolução desses impasses orçamentários em virtude das condenações pela via judicial os Estados devem se organizar de maneira especificada, levando-se em conta as características específicas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, online).

E também, nessa seara está a Recomendação nº 31 de 30/03/2010. Importa salientar que a feitura desta se deu em virtude da audiência pública da saúde, que foi realizada nos meses de abril e maio de 2009, e determina, dessa maneira, o seguimento se suas diretrizes.

Entre os órgãos dos entes federados, diferentes formas de enfrentamento dessas ações judiciais são ventiladas. O Estado tenta se organizar em seus órgãos executivos de maneira a conseguir efetuar da melhor forma o cumprimento dessas ações. “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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, online).

Dessa maneira, em virtude da falta de previsão legal orçamentária, os entes federados devem buscar medidas para que esses impactos sejam reduzidos, apresentando medidas concretas para o aperfeiçoamento desses fatos.

Este se mostra um tema delicado de difícil planejamento, por ser um fator extremamente variável. Dessa forma, não há como fazer previsão do dispêndio de recursos para o cumprimento de decisões acerca do Direito à Saúde.

A atuação isolada do Poder Judiciário, desconectada da observação de regras orçamentárias, ou mesmo sem limites de valores para a sua concessão, gera um impacto elevado em toda previsão estatal de gastos.

Dessa maneira, sem exata previsão a respeito do limites financeiros dos gastos possíveis com o tema, verbas que já estavam destinadas a outras finalidades são alocadas, causando, assim, um descompasso em todo o sistema orçamentário, que já estava determinado

previamente, além de desenvolver, também, uma grave crise financeira em entes federados que já tinha sua situação financeira debilitada. De acordo com o levantamento,

> [...] o aumento dos gastos com a judicialização nos dois últimos anos está, em grande parte, relacionado com a aquisição de medicamentos de alto custo. Soma-se a isso a necessidade de cumprimento tempestivo das determinações impostas à União pela Justiça. Isso piora com a crise financeira dos estados, fazendo com que o governo federal assuma as obrigações judiciais, devido à obrigação solidária entre os entes públicos (INESC, 2019).

É possível observar que, ao depender da maneira como serão esses direitos concedidos pela via judicial, podem causar incertezas quanto à aplicação uniforme do Direito à Saúde e dos demais direitos sociais, tendo em vista que estes dependem primordialmente de recursos financeiros para sua execução.

Dessa maneira, não há como falar em efetividade do Direito à Saúde sem que sejam abordados temas quanto a seu financiamento. Não importa a maneira de cumprimento, seja administrativa ou judicial, o recurso destinado a esse fim será retirado das verbas destinadas ao orçamento público. O Estado se organiza financeiramente por variados instrumentos legais, dentre eles o plano Plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

Não há como pensar a respeito de planejamento de ações estatais sem a presença desses instrumentos, pois os recursos financeiros do Estado são limitados e as necessidades humanas são infinitas. Nesse sentido, a concessão dessas garantias, seja pela feitura de políticas públicas ou quando o poder judiciário as concede de modo eventual, devem também serem inclusas em tais medidas de racionalidade.

Todas as despesas referentes aos gastos públicos são, então, feitas sob o manto do estrito planejamento, e não existe discricionariedade no tocante ao seu dispêndio. As leis referentes ao tema devem ser estritamente seguidas, sob pena de responsabilização do gestor público.

Outra lei a ser observada nesse processo é a de Responsabilidade Fiscal, devendo ser aplicada por seus princípios e parâmetros próprios. O ponto essencial é o equilíbrio que deve haver entre as receitas disponíveis e as despesas necessárias.

> Em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), esta também deve ser observada pelo Poder Judiciário quando da tomada de suas decisões. A LRF, dentre seus princípios, estabelece o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, traduzido em equilíbrio das contas públicas, além da necessidade de correlação entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias. A Lei no 4.320/64, legislação com status de lei complementar que regulamenta a elaboração do orçamento público, já mencionava o equilíbrio entre despesa e receita. Porém, essa norma possui um conteúdo diferente ao da LRF ao estabelecer o equilíbrio como meta, na

> medida em que tal fosse possível, diferentemente do conteúdo vinculante da disposição na LRF e cujo descumprimento implica em sanção de natureza penal e institucional (MAZZA; MENDES, 2013, p. 11).

O mesmo atrelamento ao previsto pelas leis previstas no artigo 165 da Carta Magna não ocorre com os juízes. Estes podem interferir diretamente com suas decisões acerca do cumprimento do Direito à Saúde, muitas vezes sem o prévio conhecimento orçamentário e planejamento exigido dos gestores públicos.

Dessa maneira, comumente somente observam os preceitos relativos aos mandamentos de cumprimento de direitos sociais, sem a devida interdisciplinaridade com matérias puramente administrativas e orçamentárias. É possível notar que a atuação dos administradores públicos é mais cercada de garantias e mecanismos, até mesmo punições que garantem a correta aplicação dessas leis que dizem respeito ao direito financeiro.

> Ocorre que os juízes não observam e não consideram, muitas vezes, as políticas que envolvem o direito à saúde. Ficam restritos somente a uma leitura do ordenamento jurídico sem observarem o planejamento orçamentário, conforme estabelece a exigência legal da LRF, inviabilizando, dessa forma, a sustentabilidade financeira da política de saúde; devido à incompatibilidade entre a decisão do Poder Judiciário e o campo normativo das finanças públicas – exigência a ser cumprida pelo Poder Executivo [...] Nota-se que, mesmo a decisão judicial sendo direcionada à concretização do direito fundamental social à saúde, ela não considera a complexidade dos critérios normativos legais e a possibilidade da execução por meio dos recursos alocados no orçamento. Dessa forma, o administrador público fica vinculado ao ordenamento orçamentário, passivo de ser punido conforme tipificado na Lei de Crimes Fiscais, caso ocorra a ordenação de despesas não previstas em lei. Poderá ser punido ainda por crime de responsabilidade fiscal (Leis n° 1.079/50(39) e 10.028/00) (MAZZA; MENDES, 2013, p. 12).

Como já afirmado, a legalidade e ponderação devem balizar essas decisões, tanto no tocante à concessão de medidas que realmente configurem o cerne do direito à saúde como das consequências acerca do custeamento financeiro destas.

> A ausência de individualização das atribuições repercute, como já dito, na esfera administrativo-orçamentária das entidades, irradiando impactos sociais e econômicos que transcendem a própria demanda, eventualmente tornando inviável a gestão administrativa, sobretudo dos municípios pequenos (NUNES; ROCHA, 2020, p. 9).

Pode-se notar, então, que se torna muito problemático que sejam somente analisados os casos de maneira individual. Deve ser averiguado todo o panorama normativo e material acerca dessas decisões, bem como análise a respeito de qual direito se está efetivamente garantindo. De outra forma, o judiciário prejudicaria o requisito da universalidade desse

sistema, pois poderia estar com uma simples decisão de concessão individual, prejudicando o acesso a esse mesmo direito pela via coletiva.

Nota-se, então, que não existem limites legalmente estabelecidos, que definam até onde vai a atuação estatal, sobretudo na garantia individual desses direitos, tendo em vista que a atuação ideal seria a sua prestação coletiva.

Existem ainda questões relativas à legitimidade de atuação do Poder Judiciário nesses casos, pois este não foi eleito para representação popular e atuação quanto às atividades financeiras que garantem a aplicação de políticas públicas. Trata-se efetivamente de um problema, na medida em que essas ações, sobretudo as individuais, afetam tão consideravelmente as regras financeiras previamente estabelecidas.

> É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (BARROSO, 2009, p. 24).

Nesse sentido, não há mais a possibilidade de desconsideração dessas medidas judiciais como efetivas determinantes modificadoras das regras previstas para dispêndio de recursos públicos. São, então, as medidas que buscam reduzir os impactos destas por meio de ações efetivas extremamente necessárias dentro de um Estado Democrático de Direito.

2.3 A responsabilidade dos entes federados em ações judiciais relativas ao Direito à Saúde

A competência em relação aos comandos do artigo 196 da Constituição Federal é comum, o que significa afirmar que todos os entes podem legislar a respeito, bem como criar medidas para lhe dar efetividade. A competência dos entes é definida pelo artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. O artigo 198 do mesmo texto determina a criação do Sistema Único de Saúde, determinando que ele seja prestado de maneira regionalizada e hierarquizada. Nesse sentido, a repartição de competências para prestação e a descentralização é prevista constitucionalmente.

Em relação à divisão de competências a respeito do tema, esta é, do ponto de vista legislativo, concorrente entre os entes federados. O artigo 24 da Constituição define que o estabelecimento de regras gerais compete à União; a atividade suplementar desta cabe aos

estados e Distrito Federal; os assuntos de interesse local, aos municípios. Quanto à capacidade administrativa de executar políticas públicas, esta cabe a todos os entes (BARROSO, 2009, p. 15). Nota-se, nesse sentido, que a competência concorrente não se traduz na possibilidade de que todos os entes o façam de maneira desorganizada, pois a legislação infraconstitucional deve ser observada na sua concretude.

> [...] no caso do reconhecimento de responsabilidade solidária dos entes federados no fornecimento de medicamentos, à revelia de toda a organização administrativa regulamentada através de uma pluralidade de dispositivos normativos, responsáveis por desenvolver um sistema voltado a organizar as ações e serviços públicos de saúde a serem prestados pelo Estado, o STF fulmina as premissas dos diálogos institucionais ao se insistir no judiciário como um substituto aos entes competentes pelo fornecimento de medicamentos e não como um corretivo às deficiências da atuação dessas entidades (LIMA; OLIVEIRA 2020, p. 11).

A observação das competências determinadas pela legislação infraconstitucional é de extrema relevância, tendo em vista que elas foram pensadas de acordo com disponibilidade de recursos de cada ente.

> A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se auto vinculam. Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista (BARROSO, 2009, p. 35-36).

Essa diferenciação de responsabilidades é extremamente necessária, tendo em vista que as capacidades orçamentárias dos entes são diferentes. Tornar-se-ia impensado determinar ao ente com a menor capacidade financeira a maior parte do custeio de tratamentos médicos.

Alguns autores consideram a atuação dos tribunais como determinante nesse cenário para efetuar todos os balizamentos em relação ao tema, nesse sentido, Otávio Balestra Neto:

> Por essa razão, e tendo em conta a cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição, coube ao Poder Judiciário criar as balizas para a solução dos difíceis casos concretos envolvidos nas demandas que discutem o direito à saúde. O caráter uniformizador da jurisprudência dos tribunais superiores criou, na consciência judiciária brasileira, uma espécie de normativa a ser seguida para as ações que tratam do tema19.Dessa forma, o estudo da jurisprudência do STF e do STJ é um caminho metodológico indispensável para se compreenderem os parâmetros utilizados pelas cortes nas resoluções das complexas questões do tema (BALESTRA NETO, 2014, p. 94).

A prestação da saúde, bem como o acesso a todos às medidas a este referente, são universais e igualitários, contudo, não se olvida que as questões da prestação e competências são extremamente determinantes nesse caso. Ainda, as questões relativas ao pacto federativo e suas formas de atuação não podem se tornar um empecilho ao cumprimento de mandamentos constitucionais. Deve, então, o Estado se organizar adequadamente para tanto.

> A questão atinente ao acesso universal e igualitário, com atendimento integral à saúde, não mais é objeto de controvérsia. As discussões giram em torno dos limites da integralidade em razão da cláusula da reserva do possível, assim como quanto aos limites da responsabilidade de cada um dos gestores. Entretanto, a experiência tem demonstrado que a adoção da solidariedade como único critério para solução da responsabilidade dos entes públicos na prestação dos direitos sanitários tem ensejado mais problemas que soluções (GEBRAN NETO; DRESCH, 2014, p. 1).

O tema referente à responsabilidade dos entes ser ou não solidária já vem sendo amplamente discutido nos tribunais brasileiros, bem como o entendimento foi se modificando ao longo do tempo. Tal afirmação pode ser verificada ao se observar o Recurso Especial nº 1.203.244, de Santa Catarina, no qual houve o entendimento contrário de que não haveria chamamento ao processo em virtude de não existir responsabilidade solidária. O argumento de solidariedade foi utilizado pelo estado de Santa Catarina em alegação de falta de recursos, requerendo, assim, a chamada ao processo da União. Tal entendimento foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, online).

Contudo, o entendimento foi modificado, firmando o Tribunal Constitucional o novo paradigma de que existe, sim, solidariedade dos entes federados, em virtude da previsão acerca de ser comum a competência deste.

O Supremo Tribunal Federal confirmou, em recente decisão no Recurso Especial n° 855.178, a tese de que entre os entes federados existe solidariedade no cumprimento de obrigações relativas ao cumprimento do Direito à Saúde pela via judicial. A atuação judicial desconectada da observação de regras administrativas e econômicas vem sendo abandonada.

Outra situação a ser levantada é a respeito da formação de litisconsórcio passivo necessário, bem como as regras processuais a seu respeito.

> Da tese acima, extrai-se que os entes federados (União, Estados e Municípios) podem ser demandados solidariamente como litisconsortes passivos nas demandas em que se pleiteia que o SUS forneça determinada tecnologia de saúde, confirmando a antiga jurisprudência sobre o tema, externada na suspensão de segurança 3355 (MOROZOWSKI; OLIVEIRA, 2019, p. 3).

Quanto ao direcionamento correto ao ente financeiramente responsável, deve este obrigatoriamente compor a relação processual, em virtude dos efeitos intrapartes do processo civil.

Como se trata de assuntos de interesse público e efetivação de direitos fundamentais, deve o juiz do caso concreto atuar de maneira a garantir essas medidas, pois elas garantem o bom funcionamento das atividades econômico-financeiras do Estado. Portanto, a responsabilidade determinada de maneira legal consagra a proteção orçamentária, vital na atividade pública.

Existe diferenciação a respeito dessa responsabilidade a depender do objeto da demanda, exigindo-se medidas díspares quanto às tecnologias previstas e padronizadas pela lei e as que não o são. Se estas já estiverem previstas e incorporadas ao Sistema Único de Saúde, a regra a ser seguida é a responsabilidade dos entes de acordo com o que foi previsto em lei acerca da repartição. Caberá ao juiz, com ajuda das partes, a verificação a respeito de qual será o responsável financeiro que integrará o polo passivo da demanda. E caso essa tecnologia não seja prevista, o ente a ser demandado será a União, pois a ela, por lei, cabe a responsabilidade para tanto (MOROZOWSKI; OLIVEIRA, 2019, p. 3).

Esse entendimento é o que se retira da Lei 12.401 de 2011, em seu artigo 19-Q; nesse sentido, a responsabilidade neste caso também vem da Lei.

Dessa forma, em todos os casos em que não há a previsão, por exemplo, do remédio, tratamento, procedimento ou cirurgia, no planejamento de políticas públicas, deverá a União obrigatoriamente compor o polo passivo da demanda.

Igualmente, cabe ao juiz ou tribunal direcionar ao ente correto o cumprimento da medida a ser efetivada, respeitando todas as regras e previsões a respeito. E no caso de impossibilidade da observação desses mandamentos, sendo dificultosa ou impossível a demanda contra o ente correto, deve ser seguido o previsto pelo enunciado 60 da primeira jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça, que ocorreu em 15 de maio de 2014.

> **ENUNCIADO N.º 60**
> Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, online).

Quanto à competência para julgar essas ações, esta segue os mesmos princípios:

> Percebe-se que o voto privilegiou o enunciado 78, do Comitê Executivo do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe que "Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias de alta complexidade ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS (MOROZOWSKI; OLIVEIRA, 2019, p. 4).

O argumento que justifica que a União seja a responsável por esses componentes não previstos é a da sua maior capacidade financeira em comparação aos demais entes. Dessa forma, nota-se que o novo entendimento é voltado a não desconsideração de fatores como capacidade financeira e econômica no momento da terminação de cumprimento dessas medidas judiciais.

Os critérios e medidas de descentralização não podem deixar de ser observados pelos tribunais; esse entendimento firmado pelo Tribunal Constitucional pode ser considerado um novo paradigma e um avanço no tocante à questão da judicialização da saúde. Contudo, críticas são tecidas em relação a esse sistema, pois em termos processuais a solidariedade pode se tornar um empecilho a efetivação do Direito à Saúde. Nesse sentido:

> Na seara estritamente processual, por exemplo, diante de tal crença jurídica referente à solidariedade, abre-se a possibilidade ao demandante, por sua livre escolha, de propor ações idênticas, ora em desfavor da União, ora em face do Estado ou do Município, ou por vezes contra todos simultaneamente, junto à Justiça Federal ou Estadual, sem que seja possível detectar a ocorrência de litispendência, conexão, coisa julgada ou duplo deferimento do pedido, em prejuízo de todo o sistema público de saúde. No que lhes concernem, os juízos estaduais ou federais podem declarar-se competentes ou incompetentes para a análise do pleito, revestindo tais incidentes de grande gravidade no campo da saúde, vez que a demora na resolução desse incidente processual pode acarretar o perecimento do direito pleiteado, respondendo os requerentes, em certos casos, com a própria vida (NUNES; ROCHA, 2020, p. 7-8).

As regras constitucionais de descentralização, bem como leis e atos normativos, devem ser observados obrigatoriamente pelos juízes; não há mais possibilidade de tratamento do tema com superficialidade.

Contudo, apesar de constituir um relevante avanço da disposição a respeito do tema, pois a observação às regras financeiras e orçamentárias têm de ser respeitadas, ainda é necessária a análise a respeito da maneira como a judicialização atua em um Estado democrático de Direito e, ainda mais, entender se este cumpre, sobretudo no que concerne às ações individuais, efetivamente o Direito à Saúde, auxiliando na disposição de sua universalidade.

Quando um ente que não era o responsável legal pela obrigação é condenado ao cumprimento de medidas judiciais, existe a possibilidade de ressarcimento pelo ente que era o determinado financeiro a cumpri-las.

Contudo, esta não é uma medida com parâmetros organizados pela lei, nesse sentido, não existem previsões legais específicas para tanto.

> O STF ainda não definiu qual tese deve ser aplicada pelas instâncias inferiores, mas a responsabilidade solidária pode ser um entrave à execução das políticas públicas, criando grande desperdício de recursos destinados à saúde, visto que os três entes são condenados a pagar simultaneamente, não tendo sido ainda estabelecido um critério específico de compensação e ressarcimento por parte de quem paga (LIMA; OLIVEIRA 2020, p. 11).

Essa falta de definição legal, regras e prazos desorganiza ainda mais toda a previsão orçamentária dos entes, que já contam com inúmeros problemas concretos para sua efetivação. Então, apesar de constituir uma medida positiva, na prática produz poucos efeitos e possui problemas de ordem técnica em relação à necessária operação de crédito entre os entes federados.

> Nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 101/2010 , é vedada a realização de operação de crédito entre entes da federação, diretamente ou por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente, e outro, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente. Além disso, deve ser observado que o Estado-membro, ao financiar o serviço público de saúde federal, afronta o disposto no art. 167, III da Constituição Federal, que proíbe a realização de operações de crédito para custeio de despesas correntes, que constituem o grupo de despesas, da Administração Pública, para manutenção e funcionamento dos serviços públicos em geral. Tal proibição é chamada de regra de ouro do Direito Financeiro (LOPES, 2019, p. 8).

Quando esse ressarcimento não ocorre, ou caso ocorra, dá-se de maneira deficiente, subsistem as mesmas problemáticas que ocorreriam com a falta de previsão a respeito da responsabilidade. Dessa maneira, o déficit orçamentário pode ser muito grave, impossibilitando a concretização de medidas ligadas a direitos fundamentais.

Nota-se então que a desconsideração das repartições para configuração da responsabilidade pode ser extremamente problemática. Devem os tribunais, nesse sentido, buscar sempre o conhecimento a respeito destas, aprofundando o estudo do tema com interdisciplinaridade, ou seja, observando legislação infraconstitucional e definições administrativas conjuntamente com as definições da Norma Fundamental.

> As decisões judiciais atribuindo tal responsabilidade solidária, na qual é imposta idêntica responsabilidade às três esferas de governo no acesso à saúde, têm agravado ainda mais os problemas de gestão, mormente dos municípios menores, ocasionando um impacto deslocativo em seus orçamentos, sendo obrigados a desviar recursos para ações não planejadas, com sérios riscos de se atender uma demanda judicial individual e deixar de contemplar as necessidades da população local. Além disso, a solidariedade ilimitada, ordenada pelos doutos juízos, acaba por ferir o Princípio da Eficiência, norteador da administração pública, uma vez que, as realizações das mesmas tarefas são incumbidas, concomitantemente, aos organismos federais, estaduais e municipais, causando uma verdadeira desordenação do serviço prestado, com a multiplicidade de meios para idêntico fim, com impactos, por óbvio, absolutamente negativos na gestão pública municipal (NUNES; ROCHA, 2020, p. 3).

Um exemplo prático a respeito do que realmente ocorre com o ressarcimento é o ocorrido no estado do Paraná. A Secretaria do Estado solicitou o reembolso a União com base no artigo 35, VII da Lei 8080 de 1990, de 1798 processos administrativos nos anos de 2010 a 2018, e destes somente 726 foram ressarcidos. Em valores reais, nesses oito anos o total solicitado foi de R$ 94.012.911,71 e o recebido foi o equivalente a R$ 37.309.570,91 (LOPES, 2019, p. 8).

Essas medidas de repartição de competências devem ser observadas obrigatoriamente no tocante a esse cumprimento, e quando da impossibilidade dessa aplicação devem ser adotados critérios com cuidado, observando-se potencial orçamentário do ente, pois essas medidas buscam evitar que a capacidade financeira deste seja esvaziada em uma só prestação individual.

> Da análise realizada, conclui-se que, tendo em vista o aumento da utilização das vias judiciais em busca de prestações à saúde, tanto nos números de ações litigiosas quanto do valor despendido e, considerando que o direito coletivo deve prevalecer sobre o individual, a compreensão que uma interpretação vinculada aos aspectos econômicos significa reduzir os impactos negativos da judicialização, além de ter a capacidade de concretizar o direito à saúde efetivamente, garantindo acesso igualitário, facilitado, resultado positivo e segurança jurídica para todos os beneficiários do Sistema Único de Saúde, é medida que se impõe diante do atual cenário brasileiro (VALENTIN; FORTES, 2020, p. 15).

Tendo em vista esses problemas que são de diversas ordens, especialmente econômicos, mesmo com estabelecimento de regras a respeito da judicialização dentro do Estado, ainda é necessário observar se esta atua dentro dos parâmetros democráticos desejáveis.

Sem dúvidas, o ponto a ser observado é de que grande parte das conclusões a respeito do tema é de que ele deve ser tratado de maneira ponderada, pois, sem dúvidas, causa descompasso no sistema orçamentário administrativo, cada vez que verbas têm de ser alocadas para cumprimentos, muitas vezes urgentes, de decisões judiciais. Mesmo que se

considerem as eventuais divergências de conceitos, o fato é que não é mais possível desconsiderar as ações judiciais com instrumentos para garantia de Direitos Fundamentais, sendo necessário, dessa maneira, seu estudo de forma aprofundada.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização de questões políticas e sociais é um fenômeno que, apesar de discussões doutrinárias a seu respeito, alguns doutrinadores atribuem sua origem à necessidade de revisão de algumas questões políticas e sociais pelo Poder Judiciário. Existem apontamentos quanto a uma relação de origem com a teoria do Judicial review.

> A teoria do judicial review resultou de uma construção jurisprudencial, implementada formalmente nos Estados Unidos por John Marshall em 1803, a partir do caso Marbury v. Madison. Mesmo que não se possa precisar, com absoluto grau de consenso, a correlação imediata entre a teoria esboçada nessa decisão e a prática efetiva do judicial review na jurisprudência norte-americana, é cediço [...] (ARAÚJO e Col, 2020, p. 431).

Seguindo essa linha de construção histórica, a judicialização decorre dos próprios contornos do constitucionalismo moderno, em que questões de relevância social ou política são necessariamente levadas ao Poder Judiciário.

> Nessa linha, a judicialização é uma contingência histórica, ou seja, uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo. Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, diante da inércia dos demais poderes, uma vez que, o magistrado não pode deixar de julgar o caso concreto (ARAÚJO e Col, 2020, p. 432-433).

Abhner Youssif Mota Arabi (2019) destaca a evolução do instituto da judicialização ao longo dos anos com destaque para a atuação do Poder Judiciário frente aos outros entes. Esse avanço desencadeou um maior interesse geral, incluindo o acadêmico a respeito do assunto.

Quando do início do debate sobre a judicialização, o foco era a discussão a respeito da possibilidade de que este fosse intentado em juízo, todo o estudo era direcionado para sua efetividade. Com a confirmação e estabelecimento do Poder Judiciário como seu protetor e garantidor, os debates se aprofundaram. Nesse sentido, modernamente já concretizadas essas funções, importa saber a respeito do conteúdo dessas demandas, se não condizentes com conceito legal acerca da saúde, bem como de seus limites, competências e responsabilidades dos entes que deverão arcar com tais decisões.

> Assim, até o ano de 2009, as decisões proferidas pelo STF em torno da judicialização da saúde pública guardavam estreita ligação com a visualização do direito à saúde como um direito público e subjetivo, sem maiores análises acerca de discussões técnicas, como a medicina baseada em evidências científicas, como

> podemos observar do paradigmático agravo regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. A matéria debatida nesse julgamento se reporta ainda a um posicionamento de amadurecimento do processo de judicialização da saúde, envolvendo discussão sobre a dispensação de medicamentos não integrantes dos protocolos do SUS a paciente com HIV. Desse julgado, podem ser destacados o posicionamento firme do STF em torno da regra constitucional de solidariedade dos entes federativos em relação ao cumprimento das disposições do Sistema Único de Saúde, confirmando-se que todos os entes federativos, União, Estados e Municípios, podem ser demandados para dispensação gratuita de fármacos. Apenas em 2009, durante o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175-CE, pode ser observada uma mudança radical no posicionamento da Suprema Corte. Deve ser destacado que esse julgamento foi precedido da realização de audiências públicas nos meses de abril e maio do ano de 2009, com a ampla manifestação de profissionais de saúde, gestores do sistema de saúde e profissionais do Direito, discutindo todas as nuances, técnicas e jurídicas, que envolviam o litígio e as características de nosso sistema público de saúde Não por outra razão, a Suspensão de Tutela Antecipada 175-CE pode e deve ser considerada um leading case na matéria. Seu caráter exponencial não se resume à mudança de perspectiva através da adoção de novos critérios para a tomada da decisão judicial, mas sobejamente por proporcionar o engajamento do Poder Judiciário na construção de uma política pública de abrangência nacional, com o intuito de remodelar a identificação das ações de saúde, seu monitoramento e a organização de estratégias para otimizar o enfrentamento do fenômeno da judicialização da saúde (LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p. 5-6).

Após a promulgação da Carta Magna em 1988, o volume de ações relativas ao tema é crescente, cada vez mais os usuários procuram a proteção judicial para concretização de direitos sociais. Quanto aos fatores que desencadearam o aumento massivo na quantidade de demandas, estes não podem ser atribuídos a uma só causa: todo o desenvolvimento social, bem como surgimento de crises financeiras, são fatores de sua causa.

> Influência de fatores contribui para tanto. Dentre eles, é possível mencionar o avanço na conscientização da luta pela implementação de direitos, decorrente tanto da amplitude do texto constitucional de 1988, quanto das inovações tecnológicas de comunicação que estendem sua divulgação, o crescimento expressivo do número de profissionais do direito, dispostos a litigar essa espécie de causas e o deslocamento do eixo de poder em favor do Judiciário. Garantida sua autonomia e elevado ao papel de guardião do texto constitucional, era previsível que o Judiciário expandisse sua atuação para searas antes inauditas. Curiosamente, essa é uma revolução silenciosa, pelo menos do ponto de vista prático: ressalvados casos específicos, boa parte dos operadores envolvidos em um processo relativo a um litígio estrutural sequer percebe, conscientemente, sua posição. A teoria brasileira sobre o assunto, desenvolvida pelos estudiosos, apesar de existente, ainda não se pode dizer disseminada (ARENHART; JOBIM, 2019, p. 270).

Essa postura mais atuante do Poder Judiciário frente à problemática da concretização de direitos sociais é um fator extremamente relevante e fruto de um desenho institucional criado para que seja dada ampla proteção a estes. Contudo, com toda a evolução do instituto, deve existir o aprofundamento das análises a respeito de judicialização, assim como também

sobre seus resultados e impactos, sejam sociais, orçamentários ou de qualquer outra ordem. A realidade brasileira apresenta suas peculiaridades quanto a esse conceito pátrio acerca do tema:

> No Brasil, a chamada judicialização da saúde, assunto cada vez mais frequente, refere-se à disponibilização de tratamentos e tecnologias a pacientes, pelo Poder Público e por planos de saúde, em razão de decisões judiciais que consideram, implícita ou explicitamente, a ocorrência de omissão na prestação do serviço de saúde correspondente. Desconsiderando que o conceito de saúde atual, no Brasil e no mundo, submete-se à Medicina Baseada em Evidências, grande parte dos juízes considera o receituário médico como elemento suficiente a reconhecer o direito à saúde do postulante (ARAÚJO, 2018, p. 29).

Quanto ao desenvolvimento a respeito do assunto, este conta com peculiaridades que acompanharam a evolução do instituto, desde uma primeira discussão sobre sua efetividade como direito subjetivo até a consagração do Poder Judiciário como garantidor de direitos sociais. Esses fatores coroaram uma postura mais ativa e protecionista e, apesar de toda a evolução a respeito do tema, ainda é necessário o seu aperfeiçoamento.

> Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e Formalista do Poder Judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área. É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais [...] (CANOTILHO, 2010, p. 69).

Nesse sentido, importa não mais discutir a legalidade dessas pretensões mas, sim, de discutir a respeito das melhores maneiras pelas quais elas poderão ser prestadas. Essa evolução deve ser feita de maneira que permita que todas as decisões relativas ao tema sejam completamente embasadas no princípio da igualdade e a todos garantida.

Atualmente, o enfrentamento da judicialização da saúde pelo Poder Judiciário brasileiro é balizado pela Resolução nº 238/2016, através da qual foram remodelados os comitês estaduais de saúde, atuantes em cada unidade federativa. A compreensão de uma mudança de comportamento nesses julgados, sobejamente pelo STF exige, entretanto, que se compreenda a magnitude da mudança provocada pelo legislador constituinte em 1988, alterando o sistema de saúde brasileiro para um modelo de seguridade em que foram assegurados os pilares da universalidade e do acesso igualitário (LAMARÃO; NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p. 7).

A inafastabilidade da apreciação de demandas pelo Poder Judiciário não garante que aqueles usuários que não têm pelo Estado, na via administrativa, garantido acesso a medidas que garantam sua saúde, possam se socorrer da via judicial para tanto.

> Como o Estado não consegue suprir as necessidades e anseios sociais para a garantia dos direitos constitucionalmente positivados, o Poder Judiciário passa a ganhar cada vez mais destaque e proeminência para a efetivação e materialização desses direitos, em especial os direitos sociais que por diversas vezes demandam postura ativa por parte do Estado (ASENSI, 2020, p. 344).

E devido à existência de crises das mais diversas ordens, os recursos para efetivação de direitos sociais são cada vez mais escassos. Esse fato implica com que as medidas de ordem executiva sejam muito mais estratégicas para que não se deixe parte da população fora dessa proteção. Assim, se todas as ações que tratam de recursos públicos devem seguir essa toada, não há razão admissível para que o Poder Judiciário seja a isto indiferente.

> Tendo em vista a amplitude do direito à saúde, uma vez que estes são universais, ou seja, a todo e qualquer cidadão deverá ser oportunizada a saúde, não podendo haver qualquer distinção aos usuários dos serviços prestados na saúde e os custos que estes geram para o Estado para sua concretização, além de ser um direito ligado diretamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, por vezes, sob o argumento de ausência de recursos públicos os entes acabam deixando de prestá-lo da forma como deveriam e que os usuários necessitam. Fato é que os serviços de saúde deverão alcançar todos os níveis, dos serviços mais básicos aos mais complexos, tendo em vista a essencialidade que permeia as diversas esferas e quanto mais complexo e de maior amplitude é o serviço de saúde prestado, maior tende a ser seu custo (ASENSI, 2020, p. 342).

É necessário notar que diversas questões afetam a prestação da saúde e são estas variantes das mais diversas ordens. Primeiramente a maneira como o assunto é conceituado legalmente, necessariamente vai interferir na maneira como será prestado e também na delimitação do objeto de demandas referentes ao assunto. Se o conceito de medicina adotado pela legislação pátria é o da evidência, essencialmente qualquer objeto de demandas relativas à saúde deve se baseado nas melhores evidências científicas. Além disso, deve também o julgador se atentar às questões práticas, como da disponibilidade de verbas para dispêndio nessa área, assim como também observação de cenários econômicos e sociais atuais. O juiz ou tribunal não pode atuar de maneira a privilegiar determinadas classes e preterir outras. O judiciário deve atuar na proteção também daqueles que dele se socorrem, garantindo que não sejam suas decisões fontes de injustiça.

> Diante da impossibilidade ou indisponibilidade da prestação de um serviço que vise diretamente a promoção da saúde, muitos usuários não veem alternativa senão buscar a efetivação e a concretização de um direito constitucionalmente previsto e positivado de forma tão expressiva através do Poder Judiciário (ASENSI, 2020, p. 342).

Essa conceituação acerca da medicina baseada em evidências é determinante, pois exclui a possibilidade de demandas inúteis do ponto de vista científico ou baseadas em interesses econômicos escusos. O tema deve ser tratado de maneira racional e estritamente legal, pois se trata de assunto de interesse público e extrema relevância.

> O direito a saúde a ser garantido pelo Estado deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos de forma adequada e criteriosa, e observada sempre a ética profissional. Tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa, com substâncias proibidas ou ainda não indicadas no País, ou, ainda, com preferência a determinadas marcas de medicamentos ou espécies de custo mais elevado não se enquadram em um direito à saúde efetivado mediante políticas públicas sérias (LIMA, 2006, p. 18).

Nesse sentido, outro problema a ser levado em conta quando da discussão a respeito do tema é a falta de critérios práticos para concessão de medicamentos ou tratamentos. Apesar da conceituação legal ligada a evidências, ainda existe desorganização quanto aos parâmetros adotados para concessão. Esse ainda é um problema relevante que existe no tocante à atuação judicial nesses casos.

A grande quantidade de demandas, aliadas a não observação de parâmetros vigentes, pode ser um fator que causa desorganização nessa prestação.

A concessão de medicamentos não previstos ou autorizados por intermédio de ações judiciais é um outro grande problema aliado a essas questões, tendo em vista a falta de conhecimento técnico que muitas vezes permeia uma decisão que somente se baseia em uma prescrição médica. Por esse motivo, o diálogo institucional é tão importante.

> Embora seja óbvio quando explicitamente dito, parece-se muitas vezes esquecer que a determinação judicial não cria uma solução clínica. A perspectiva do desfecho existe ou não, consoante as evidências técnicas disponíveis no momento. A determinação do juiz de que determinada tecnologia seja empregada é apenas isso: que ela seja empregada. Nada mais. Ele não tem como determinar a cura ou a melhora do paciente, que, frequentemente, nem sequer compreendeu o que representa o eventual sucesso do tratamento que, supostamente, deseja (ARAÚJO, 2018, p. 30).

Nota-se então que o cuidado com questões técnicas é extremamente importante, não devem ser dadas decisões que não considerem em ampla análise todos os fatores envolvidos, bem como a reflexão a respeito das consequências que dela podem advir.

> Mas, se o direito à saúde não deve ser percebido como fenômeno relacionado meramente a expectativas independentes de plausibilidade, é imprescindível deslocar a discussão para a pertinência técnica do pedido. Nesse sentido, estar doente, pretender o fornecimento de determinado medicamento e ter à disposição um receituário médico não são suficientes para justificar a sua concessão (ARAÚJO, 2018, p. 30).

Esse protagonismo judicial não pode ser excedido ao ponto de prejudicar o funcionamento dos outros poderes que visam também à concretização do direito à saúde e também não pode gerar outras maiores injustiças sociais. O poder Judiciário deve ser seu guardião.

Acerca dessa postura judicial, não deve a atuação ultrapassar os devidos limites legais e, mesmo seguindo e se balizando em parâmetros legais, é necessário que exista ainda mais uniformidade e algum nível de certeza quanto ao resultado dessas demandas. Segurança jurídica e previsibilidade das decisões não são algo fácil de detectar e o problema se agrava, pois muitos problemas em relação à falta de uniformidade nessas decisões podem surgir.

Na busca por alguma solução, foram criados órgãos especiais, mediante estudos sobre o tema, leis e também sobre casos concretos no intento de que seja possível, através de um aspecto menos geral e mais regionalizado, o alcance do melhor tratamento sobre essas decisões.

> Paralelamente à fixação de precedentes pelo STF em matéria de saúde pública, destacando-se os três grandes julgados nos anos de 2019 e 2020 (Temas 06, 500 e 793), deve ser ressaltada a criação de enunciados de orientação firmados em Jornadas de Saúde, promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça nos anos de 2014, 2015 e 2019, com o intuito de subsidiar os magistrados com competência em matéria de saúde pública à adoção de critérios mais técnicos a partir da tônica sanitarista e da própria gestão do SUS. Portanto, a evolução do Poder Judiciário no âmbito da judicialização da saúde é inquestionável. Esse cenário foi, notoriamente, propiciado a partir da adoção de um modelo de gestão com ênfase em resultados a partir do gerenciamento de dados estatísticos, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça. Seguramente, os Comitês Estaduais foram protagonistas desse cenário evolutivo a partir da atuação pautada no diálogo interinstitucional com todos os atores responsáveis pela execução de políticas públicas (LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p. 9-10).

Devem existir estratégias para que exista comunicação entre os órgãos dos entes envolvidos, a fim de que sejam alcançadas as melhores maneiras para que essas ações sejam cumpridas de modo a não prejudicar o funcionamento de todo o Estado.

> A judicialização tem por essência o fato de que cada sistema vive separadamente seus dilemas: no Judiciário, o dever de julgar os pedidos que lhe são apresentados, conforme suas especificidades e que suas decisões sejam exequíveis, e na

> Saúde, a tentativa de conciliar as normativas do SUS, o financiamento insuficiente e as determinações recebidas do Poder Judiciário. Entretanto, e também se verá em capítulo três do livro, busca-se por estratégias e alternativas que aprimorem a comunicação entre os sistemas, a fim de garantir o direito à saúde de todos e de cada um (CONASS, 2015, p. 12).

A Carta Magna é o instrumento que garante a vigência e eficácia do direito à saúde, contudo, a utilização somente do texto constitucional pode se mostrar insuficiente. É necessário que atos infraconstitucionais que organizam esse sistema de prestação sejam também observados.

"Apesar disso, a maior parte dos juízes permanece alheia à referida previsão legal, buscando suposta fundamentação para as ações de saúde fora das regras previstas no ordenamento jurídico em atos normativos legais e infralegais" (ARAÚJO, 2018, p. 54).

A saúde é um direito essencial intimamente ligado ao direito à vida e pressuposto para o exercício de todos os demais. Por esse motivo, qualquer maneira pela qual seja prestado deve passar pelo crivo do princípio da igualdade. Se o papel social desse direito é extremamente essencial, assim como sua prestação, necessário também é que seja analisado o papel que exerce a sua judicialização dentro um Estado democrático de Direito.

> Com o advento crescente de ações judiciais em saúde, o papel do Estado na garantia do direito à saúde e na construção do SUS, passou a ser mais discutido pela sociedade, especialmente a partir do direito individual e das prestações positivas do Estado. Os indivíduos dotados de informações, conhecimento e meios, passaram a instar o sistema de justiça para efetivar, para si, direito previsto em lei (CONASS, 2015, p. 35).

A judiciabilidade de direitos é um fato. Após muitas discussões doutrinárias, a efetividade de direitos sociais não é mais questionada, contudo, essa certeza acerca de sua proteção judicial não pode ser suprema e concedida de qualquer maneira e livre de quaisquer questões. Além disso, por ser um fato exponencialmente crescente seu impacto social no ponto de vista de concretização de ideais constitucionais, deve ser também objeto de estudo.

3.1 O papel social da judicialização no Estado Democrático de Direito

Em virtude do constante problema para concretização de direitos sociais, as pessoas que se utilizam dos sistemas públicos, em virtude da falta ou deficiência em sua prestação, se veem cada vez mais impelidas a procurar pelo sistema judicial para proteção ou concretização. "Conforme relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2019, entre os anos de 2008 e 2017 houve um aumento de 130% nos números de ações

judiciais concernentes à saúde em trâmite na primeira instância dos Tribunais de Justiça do país" (ASENSI, 2020, p. 345).

A saúde, por ser elemento essencial para existência humana, possui mais urgência quanto ao tempo em que essas questões devem ser decididas. Por esse motivo, são extremamente judicializados os temas referentes a esse direito.

Em virtude da massiva busca pelo Judiciário para essa prestação, não é mais possível desconsiderar o órgão como fonte da concretização do direito à saúde e a maneira como sua atuação interfere nas políticas públicas sobre o assunto previamente definidas. Nesse sentido, é necessária sua análise sob aspectos de concretização dos ideais constitucionais de justiça social.

> Na saúde tal fato se torna mais perceptível diante da urgência que permeia tal direito, pois a saúde está íntima e diretamente ligada ao direito à vida e sem a oportunização de se buscar todos os meios plausíveis e necessários de se ter saúde outros direitos, indubitavelmente, acabam sendo afetados e direta ou reflexamente violados. Na ausência do Estado, o Poder Judiciário acaba emergindo dentro de um contexto social como sendo o único ou um dos únicos capazes de pleitear e buscar a efetividade dos direitos sociais e da democracia, se torna uma verdadeira "tábua de salvação" para aqueles que buscam o apoio e suporte do Estado para a garantia dos direitos constitucionalmente positivados e de essencial importância para a garantia de uma vida minimamente digna (ASENSI, 2020, p. 345)

Algumas decisões modificaram, ao longo do tempo, o entendimento sobre o assunto. Exemplo desse fato é o do Recurso Extraordinário 566471, o qual decidiu acerca de remédios de alto custo, desobrigando o Estado do fornecimento desses medicamentos. Isso consiste em um certo avanço quanto ao tema, pois reflete o pensamento de que deve existir racionalidade quanto aos gastos públicos, mesmo quando para cumprimento de direitos essenciais, como o da saúde. As questões que definem os motivos pelos quais esse direito é tão judicializado são das mais diversas ordens, mas, sobretudo, um fator de grande relevância é a precariedade da prestação pela via administrativa.

> O direito à saúde, contudo, não pode ser entendido como um poder a ser exercido contra o Estado, de forma absoluta e ilimitada, mas sim como um direito de justiça social, eis que se mostra inadequada a sua concretização a concepção de direito subjetivo como poder absoluto a ser exercido contra o Estado. Dessa forma, o direito à saúde deve ser garantido, na forma do art. 196 da Constituição, através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, observados critérios racionais de aplicação (LIMA, 2006, p. 20).

Existe ainda, de acordo com apontamento da doutrina, um problema ainda mais abrangente, que envolve corrupção e interesses financeiros que, muitas vezes, podem permear

essas decisões que concedem remédios e tratamentos. Nesse sentido, um problema que analisado isoladamente já apresenta dificuldades é ainda mais atulhado por questões contrárias aos ideais democráticos de sua criação. Por esse motivo entende-se que as decisões que concedem esse direito pela via judicial não podem apenas e unicamente se basearem em prescrições médicas; devem ser analisadas todas as questões secundárias ou não que o permeiam.

A saúde não deve ser tratada com bem de consumo, não deve ser ignorada a discussão acerca de alocação de recursos orçamentários para o atendimento das demandas. Deve-se buscar aprofundar a discussão a respeito dos dogmas de sua criação e todas as demais problemáticas sociais que a afetam.

O assunto é extremamente complexo quando se trata de prestação pública, pois de um lado encontram-se aqueles que precisaram ser socorridos pela via judicial para ter contemplados seus direitos e, de outro, estão aqueles que nem mesmo a essa garantia constitucional conseguem ter acesso.

> Essa tão difícil escolha, em que pese toda a urgência e a dramaticidade que a mesma impõe, não caberia ao Poder Judiciário, pois assim acabaria por privilegiar aqueles que o procuram em nome do princípio da inafastabilidade de jurisdição, ao passo que não se pode negar esperança àqueles que se socorrem ao Poder Judiciário em defesa do também direito à vida e à saúde, fazendo jus a todos os meios necessários para tal (ASENSI, 2020, p. 352).

O problema se intensifica em virtude da própria natureza indivisível do direito e isso é um problema que não se restringe às fronteiras legalmente estabelecidas, pois a falta de prestação da saúde em determinada localidade pode gerar consequências internacionais para saúde pública de uma maneira geral.

> A questão da saúde pública, ultrapassa as fronteiras do direito constitucional brasileiro, vai muito mais além, a partir do princípio que a saúde não diz respeito apenas a um indivíduo ou a um conjunto de indivíduos, e sim, a um grupo humano ou a toda a humanidade, fenômeno decorrente do processo de internacionalização da vida social (ARAÚJO e Col, 2020, p. 435-436).

A saúde como um direito transindividual não admite a prestação ineficiente ou parcial. Se parte da população for abarcada por essas políticas públicas e uma outra parcela for pelo Estado esquecida nesse tocante, não será considerado que os ideais constitucionais para os quais o direito foi criado estão sendo respeitados. Se a afirmação de que a saúde é um direito de todos, obviamente são aplicados à sua existência o respeito ao princípio constitucional da igualdade.

Se o Poder legislativo deve levar em conta no momento da criação das leis referentes ao direito à saúde, a premissa da igualdade, assim como o Poder Executivo, em sua atuação e criação de políticas públicas, também deve atuar dentro dessa conformidade. Não existe motivo para o qual o Poder Judiciário, ainda que na análise de problemas individuais, não deva assim atuar.

Essas decisões devem também estar pautadas sob o crivo da democracia e igualdade. Ainda mais relevante se torna essa questão em virtude de o Brasil ser um país com extrema exclusão social e desigualdade, em que determinados grupos sociais não têm acesso ao Poder Judiciário. Por mais que a constituição assegure o contrário, inúmeros são os motivos pelos quais algumas pessoas não gozam dessa proteção, seja por falta de informação ou recursos.

A atuação judicial interfere diretamente nas verbas destinadas à concretização das premissas constitucionais. Sem as devidas proteções, essas decisões judiciais podem ser fontes geradoras de desigualdades sociais. E como existe cada vez mais a busca por essa concretização judicial, necessário é que esse ideal não se perca de vista. Todos os ideais para os quais o Sistema Público de Saúde foi criado devem embasar as decisões do Poder Judiciário, ainda que individuais.

> Um fato importante que deve ser destacado sobre a origem de nosso sistema único de saúde reside na ideia de que seu advento na Constituição Republicana de 1988 não ocorreu exclusivamente por debates travados na Assembleia Nacional Constituinte, decorrendo de um amplo, lento e progressivo processo de reconhecimento desse sistema (SUS) sob um duplo aspecto: o combate à pobreza e a desigualdade social (LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p. 8).

Com a redemocratização do país e a nova ordem constitucional, todos os entraves que outrora existiam para o acesso ao direito à saúde foram retirados, não mais se ligando a questões de contribuição. O intento era que fosse assegurada a sua universalidade. Seguindo essas premissas, não parece razoável que sejam criados e aceitos novos entraves modernos que prejudiquem esses ideais. A judicialização não pode ser um deles.

> Migrou-se, portanto, de uma tônica de sistema de ações e serviços de saúde para poucos até a contemplação da universalidade do SUS para qualquer cidadão, tendo ou não contribuído para esse sistema mediante contribuições à previdência social ou através de contraprestações diretas pelos serviços. O SUS simbolizou um compromisso do Estado para com o bem-estar social, formulando-se um modelo de saúde voltado para as necessidades da população como um todo, não para uma clientela específica, nem para um grupo em especial ou para uma classe, o intento era alcançar a coletividade, beneficiar cada pessoa, consolidando a saúde como um direito da cidadania, um bem indisponível, inviolável (LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p. 8).

A atuação dos tribunais superiores, notadamente as decisões da Suprema corte, privilegiaram o acesso ao direito à saúde por seu intermédio, o que constitui uma clara inversão, pois primordialmente essa prestação deveria ser efetuada por meio de políticas públicas.

> Paralelamente, o crescimento de demandas envolvendo a concretização do direito à saúde encontrou nas próprias decisões do Supremo Tribunal Federal um nicho adequado que fomentou esse cenário, em razão de adotar uma Teoria de Decisão Judicial que prestigiou excessivamente a atomização das demandas, sem atentar ao caráter de execução das ações e serviços através de políticas públicas que deveriam ser garantidas a todos (LAMARÃO NETO; TEIXEIRA; FERREIRA, 2021, p. 8).

A judicialização beneficia as pessoas realmente carentes? É necessário pensar se essas pessoas carentes que não possuem acesso ao menos ao saneamento básico terão condições de buscar judicialmente seus direitos. O conclamando direito ao acesso à justiça realmente é estendido a toda classe de cidadãos? Essa discussão não é pacífica na doutrina relativa ao tema:

> Dados oriundos de pesquisas empíricas trazem uma polarização dos argumentos. De um lado, alguns estudos defendem que a judicialização é uma forma legítima dos cidadãos mais vulneráveis economicamente terem acesso a medicamentos e outros bens de saúde que fazem parte do rol de serviços disponíveis no SUS. Em contrapartida, outros alegam que a judicialização acaba criando uma nova porta de entrada ao SUS, favorecendo indivíduos com maior poder econômico, e a própria indústria farmacêutica, ao pressionar pela incorporação de medicamentos ainda não disponíveis no sistema público (OLIVEIRA, 2020, p. 49).

Mesmo com argumentos contrários, ainda é possível, então, notar que uma justiça exclusiva que concede a alguns e retira de outros não pode ser considerada de bom funcionamento. Importante então é a discussão a respeito da extravulnerabilidade a que certos grupos estão sujeitos.

A afirmação acerca de que essa ampla procura pelo Poder Judiciário, a qual causa o fato atípico de que o direito social em pauta seja desmedidamente prestado por essa via, retira o direito à saúde e a vida de determinadas pessoas, pois dessa maneira privilegia somente algumas classes sociais. Não há como pensar em acesso ao judiciário de pessoas que não possuem outros direitos básicos que são pressupostos de uma vida minimamente digna. Esse problema da concretização do fato é comprovado também em outros países além do Brasil. A respeito dos Estados Unidos da América, David Landau:

> Esses dois remédios permitem que os tribunais executem os direitos sociais de forma relativamente segura e sem se preocupar com o fato de serem vistos como algo que ultrapassa as tarefas tradicionais dos tribunais. Mas há um custo significativo - ambas as ferramentas são fortemente inclinadas para os grupos de classe média e alta, em vez de demandantes pobres. Em outras palavras, em grande parte do mundo, a aplicação dos direitos sociais é vibrante, mas resulta em benefício de grupos de classe alta e não dos grupos sociais mais necessitados (LANDAU, 2012, p. 199-200). (tradução nossa)[4]

Apesar das inúmeras dificuldades em conceituar ações justas e injustas, é possível notar que conceder um direito a uma determinada parcela de pessoas em detrimento de outras seria uma clara violação a esses ideais. A justiça está ligada para John Rawls (2007) a um conceito de cooperação social. Então, um sistema que exclua pessoas da prestação de garantias constitucionais, em virtude da concretização dessas mesmas premissas a alguns privilegiados, não pode ser considerado justo. Esta afirmação se justifica pois, para Rawls (2007), a justiça também significa ao autor o equilíbrio entre as demandas concorrentes, assim como também tem ligação com não retirar aquilo que é de direito de outrem (RAWLS, 2007).

Outra questão importante de ser notada a respeito da atuação da judicialização em um Estado Democrático de Direito se refere à definição acerca de solidariedade dos entes para cumprimento dessas ações. Da possibilidade de demandar qualquer ente, separadamente ou não, diversos problemas podem ocorrer, causando ainda mais desigualdade estatal. Por exemplo, municípios com baixa disponibilidade de verbas podem ser extremamente prejudicados quando forem determinados que cumpram alguma medida judicial. Essas condenações podem causar descompasso para toda a prestação de direitos, o que intensifica um cenário de precariedade. O sistema de reembolso que deveria resolver essa questão entre os entes não se mostra suficiente nesses casos, em virtude da demora ou da falta de sua concretização. Pode-se observar que o assunto, quando tratado massivamente pela via judicial, pode acarretar danos possivelmente irreparáveis se as regras de organização não forem atendidas. Mas o debate sobre o excesso de judicialização não se queda nessa seara, pois as vidas de diversas pessoas que não têm acesso ao judiciário podem ser diretamente afetadas. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso:

> Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que

[4] Both of these remedies allow courts to carry out social rights enforcementrelatively securely and without worrying that they will be seen as overreach-ing beyond the traditional tasks of courts. But there is a significant cost—both tools are heavily tilted toward middle class and upper income groupsrather than poor plaintiffs. In other words, in much of the world socialrights enforcement is vibrant, but accrues to the benefit of higher class groups rather than those social groups most in need (LANDAU, 2012, p. 199-200).

> contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão (BARROSO, 2009, p. 4).

É possível então notar que a responsabilidade solidária, quando analisada de maneira isolada, não traz consigo elementos relevantemente democráticos e favoráveis à justiça social. Deve ser levada em conta nessa análise que o acesso ao Poder Judiciário para a resolução desse tipo de demandas não é, na prática, a todos garantido de maneira igualitária, embora na teoria o seja. Também importa observar que essa responsabilidade, definida de maneira igualitária para os entes, não garante que estes terão verbas recebidas de maneira também igualitária para tais cumprimentos. Diferenças existem e deveriam ser levadas em conta nessas situações.

O Estado busca a organização dessa grande quantidade de demandas. Como exemplo, a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que busca otimizar essas questões, oferecendo aparatos aos juízes e tribunais para que decidam de uma maneira mais equânime, existindo também consultorias por meio virtual para esses julgadores.

Dado que a judicialização é um fato que se desenvolve em virtude dos próprios contornos constitucionais, é necessário que sejam analisados os impactos, benefícios e malefícios oriundos de diferentes formas processuais.

3.2 As diferentes ações utilizadas para judicialização do Direito à Saúde e seus reflexos sociais

Em países em que a busca pelo Poder Judiciário para concretização de direitos sociais é um fato, o estudo acerca de diferentes ações se mostra de extrema relevância. Superadas as questões sobre a possibilidade de que sejam demandados esses assuntos em juízo, é necessária análise acerca dos instrumentos processuais utilizados e suas implicações.

"As primeiras ações judiciais para fornecimento de medicamentos datam dos anos 90, e eram principalmente coletivas, estando relacionadas ao acesso a antirretrovirais para o tratamento de HIV/AIDS" (OLIVEIRA, 2020, p. 29).

Porém, quanto aos sistemas de busca por satisfação de demandas pela via judicial, podem ser destacados no sistema pátrio duas maneiras. Existem a possibilidade de tutelas individuais e coletivas.

> Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos (BARROSO, 2009, p. 5).

É possível notar que a quantidade de ações coletivas referentes ao Direito à Saúde sempre foi pequena quando comparada à de ações individuais.

> Por este pode-se perceber que, de fato, apenas uma pequena parcela das ações que compõem o banco são ações coletivas: 3,62% das ações citam os termos "ação coletiva", "ação civil pública" ou mandado de segurança coletivo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 130).

Quanto ao alcance dessas ações, o recurso especial número 1075, que analisou o artigo 16 da Lei 7.347/1985, definindo a sua constitucionalidade, determinou a eficácia das ações coletivas como sendo da comarca a qual foi proposta. O efeito da coisa julgada será *erga omnes* de acordo com decisão do tribunal, contudo, adstrito aos limites territoriais onde foi proposto. É possível, então, observar sua maior eficácia territorial quanto a sua abrangência.

Ademais, existem diversos projetos de lei que buscam um melhor delineamento dessas ações coletivas. Muito se critica o instituto com base na falta de uma legislação moderna a respeito. Essa falta de previsão moderna pode também ser um obstáculo à consagração dessa medida judicial.

A massiva utilização de ações individuais no tocante à concretização de direitos sociais pela via judicial é um fato que ocorre no Brasil. A concessão e a condenação de entes para cumprimento de demandas individuais é uma preocupação, em virtude do fato de que esses mandamentos judiciais demandam verbas que poderiam ser utilizadas para a solução de problemas coletivos.

> Considerando os casos relativos à justiciabilidade dos direitos à saúde e à educação nas Cortes superiores brasileiras, conclui-se ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. Observa-se também que as demandas judiciais são, em sua vasta maioria, de cunho individual e não coletivo (CANOTILHO, 2010, p. 64).

Mesmo em uma análise superficial, é possível notar que a doutrina na análise dessas execuções individuais, principalmente quando ocorrem em demasia, não traz benefícios à

coletividade. Ademais, essas execuções podem prejudicar políticas públicas anteriormente previstas para a sociedade de maneira geral.

> A execução individualizada pode ter um baixo custo de legitimidade e não sobrecarregar a capacidade do tribunal, mas beneficia principalmente os grupos de renda mais alta. Além disso, as evidências indicam que pouco contribui para melhorar o desempenho da burocracia na prestação de serviços sociais e, portanto, pode ser relativamente ineficaz também. As injunções negativas são eficazes (pelo menos na manutenção do status quo) e podem ter apenas custos moderados de capacidade e legitimidade para o tribunal (dependendo de seu efeito macroeconômico), mas novamente beneficiam principalmente os grupos superiores (LANDAU, 2012, p. 200). (Tradução nossa)[5]

Quanto às questões de discussão a respeito da maneira pela qual essas ações são propostas, e mesmo com maior abrangência de pessoas que serão dessas ações beneficiadas do ponto de vista social, o cenário não se altera completamente apenas com essa modificação de instrumentos processuais. A cautela quanto às despesas ali embutidas deve também ser levada em conta. Além disso, em análise da comparação da lei pátria com a de outros países, é possível constatar que existem outras maneiras processuais na doutrina estrangeira que buscam a maior concretização de fatores de justiça social.

> Em vez disso, os tribunais basearam-se principalmente em dois modelos de aplicação dos direitos sociais: (1) em um modelo individualizado, os tribunais dão um único remédio a um único reclamante para a provisão de um tratamento, pensão ou subsídio, mas tendem a remédios sistemáticos que afetar grupos maiores; (2) em um modelo de injunção negativa, os tribunais derrubam cortes de benefícios ou outras leis que alteram os benefícios sociais que estão sendo dados no status quo. Os tribunais se concentram nesses dois modelos, porque se parecem mais com os modos mais tradicionais de revisão judicial. No entanto, ambos os modelos têm uma inclinação muito acentuada em relação aos grupos de renda mais alta; é improvável que façam muito pelos cidadãos mais pobres. Além disso, eles parecem fazer pouco para melhorar o desempenho burocrático (LANDAU, 2012, p. 192). (Tradução nossa)[6].

[5] Individualized enforcement may havea low legitimacy cost and does not strain the capacity of the court, but itprimarily benefits upper income groups. Further, the evidence indicates thatit does little to improve the performance of the bureaucracy in providingsocial services, and thus it may be relatively ineffective as well. Negativeinjunctions are effective (at least at maintaining the status quo) and mayhave only moderate capacity and legitimacy costs to the court (depending ontheir macroeconomic effect), but they again benefit primarily upper incomegroups (LANDAU, 2012, p. 200).

[6] Instead, courts have relied mainly on two models of social rights enforcement:(1) in an individualized model, courts give a single remedy to a single plaintiff for provision of a treatment, pension, or subsidy, but tend to deny systematic remedies that would affect larger groups; (2) in a negative injunction model, courts strike down benefit cuts or other laws that change the social benefits being given in the status quo. Courts focus on these two models because they look most like more traditional modes of judicial review. However, both models have a very pronounced tilt towards higher income groups; they are unlikely to do much for poorer citizens. Moreover, they appear to do little to improve bureaucratic performance (LANDAU, 2012, p. 192).

Existe também a observação de que essas demandas coletivas seriam mais úteis e justas do ponto de vista da macrojustiça, são as medidas judiciais que mais se aproximariam da efetivação de políticas públicas.

> Em função disso, já há autores sustentando uma necessária prevalência das ações de caráter coletivo, muitas vezes sob a acepção de "políticas públicas", em detrimento dos processos judiciais de cunho individual, com o argumento de que estes últimos não consistiriam no meio adequado à postulação de prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, pois inviabilizariam decisões de "macro-justiça" (SARLET; FIGUEIREIDO, 2008, p. 20-21).

Alega-se, ainda, a respeito dos legitimados para a propositura dessas ações coletivas, que estes possuem mais condições para trazer aos autos todo o contexto (social, econômico, orçamentário) que permeia essas ações. Por tal motivo, elas seriam mais benéficas do ponto de vista social. Enquanto em uma ação individual essas características não estariam tão presentes, Luis Roberto Barroso comenta:

> Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia (sic) mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo (BARROSO, 2009, p. 32).

Contudo, é necessário afirmar que nem todas as vertentes doutrinárias concordam com tal posição que afirma a total primazia das tutelas coletivas, sob o argumento de que essa possibilidade de demandas judiciais individuais não podem ser afastadas sob algum pretexto, por se tratar de uma garantia constitucionalmente prevista e assegurada a todos.

> Com todo o respeito à fundamentação que embasa tal posicionamento, não se pode deixar de relembrar que o direito à saúde é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal. Isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá desconsiderar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável. Por outro lado, tais concepções deixam de ponderar que o acesso à jurisdição, aí compreendida como jurisdição eficiente e plena, é também assegurado como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV), motivo pelo qual não se pode concordar com a tese que refuta, em termos absolutos, a judicialização das demandas por prestações materiais de caráter individual no âmbito da concreção do direito à saúde (SARLET; FIGUEIREIDO, 2008, p. 21).

Mesmo com a impossibilidade do total afastamento dessas demandas individuais, é necessário observar que, com a maior participação social, mais democrático se torna o sistema. É também perfeitamente possível que a justiça social seja construída através da judicialização, todavia, esse sistema liberal clássico deve ser aperfeiçoado para atender aos fins constitucionais para os quais os direitos sociais foram criados. Nesse sentido, Amélia Cohn:

> Os movimentos sociais se caracterizam por se constituírem em "novos" sujeitos coletivos no cenário político em distintas e diferenciadas arenas e espaços que não aqueles tradicionalmente definidos pela concepção liberal clássica de democracia. Por outro lado, constituem igualmente sintomas de conflitos presentes na própria sociedade na medida em que se caracterizam por um forte traço reivindicativo na luta por conquistas na efetivação de demandas sociais, vale dizer, dos direitos sociais. A partir de sua especificidade e, nesse sentido, de sua particularidade, reivindicam direitos sociais que implicam a igualdade de direitos associada ao direito à diferença, e, portanto, à justiça social (COHN, 2003, p. 3).

A igualdade e a universalidade são elementos conectados à prestação da saúde que, seja qual for a medida adotada para sua prestação, devem essencialmente estar presentes. Não existem motivos constitucionais ou legais para que, pela via judicial, esses critérios não sejam adotados.

> Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos (BARROSO, 2009, p. 29).

É importante, como se trata de um assunto determinante - pois envolve verbas públicas, que exista uma visão global a respeito do assunto, não importa a medida adotada. O tema não pode ser adstrito aos fatores das partes envolvidas em uma demanda judicial, não é democraticamente interessante que seja feito de maneira isolada. Além disso, essas decisões não podem ser alheias às políticas públicas já previstas para o mesmo fim.

Dessa forma, a discussão acerca das escolhas processuais deve ser analisada sob os aspectos da racionalidade. O critério da justiça social não pode ser deixado de lado:

> Considerando que a implementação de direitos implica em custos e, uma vez que os recursos são limitados, impõe-se que escolhas sejam feitas e determinadas políticas públicas priorizadas. É preciso assinalar que, quando se promove a aproximação do universo jurídico com a realidade econômica, o fator escassez não pode ser descartado. É justamente no que tange aos direitos sociais que a questão referente aos custos de efetivação dos ditames constitucionais tem sido debatida no Brasil. É preciso reconhecer que implementar políticas públicas que assegurem e efetivem os direitos sociais, arrolados na Constituição, demanda recursos e esses são finitos. Impõe-se a ampliação da forma como são tradicionalmente analisadas tais questões (GOMES, 2016, p. 5).

Um argumento favorável às medidas coletivas é de que, ao contrário das ações individuais, em que apenas alguns indivíduos podem ser beneficiados em detrimento de outros, nessas ações uma parcela da sociedade é beneficiada em virtude dos seus efeitos. Dessa forma, a alteração na escolha das modalidades das medidas apresenta maior ou menor abrangência quanto ao público alcançado, porém ainda não modifica a realidade na qual esse direito opera. Não serve para garantir que todas as pessoas sejam por essa decisão alcançadas.

É possível notar que, independentemente da ação escolhida, seja individual ou coletiva, os critérios quanto à concessão devem ser os mesmos. Não é somente que pelo motivo de abarcar uma maior quantidade de pessoas essas ações coletivas escapem daquilo que deve ser considerado para a decisão. Não é somente pelo critério da presença de uma coletividade que os ideais de justiça social são alcançados.

A atual pandemia, que será tema do próximo item, demonstrou que a resolução de conflitos de maneira individual não é suficiente para que os problemas coletivos sejam afastados. A necessidade de tutela coletiva se mostrou ainda mais relevante nos tempos atuais, por esse motivo existem em trâmite projetos de leis para que essa realidade seja aperfeiçoada em virtude da parca previsão legal existente acerca do tema.

É possível, então, perceber que esse poderia, sim, ser uma trajetória que seria mais próxima do alcance de critérios de justiça social, todavia o caminho ainda é extenso para essa consolidação, seja pela falta de previsão moderna a respeito do assunto, carência de efetividade no tocante às decisões, ou pela massiva e cultural busca pelas demandas individuais.

O site[7] do Conselho Nacional de Justiça apresentou números quanto aos dados na pandemia. De acordo com o site do órgão, até agosto de 2020 foram contabilizados 94.000 (noventa e quatro mil) processos a respeito do assunto ou a ele relacionados. Já no ano de 2021, até dia 10 de maio foram contabilizados 344.403 (trezentos e quarenta e quatro mil,

[7] Dados disponíveis em: https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/acoes-judiciais/ Acesso em: 02/06/2021

quatrocentos e três) processos relacionados à COVID-19. Tais dados demonstram como houve aumento massivo na busca pelo Poder Judiciário em tempos de pandemia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, online).

A pandemia trouxe esse abarrotamento de casos e tornou a judicialização ainda mais presente na realidade brasileira. Por esse motivo, é necessária a análise pormenorizada a respeito do tema.

3.3 A judicialização do Direito à Saúde em tempos de pandemia mundial

O mundo foi acometido, no ano de 2019, por uma nova doença que se espalhou de maneira rápida por todo o mundo e no mês de março 2020 foi decretada a pandemia do Corona Vírus. Toda a modificação no cenário mundial ocorreu de maneira demasiadamente veloz.

> Em dezembro de 2019, em Wuhan, China, um novo coronavírus (SARS-COV-2) foi identificado como causa de doença respiratória aguda grave (COVID-19). Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o surto como uma emergência de saúde pública de interesse internacional (ESPII) e, em março de 2020, com a disseminação do vírus em diferentes países, foi declarada a pandemia (BRASIL, 2020, p. 5).

É relevante ressaltar que a declaração de pandemia não diz respeito à quantidade de pessoas que foram acometidas pela doença, mas, sim, pelo seu alcance pelo mundo em relação à contaminação.

> Desde o dia 11/03/20, quando a OMS declarou que o mundo vive uma pandemia em virtude do Covid-19, o mundo se viu obrigado a adotar medidas extremas. “A definição de pandemia não depende de um número específico de casos. Considera-se que uma doença infecciosa atingiu esse patamar quando afeta um grande número de pessoas espalhadas pelo mundo” (ALMEIDA, 2020, p. 1).

Apesar de seus efeitos devastadores nunca antes alcançados, essa espécie de doença, chamada zoonose, não é novidade em território nacional. O Brasil já foi atingido por outras moléstias de origem semelhante. A respeito da definição de zoonoses, Jean Marc Sasson afirma:

> O hábito de alimentação de animais silvestres é apenas o reflexo do principal motivo de surgimento e propagação de zoonoses que é a interferência humana nos habitats naturais, o que vem possibilitando que os vírus antes restritos à natureza se cruzem rapidamente com seres humanos (SASSON, 2020, p. 1).

O governo brasileiro conta com alguma experiência no que toca a essa modalidade de doenças. Algumas medidas legais já foram tomadas para contenção de outras zoonoses, porém, em menor escala de contaminação que o corona vírus.

Dentre esses vírus de abrangência nacional, podem ser destacados a dengue, Zyca, Chikungunya, lepstospirose, doença de chagas e a febre amarela. Existem ainda algumas doenças dessa mesma natureza, porém regionalizadas, como a toxocaríase, toxoplasmose, ancilostomíase e esporotricose. O Sistema Único de Saúde, nesses casos, atua de acordo com a Portaria MS/SAS nº 758/2014, que é o documento que apresenta normas quanto aos serviços públicos referentes a zoonoses (SASSON, 2020, p.1).

Como a questão da saúde foi diretamente afetada, necessário se torna falar a respeito da atual crise no setor, causada pela pandemia. Em um momento sem precedentes históricos, problemas sociais já existentes ganham ampla dimensão frente à crise. Exemplo máximo dessa dilatação de dificuldades é a área da saúde, na qual todos os setores que já eram considerados deficitários e com problemas de diversas ordens agora estão em colapso. E o gravame é de que não só o setor público enfrenta essas adversidades, o setor privado também está colapsado, os problemas são gerais.

Em virtude da grande quantidade de contaminados em um ambiente de caos, nem mesmo os recursos que garantem acesso à prestação da saúde por instituições privadas resolvem os problemas relativos a internações e tratamentos médicos, pois todo o complexo sanitário está em plena descensão.

Os ideais da impossibilidade de divisão da saúde agora estão claros. É evidente que a proteção e medidas de segurança sanitária se mostram totalmente ineficazes quando parte da população são delas excluídas. A necessidade de prestação uniforme se revela ainda muito mais indispensável frente à propagação do vírus que gerou a pandemia.

Também orçamentos previstos em um momento anterior tiveram de ser alterados, a fim de que verbas fossem utilizadas para que essas políticas públicas fossem colocadas em prática. Leis foram criadas para operar as mudanças dentro da legalidade, assim como também houve flexibilização orçamentária buscando uma melhor aplicação de verbas existentes. Todos os setores sociais foram afetos de alguma maneira, a exemplo, até mesmo prazos processuais foram modificados.

O governo Federal editou a Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, Convertida na Lei nº 14.035, de 2020, o que retirava em partes a autonomia conferida pela lei.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca do tema com a ADI nº 6341, da ADPF 45 e da Reclamação nº 40.342.

A ação direta foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, alegando que os dispositivos editados pelo governo federal, através da MP Nº 926, atacavam diretamente a autonomia dos entes federados, violando a competência constitucional comum no que diz respeito à adoção de medidas e políticas públicas em relação a assuntos sanitários necessários ao momento pandêmico. Nessa decisão de número 6341, o tribunal voltou a afirmar a competência concorrente acerca do tema.

> Ademais, o PDT apontou ainda que, materialmente, os dispositivos da MP nº 926/2020 teriam violado a autonomia política das entidades subnacionais e da competência administrativa comum em relação à política sanitária prevista nos arts. 18 e 23, II, da CF/88, por terem os §§ 8º a 11 do art. 3º da Lei n.º 13.979/2020, introduzidos por Medida Provisória, concentrado na União a decisão a respeito da adoção das medidas de isolamento, quarentena e restrição de locomoção em casos nos quais fossem afetados serviços e atividades essenciais (RAMOS; RAMOS; COSTA, 2020, p. 12).

Igualmente, o artigo art. 3º da Lei nº 13.979/2020 apresenta competência dos entes a respeito da possibilidade de medidas a serem adotadas, dentre elas o isolamento e a necessidade de utilização de máscaras. É possível notar, então, que essa medida legal confirma aquilo que o texto constitucional assegura, nesse caso, a ampla possibilidade de atuação no que diz respeito à proteção da saúde, os entes poderiam, assim amparados pela lei, restringir direitos. Porém, é possível notar que, ainda assim, a diferença de recursos financeiros persiste.

Também houve alterações tributárias no tocante à arrecadação em virtude do impacto na economia por conta da pandemia e da necessidade de isolamento e paralisação de alguns setores.

Assim como as medidas relativas a políticas públicas foram alteradas, da mesma maneira, a judicialização do direito também o foi. Essas mudanças ocorrem preponderantemente em virtude do fato de que medidas de prevenção e tratamento foram necessárias para contenção dos efeitos da pandemia.

> O desenho constitucional brasileiro, notadamente no que se refere a distribuição de competências e a arquitetura política dão sinais de fragilidade e dificuldade de consenso em um momento em que as ações deveriam ser precisas e em sintonia com as orientações das autoridades sanitárias (RAMOS; RAMOS; COSTA, 2020, p. 14).

Diversas medidas das mais variadas ordens foram e são impetradas em razão do caos instaurado pela doença viral. Essas ações são relativas aos tratamentos, remédios, equipamentos de proteção, internações, além das questões relativas a isolamento e proibição de algumas atividades por causa da necessidade de isolamento social. O Poder Judiciário, que já era atulhado de ações relativas ao tema, enfrenta, nesse momento pandêmico, desafios ainda maiores. Outro agravante da situação é de que, além da quantidade de ações, o tema se trata de seara nunca antes explorada, repleta de incertezas e dificuldades novas.

Quanto às medidas permitidas para contenção do vírus, existe a autorização para que sejam restringidos determinados direitos individuais. Importa notar que essas medidas, mesmo sendo das mais variadas ordens, seguindo o conteúdo do direito que as justifica, devem ser amparadas por alguma evidência científica. Assim como o conceito de saúde, que é baseado nas melhores evidências científicas, as medidas para contenção da proliferação do corona vírus também devem assim o ser, buscando a preservação da vida e da saúde pública.

> Para contenção da pandemia, as autoridades ficaram permitidas a adotar as seguintes medidas, mas não se limitando a elas: "- isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus; - determinação de realização compulsória (obrigatória) de: - exames médicos; - testes laboratoriais; - coleta de amostras clínicas; - vacinação e outras medidas profiláticas; ou - tratamentos médicos específicos; - estudo ou investigação epidemiológica; - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: -entrada e saída do País; - locomoção interestadual e intermunicipal; - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde." Entretanto, estas medidas somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública (ALMEIDA, 2020 p. 5).

A respeito do ponto acima levantado, surge uma questão relevante a ser discutida: é a de ser ou não possível restrição do acesso ao Poder Judiciário, no sentido de barrar determinadas ações referentes a outros assuntos considerados não tão urgentes quanto à

pandemia. De acordo com parcela da doutrina, de maneira ponderada alguns direitos e garantias fundamentais podem ser restringidos para proteção da saúde coletiva.

> O que parece possível sustentar, ao fim e ao cabo, é que mediante a compreensão constitucionalmente adequada dos princípios, direitos e regras processuais, o sistema de justiça poderá priorizar o combate à pandemia, focando nas situações emergenciais, sem descurar do direito fundamental à uma prestação judiciária efetiva (SARLET, WEINGARTNER NETO, 2020, online).

É possível notar que a pandemia ampliou a gama de problemas que podem ser levados ao Poder Judiciário. A saúde agora não é mais uma questão adstrita a determinados setores sociais. O assunto é de relevância social extrema e afeta todos os âmbitos, até mesmo o econômico e de desenvolvimento social. Importante se tornou, então, a garantia da saúde a todas as pessoas. A indivisibilidade da prestação prevaleceu em determinadas decisões referentes à sua prestação privada.

> No Brasil, todas as pessoas afetadas pela Pandemia possuem o direito de receber tratamento gratuito e aquelas que se utilizam da saúde suplementar, os planos de saúde, tiveram garantido o direito à cobertura de exames e à utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Novo Coronavírus, por ato da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS18. A rápida regulamentação deste tipo de cobertura, já no dia 12/03/2020, apenas um dia depois da declaração da Pandemia pela OMS, foi fundamental para evitar que inúmeras ações judiciais questionassem o tema (ALMEIDA, 2020 p. 7).

Na esfera executiva, a autonomia dos entes conferida legalmente é importante instrumento para efetivação de direitos sociais. Contudo, essa autorização legal, despida de recursos e repasses financeiros, para tanto se torna inócua. Em virtude da necessidade de recursos materiais para o combate da pandemia e também da determinação de cumprimentos de sentenças em relação a remédios, tratamentos ou quaisquer outras medidas necessárias, a questão diz respeito essencialmente a orçamentos e verbas.

Pode se notar, então, que a questão orçamentária, que já era dificultosa em situações comuns, ganha mais inúmeros problemas de ordens diversas em meio à pandemia. E as verbas destinadas, de uma maneira geral, para o combate do vírus, ainda são alocadas quando surgem mandamentos judiciais para tanto. A questão de competência se mostra ainda mais evidente. O ente com menos recursos não deve arcar de maneira total com medidas que não são compatíveis com a sua estrutura financeira. A solidariedade pode ser ainda mais fatal nesses casos.

Dessa forma, quando um julgador tiver que proferir uma sentença de maneira individual, há que ser analisado todo o contexto e implicações que cercam essa decisão. Não existe mais a possibilidade, diante dos problemas modernos da concessão dessas medidas individuais, quando a análise de seus resultados for feita de maneira particular, restrita aos limites do caso concreto.

Outro problema a ser levado em conta é a impossibilidade de controle acerca das decisões proferidas. Não existe outro poder que possa controlar a maneira pela qual o Poder Judiciário atua com políticas públicas. Por esse motivo, o próprio órgão em questão deve se organizar de maneira a tomar providências que garantam a correta e justa atuação no tocante a essas medidas, tendo em vista se tratar de um direito essencial à existência humana.

"Ora, se o Poder Judiciário foi concebido para controlar a ação dos demais poderes em políticas públicas, como controlar as políticas públicas desenvolvidas pelo Judiciário? Quem controlará os controladores?" (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 53). Como já afirmado, a criação dos moldes pelos quais existe a distribuição de competência quanto à aplicação de Direitos sociais é o que dá ao Poder Judiciário a função de guardião e que fez com que este ganhasse destaque quando essas garantias constitucionais não eram efetivadas. Isso já ocorre frequentemente devido a diversos fatores econômicos, sociais e orçamentários, fazendo com que a procura pela construção desses direitos se focasse, ao longo do tempo, pela via judicial.

> Haveria na atuação dos juízes em matéria política uma ilegítima invasão de poder reservado a outra função estatal por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 51).

Esse crescimento da atuação judicial é cada vez mais significativo em números e esse fato se agrava pela presença da crise instaurada pela atual pandemia. Além disso, aliados aos problemas já existentes, questões federativas também tiveram que ser judicializadas em virtude da existência de uma crise política.

> A Ordem dos Advogados do Brasil, através da ADP (672), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pede que a Presidência da República se abstenha de adotar medidas de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que contrariem as orientações técnicas e sanitárias das autoridades nacionais (Ministério da Saúde) e internacionais (OMS). Requer ainda, que o Poder Executivo proceda à implementação imediata dos benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais, bem como, proceda à imediata inclusão das famílias que se encontram na fila de espera do programa Bolsa Família. Segundo a OAB na contramão das maiores autoridades políticas do mundo, contrariando as recomendações da OMS e as principais referências científicas,

> sanitárias e epidemiológicas, o Presidente da República tem sistematicamente minimizado os efeitos da pandemia do novo coronavírus no Brasil e endossado um afrouxamento das medidas sanitárias de prevenção e de contenção. A referida ADP foi distribuída para o Relator Alexandre de Moraes que proferiu decisão em (01/04/2020) determinando que sejam solicitadas, com urgência, informações sobre o objeto da presente arguição, a serem prestadas pelo Presidente da República no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Os exemplos trazidos acima se enquadram dentro do conceito de judicialização proposto no presente estudo, qual seja, ambas as ações envolvem questões de alta relevância política e social, e ainda, envolve a violação do direito fundamental à saúde (ARAÚJO e Col, 2020, p. 438).

Com análise de todo o contexto econômico, social e sanitário é possível observar que, em virtude da necessidade de conhecimento científico para tomada de decisões, a atuação dos órgãos judiciais não pode mais ser a mesma. A habitual atuação se mostra insuficiente frente a esse novo cenário de incertezas.

> Indubitavelmente, o Judiciário ao lidar com esta crise, tem de aprimorar sua atuação técnica na área da saúde pública, compreendendo-a em sua visão coletiva, sistêmica e integral e, também, incorporando o direito à saúde como parte de uma política pública de responsabilidade não só do executivo, mas do judiciário e da sociedade (CORREA; FARIAS, 2020, p. 11).

A previsão acerca de políticas públicas deve ser feita em conformidade com todas as previsões legais e infralegais a respeito e a atuação de todos os entes federados deve ser harmoniosa. Além de disputas políticas, outro fator que pode prejudicar e trazer instabilidade ao sistema é a própria atuação do Poder Judiciário, se feita em demasia e desconectada de fatores sociais e orçamentários**.**

> A interferência constante pode trazer, além do desrespeito à divisão dos Poderes, insegurança para o campo jurídico. O decidir acerca de políticas públicas indiscriminado importa em pressupor que os magistrados são os melhores conhecedores de assuntos técnicos os mais distintos. Além de poder ocasionar o choque entre decisões das mais diversas cidades e órgãos judiciários (CÔRTES, 2020, p. 13).

Para que os problemas sejam minimizados, é extremamente necessário que a atuação do Poder Judiciário frente aos problemas pandêmicos não seja feita de maneira isolada. É essencial que todos os setores sociais e governamentais trabalhem para o mesmo fim.

> Para minimizar a Judicialização em larga escala, é importante participação efetiva e concreta do Governo com o intuito de estimular o enfrentamento à crise e o crescimento financeiro do País, mas também, a participação ativa, conjunta e consciente da população, políticos, advogados, magistrados, sindicatos, defensores, etc. Já que os problemas que virão são demasiadamente gravosos e até insuportáveis às vidas dos cidadãos (ALMEIDA 2020, p. 13).

Em todas as instâncias, ações judiciais proliferam em relação às medidas governamentais de contenção à pandemia, que instala um cenário de incertezas para a ciência e também para o Poder Judiciário. A prudência, que já era exigida dos julgadores no tocante a assuntos sanitários, é necessariamente redobrada frente a esse horizonte de inseguranças. A intervenção judicial demasiada e desmedida pode alcançar estragos ainda maiores.

O número de processos é crescente. A exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: no início do ano de 2020, a Defensoria Pública ajuizou 104 (cento e quatro) ações judiciais individuais que se justificam no artigo 196 da Constituição Federal, mais especificamente sua maioria (83 processos) requerendo internações. Dessas 104 (cento e quatro) ações, 102 (cento e duas) receberam pareceres favoráveis através de decisões liminares. Contudo, esse deferimento em massa de liminares, na atual situação pandêmica, pode ocasionar diversos problemas. No processo 0001426-89.2020.8.19.0083, do município de Japeri, no Rio de Janeiro, houve indeferimento da liminar o juiz do caso utilizou como argumento para nega-la a afirmação de que mesmo existindo o direito e a legitimidade proferindo esta decisão e concedendo o direito da autora a condenação, estaria atuando como verdadeiro administrador e sua atuação mesmo que justa poderia causar danos a toda previsão já efetuada para esses casos. E isso ocorreria em virtude da possibilidade dessa concessão dessa vaga prejudicar a oportunidade de outras várias pessoas que precisam do mesmo tratamento, o conhecimento técnico nesses casos é extremamente relevante (ASENSI, 2020, p. 347).

A princípio, o detentor da legitimidade para criação de medidas práticas frente à crise é o Poder Executivo. O Judiciário não pode atuar de maneira a prejudicar esse sistema, nem usurpar funções, mesmo sob o pretexto de atuar na proteção de minorias.

> A substituição pelos magistrados não é possível nem sob o argumento de que o Judiciário tradicionalmente defende as minorias contra a maioria (até porque no mais das vezes isso não ocorre) e também porque os juízes ao adentrarem debates públicos sobre direitos controversos acabam por se distraírem das questões centrais que lhes são atribuídas (CÔRTES, 2020, p. 11).

A responsabilidade solidária nesses casos, especialmente frente às disputas políticas atuais, que não buscam simplesmente o bem-estar social, mas também vantagens egoístas, podem ser extremamente danosas e não interessantes à sociedade. Mais do que nunca, o Poder Judiciário, em cada decisão, mesmo que individual, deve analisar o conjunto de normas e leis que tocam ao assunto, assim como a análise social e implicações de suas decisões. Nesses casos se admite a existência de um litisconsórcio facultativo. Dessa forma, os entes podem ser

demandados de maneira isolada ou conjunta, cabendo ao ente que não era o responsável, de acordo com a lei infraconstitucional, o devido reembolso. Em tempos emergenciais como o da atual pandemia, esse sistema é ainda mais falho, pois todas as verbas devem ser destinadas de maneira estratégica.

O Direito, mais do que nunca, não pode ser aplicado de maneira isolada, desconsiderando fatos relevantes para sua aplicação, como bases científicas e regras orçamentárias, assim como a competência dos entes que deverão suportar essas demandas judiciais. Não é considerado um critério isonômico esvaziar a capacidade de verbas destinadas à saúde de determinado município ou estado, pois isso acarretará danos graves na prestação de medidas sanitárias. A desigualdade quanto ao acesso à saúde nunca gerou tantos prejuízos, a pandemia veio para deixar clara a ideia de que saúde ou qualquer outro direito social prestado sem uniformidade não pode ser considerado como satisfatório. Não adianta uma pessoa ter plano de saúde e acesso se o resto da população não tiver: o direito à saúde, nesse exemplo, não é pleno. Alguns municípios do país não possuem nem ao menos UTIS. Isso revela uma desigualdade: considerar que obrigações processuais são advindas de solidariedade, nesses casos em que não existem as mesmas destinações de verbas, é extremamente complexo.

O conhecimento prévio de questões orçamentárias e também sociais deve estar presente na atuação do judiciário: mapeamento de dados, atuação igualitária e conjunta de todos os Poderes agregando harmonia para um melhor enfretamento da crise.

CONCLUSÃO

A saúde é um conceito que se apresenta como de difícil conceituação. Sua definição não fica a reserva de um só âmbito de conhecimento. São conceitos multidisciplinares que o formam, além do fato de haver sofrido alterações ao longo do tempo. Diante dessa falta de precisão, importante foi também conceituar aquilo que não pode ser considerado como saúde, pois esse viés negativo também afeta diretamente a sua prestação. Levando-se em conta a extrema judicializaçao que sofre a matéria, torna também definir o que não compõe a existência do termo, ou seja, quais os elementos que definem o Direito a Saúde, pois nesses limites está a possibilidade ou não da concessão de algum pedido judicial nele baseados. Além de suas modificações conceituais e temporais, também existem variações de conteúdo a depender da localidade.

A definição adotada pela legislação brasileira é a da evidência. Nela, o conceito de saúde é aquele amparado nas melhores evidências científicas. Assim, tendo ao menos essa definição mínima, o Poder Judiciário não pode conceder direitos não amparados por lei, simplesmente sob pretexto de serem componentes da saúde. Exemplo de direito não amparado por lei é o da esperança.

Aliados à definição do cerne contextual do direito, também são importantes, no que toca a essa judicialização, o estudo a respeito da responsabilidade estatal frente a esses assuntos e também da competência que define qual ente responderá, em eventual condenação, em demandas que tratam desses assuntos sanitários.

A Constituição Federal define a competência para criação de políticas públicas relativas à saúde como comum. Nesse sentido, todos os entes podem criar medidas para a aplicação desse direito social. A lei infraconstitucional apresenta a divisão de competências para a prestação de políticas públicas, sendo divididas as responsabilidades quanto a esse fornecimento. Além disso, existe previsão orçamentária expressa para o dispêndio de gastos públicos. Dessa maneira, toda verba existente está prevista em leis e sua utilização deverá seguir a estrita legalidade. As condenações judiciais referentes ao Direito à Saúde afetam diretamente essas previsões.

Os tribunais superiores vêm entendendo que, em virtude do que afirma o artigo 196 da Constituição Federal, que define a saúde como dever do Estado, todos os entes podem ser demandados isolada ou conjuntamente. Dessa forma, o referido direito recebe, nessa parte de responsabilidade processual, um tratamento diferente dos outros direitos sociais.

A importância desse direito é clara, pois este é pressuposto para a fruição de todos os demais direitos, pois sem saúde não existe vida. Contudo, tais concessões podem acarretar graves prejuízos à prestação de políticas públicas para o restante da população. O princípio da igualdade no caso do direito à saúde é essencial. Não pode ser vislumbrada uma aplicação minimamente razoável se somente parte da população for por ele abrangida. Nem todas as pessoas têm acesso ao Poder Judiciário, por mais que a Constituição Federal assegure tal premissa. Quando, em prática, é possível notar que a falta de outros direitos sociais básicos prejudica esses direitos ligados à cidadania.

O acesso a medidas que garantam a saúde é a base que garante que possa existir fruição de todos os demais direitos. Não há como falar a respeito do direito à educação ou direitos políticos para uma população que não tem direitos sanitários básicos. Ademais, também não há como desejar pleno desenvolvimento econômico e social de um país que garante o acesso a saúde somente a parte da população, seja por políticas públicas excludentes ou em virtude de um Poder Judiciário que água sem parâmetros e causa déficit orçamentário em verbas que já são, por diversos motivos, deficitárias.

Quando da análise da judicialização, é possível observar que os procedimentos individuais se encontram distantes do ideal de construção de justiça social. As condenações sem medidas, sem definição exata do conteúdo do direito que a embasa, sem parâmetros ou mesmo ausentes análises a respeito da matéria orçamentária, não são medidas igualitárias que apresentam a solução de dilemas sociais. A utilização de ações coletivas, apesar de apresentar uma maior abrangência, abarcando um número maior de pessoas, não resolve o problema social que a judicialização causa, pois, ainda assim, não apresenta um caráter totalmente universal como a prestação deve ser. As regras do Sistema Único de Saúde não podem ser ignoradas seja qual for a forma de prestação. Então, as ações judiciais devem ser ponderadas com base também nos princípios da unidade, universalidade, igualdade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade e participação da comunidade. Regras do Sistema Único de Saúde também devem ser observadas. Então, as ações judiciais devem ser ponderadas com base também nos princípios da unidade, universalidade, igualdade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade e participação da comunidade.

Outra solução para esses problemas é melhorar a maneira como essa judicialização é prestada. Criação de mais medidas pela via administrativa e judicial para que sejam manejadas de uma melhor maneira essas condenações, com a presença atuante de núcleos que concentrem o cumprimento das ações judiciais. Além disso, em virtude da solidariedade que

pode levar a condenação de ente que não era o responsável determinado pela lei infraconstitucional, devem existir também melhorias nos procedimentos de ressarcimento.

Pode-se concluir que a concessão massiva do Direito à Saúde pela via judicial não garante a real efetivação da justiça social, pois não é medida que atende ao princípio da igualdade. A solidariedade dos entes para cumprimento de mandamentos judiciais também é medida perigosa à construção de justiça social. Com ampla possibilidade de condenação, existe a possibilidade de que um ente que possui menor capacidade orçamentária possa arcar com os custos de uma demanda judicial, causando, assim, esvaziamento de verbas que anteriormente estavam destinadas a outros fins, prejudicando a aplicação desses direitos sociais.

Para definição da responsabilidade deve ser analisada, também, a capacidade orçamentária do ente, assim como a definição de competências dada pela lei infraconstitucional. Sem essas análises, pode o Poder judiciário ser fonte de injustiças sociais.

Quanto à possibilidade de a definição de solidariedade ser pensada como garantia do cumprimento de demandas pelo poder público, o Poder Judiciário, que deveria atuar na ausência ou omissão de medidas públicas, pode atuar como verdadeiro gestor, contudo, sem o atrelamento, a lei ou a responsabilidade fiscal à qual estão submetidos aqueles que atuam sob os mandamentos da lei orçamentária. O problema se agrava de maneira assustadora em tempos de pandemia; o escasso orçamento destinado à saúde é atingido por diversos novos problemas a serem resolvidos, assim como a quantidade de ações relativas ao tema aumenta muito em volume e também em assuntos a serem resolvidos. A saúde, neste momento, é elemento definidor de todas as esferas de atuação estatal e, por esse motivo, é necessário que exista maior parcimônia do que a habitual para resolução desses casos. O princípio da igualdade deve ser observado de maneira mais severa, pois erros dessa ordem, que excluam pessoas da proteção estatal da saúde, podem causar diversas mortes e ainda mais exclusão social. A análise da responsabilidade e obediência a preceitos legais se mostra ainda mais relevante em tempos de incerteza causados pela pandemia.

REFERÊNCIAS

24 estados precisam aumentar investimentos em saneamento para atingir metas da nova lei do setor. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/11/24/24-estados-precisam-aumentar-investimentos-em-saneamento-para-atingir-metas-da-nova-lei-do-setor.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1. Acesso em: 26 de novembro de 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: 2 ed, Landy Editora, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. 2 ed. p.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Eliane Moraes de. **Novo Coronavírus (Covid-19) e a Judicialização da Saúde no Brasil em tempos de enfrentamento à crise e medidas emergenciais**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/47F9F617662DAF_Coronavirus.pdf. Acesso em: 02/04/2020.

ALMEIDA FILHO, Naomar de. **O que é saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Federalismo brasileiro**: perspectivas descentralizadoras. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARAÚJO, Cynthia Pereira. **Existe Direito à Esperança?** Saúde no contexto do câncer e fim de vida. Disponível em: https://www.academia.edu/38622099/Existe_direito_%C3%A0_esperan%C3%A7a. Acesso em: 25 de junho de 2020.

ARAÚJO e Col. **Direito:** passado, presente e futuro/. – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIREITO_PASSADO_PRESENTE_E_FUTURO_VOL1.pdf#page=430. Acesso em 20 de março de 2020.

ARENHART, Sergio Cruz. JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/ad47d8c19dabe2a9e86fa69a512ecdf7.pdf Acesso em: 03 de abril de 2020.

ASENSI, Felipe (org.). **Conhecimento e Multidisciplinaridade**. – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/01/01-livro-Conhecimento-e-multidisciplinaridade-vol1-CMPA-2020-3.pdf#page=335. Acesso em 14 de fevereiro de 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://brasil.un.org/. Acesso em: 02 de março de 2020.

BALESTRA NETO, Otávio. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde** – evolução rumo à racionalidade. Disponível em:

http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025/98615. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516. Acesso em: 02 de agosto de 2020.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf . Acesso em: 02 de março de 2020.

_____. **O Constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf. Acesso em: 02 de julho de 2020.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.

BIELEFELDT, Heiner et al. **Healthcare as a Human Rights Issue**. Disponível em: https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/30423/646439.pdf?sequence=1. Acesso em: 21 de abril de 2020.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** /; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Direito à Saúde**. Brasília: CONASS, 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Constituição (1988).** Brasília, DF, Senado, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.sht>. Acesso em: 28 de março de 2020.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Financiamento público de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19**. Brasília, 2020. Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 31 de março de 2020.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política nacional de promoção da saúde**. Brasília, 2006. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_promocao_saude_3ed.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Proposta de súmula vinculante 4**. Distrito Federal. Disponível em: file:///C:/Users/windows7/Downloads/texto_15331253771.pdf. Acesso em: 02 de março de 2020.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **A vedação ao retrocesso social:** o debate judicial acerca dos impactos da Emenda Constitucional nº 86/2015 no financiamento do Sistema Único de Saúde. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/563. Acesso em: 25 de novembro de 2020.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. **Direito à Saúde e a transformação social**. Disponível em: http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/view/742/395. Acesso em 02 de novembro de 2020.

CASTRO, Karina Brandão Alves de. **O papel do orçamento na efetivação dos direitos sociais.** Disponível em <http//: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c626050b06e0c362> Acesso em: 19 de junho de 2019.

CHAGAS Cássia Pereira das, SANTOS Fausto Pereira dos. **Efeitos do gasto com a judicialização da saúde no orçamento da Secretaria Estadual de Saúde do Distrito Federal entre 2013 e 2017**. Disponível em: file:///C:/Users/Win7/Downloads/496-1642-3-PB.pdf. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

COHN, Amélia. **Estado e sociedade e as reconfigurações do direito à saúde.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232003000100002&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 02 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ações Judiciais**. Disponível em: https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/acoes-judiciais/. Acesso em:02/06/2021.

_____. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010.** 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. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

_____. **Resolução nº 207, de 06 de abril de 2010**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173. Acesso em: 04 de abril de 2020.

CORREA, Arícia Fernandes. FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Pandemia e judicialização da crise:** a necessidade de diálogo institucional e da observância da medicina baseada em evidências. Disponível em: http://revista.esdm.com.br/index.php/esdm/article/view/148/114. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

CÔRTES. Osmar Mendes Paixão. **Covid/19, processo estrutural e ativismo judicial**. Disponível em:

https://www.paixaocortes.com.br/COVID_PROCESSOS_ESTRUTURAIS_ATIVISMO.htm#:~:text=A%20substitui%C3%A7%C3%A3o%20pelos%20magistrados%20n%C3%A3o,se%20distra%C3%ADrem%20das%20quest%C3%B5es%20centrais. Acesso em 15/02/2021

CZERESNIA, Dina, FREITAS, Carlos Machado de. **Promoção da saúde**: conceitos, reflexões, tendências [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009.

DAIN, Sulamis. **Os vários mundos do financiamento da Saúde no Brasil**: uma tentativa de integração. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2007.v12suppl0/1851-1864/pt/. Acesso em: 25 de abril de 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi ; AITH, Fernando Aith; MAGGIO,Marcelo P. **Direito Sanitário - Aspectos Contemporâneos da Tutela do Direito à Saúde**. Curitiba – PR: Juruá Editora, 2019.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil.** Disponível em: < http:// www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00183>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 26a. edição. Rio de Janeiro: Editora Graal, 2008.

FRASER, Nancy. HONNETH, Axel**. Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. Editora Verso: 2004).

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. DRESCH, Renato Luís. **A reponsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde**. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001004223. Acesso em: 04 de abril de 2020.

GOMES, Camila Paula de Barros**. INTERLIGANDO DIREITO E ECONOMIA.** Disponível em: http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/10. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

GRISOTTI, Marcia. **Pandemia de Covid-19**: agenda de pesquisas em contextos de incertezas e contribuições das ciências sociais. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/physis/2020.v30n2/e300202/pt/. Acesso em: 20 de Agosto de 2020.

INESC. Em 10 anos, despesas do Ministério da Saúde com medicamentos dobraram. Disponível em: https://www.inesc.org.br/em-10-anos-despesas-do-ministerio-da-saude-com-medicamentos-dobraram/. Acesso em 02/06/2020.

LANDAU, David. **The Reality of Social Rights Enforcement**. Disponível em: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. Acesso em: 03 de abril de 2020.

LAMARÃO NETO, Homero. TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. **Políticas públicas, judicialização da saúde e o período pós-pandemia.** Disponível em: https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/883. Acesso em: 25 de abril de 2021.

LIMA, Jordão Horácio da Silva. OLIVEIRA, Maria Geovana Rodrigues de. **A judicialização da saúde, o acesso a medicamentos e a responsabilidade dos entes federativos**. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/304986432.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à Saúde e Critérios de Aplicação**. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1324. Acesso em: 14 de abril de 2021.

LOPES, Fernando Augusto Montai y . **O financiamento pelos Estados de política pública de saúde de atribuição da União: a afronta às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal e à regra de ouro do Direito Financeiro**. Disponível em: file:///C:/Users/Win7/Downloads/ojsadmin-06-555-o-financiamento-pelos-estados.pdf. Acesso em 05/12/2019

LYNCH, Christian Edward Cyril. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira:** uma crítica pontual à doutrina da efetividade. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-974.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Primeiras linhas de direito financeiro e tributário:** material e processual. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Teresa Robichez. **Judicialização da saúde e contribuições da teoria de justiça de Norman Daniels.** Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106891. Acesso em: 15 de maio de 2020.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. **Justiciabilidade dos Direitos sociais e controle de constitucionalidade:** um estudo sistemático sobre a formação da doutrina da efetividade. Disponível em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/321/301. Acesso em: 15 de dezembro de 2020.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. **Decisões judiciais e orçamento:** um olhar sobre a saúde pública. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/saude/images/judicializacao/Decisoes_judiciais_orcamento.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2020.

MENEZES, Ana Paula do Rego; MORETTI, Bruno; REIS, Ademar Arthur Chioro dos. **O futuro do SUS:** impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. Disponível em https://www.scielosp.org/article/sdeb/2019.v43nspe5/58-70/pt/. Acesso: em 29 de outubro de 2020.

MENEZES, Rachel Aisengart. **A medicalização da esperança:** reflexões em torno de vida, saúde/doença. Disponível em:

https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/1503. Acesso em: 14 de dezembro de 2020.

MORAIS, Maria Moura; QUEIROZ, Neusa da Silva. **Saúde e meio ambiente:** interpretações e perspectivas. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/7762>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/oficios/Oficios_circulares_2019/15_Anexo-OfCircular.pdf. Acesso em: 25 de março de 2020.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NUNES, Thaís Assunção. ROCHA, Luzia Maria de Morais Nogueira y. **(In)efetividade das políticas públicas e a ingerência do Poder Judiciário em sua concretização**. Disponível em: file:///C:/Users/Win7/Downloads/576-1499-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

OLIVEIRA, Paulo Augusto. **O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação.** Disponível em www.revistas.usp.br. Acesso em: 25 de abril de 2020.

OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa. **Estado e sociedade e as reconfigurações do direito à saúde**. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/bm7f6ycgYcMNZWhQKdz4QxF/?lang=pt. Acesso 02 de março de 2020.

ONU. OMS. **Documentos básicos.** 48. ed. Organización Mundial de laSalud. 2. Constitución y Estatutos. I. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 02 de julho de 2020.

PAIVA et al. **Direito à saúde da população em situação de rua**: reflexões sobre a problemática. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2016.v21n8/2595-2606/pt/ Acesso em: 10 de agosto de 2020.

PAIXÃO et al. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**. Ano VIII – Nº 45 Jul-Ago 2014. Disponível em:http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2015_I/IJC05_13.pdf. Acesso: em 03 de julho de 2020.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI. *In:* **Revista LTr n. 7**, de julho de 2015. São Paulo: LTr Editora, 2015 p. 801.

PYPCACK JÚNIOR, Roberto at al. **O papel dos consórcios intermunicipais como ferramenta na gestão da saúde pública**. Disponível em: http://globalacademicnursing.com/index.php/globacadnurs/article/view/15/5. Acesso em: 03 de dezembro de 2020.

QUERIDO, Ana Isabel Fernandes. **A esperança em cuidados paliativos** . Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/61795976.pdf. Acesso em: 04/09/2021.

RABELLO, Lucíola Santos. **Promoção da saúde.** A construção social de um conceito em perceptiva comparada. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/livro/promocao-da-saude-construcao-social-de-um-conceito-em-perspectiva-comparada. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. COSTA, Laísse Lima Silva. **Pandemia e federalismo:** reflexões sobre as decisões do supremo tribunal federal na apreciação de conflitos de competência entre os entes federativos no enfrentamento à covid-19. Disponível em: https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/7. Acesso em 25 de março de 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. - São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional: Livraria do Advogado. Editora Porto Alegre, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREIDO, Mariana Filchtiner**. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 03 de maio de 2021.

SASSON, Jean Marc. **Impactos socioambientais do Covid-19**: de onde surgiu e para onde vamos? Disponível em: https://direitoambiental.com/impactos-socioambientais-do-covid-19-de-onde-surgiu-e-para-onde-vamos/. Acesso em: 18 de abril de 2020.

SCHEFFER, Mário. O capital estrangeiro e a privatização do sistema de saúde brasileiro. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csp/2015.v31n4/663-666/pt. Acesso em: 02 de outubro de 2020.

SEGRE, Marco Segre. FERRAZ Flávio Carvalho. **O conceito de saúde**. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/rsp/1997.v31n5/538-542/pt/. Acesso em: 23/11/2020.

SPINOZA, Baruch. **Ética**. Autêntica: Belo Horizonte, 2008.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Reforma(s) e estruturação do Sistema de Saúde Britânico:** lições para o SUS. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902007000100002. Acesso em: 02 de março de 2020.

UCKMAR, Victor. **El principio de la equidad tributaria y el vínculo de solidaridad social: la relación entre las necesidades financieras del estado y la justicia económica**.

Disponível em: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artuckmar2. Acesso em: 25 de abril de 2020.

VALENTIN, Fabíola. FORTES, Mateus da Jornada. **Análise econômica do direito e a judicialização da saúde no Brasil.** Disponível em: http://www.revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoecidadania/article/viewFile/3726/2977. Acesso em 20/11/2020. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

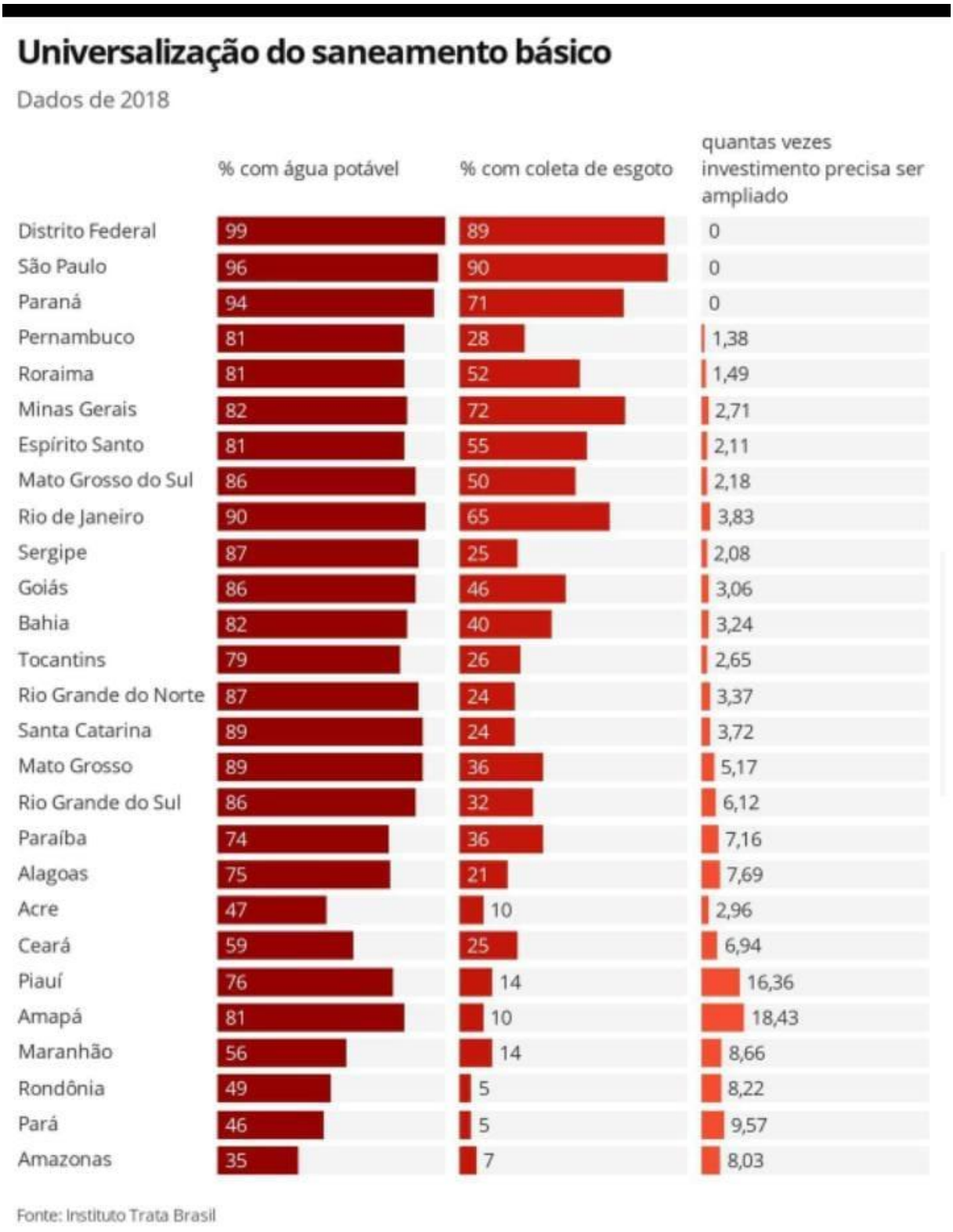
VARGAS et al. **O direito à saúde e ao meio ambiente em tempos de exclusão social**. Disponível em https://www.revistas.usp.br/rlae/article/view/16904/18658. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

VITALIS, Aline. **Estado prestador versus Estado regulador: um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p267. Acesso em 03/04/2020.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. **O Direito à Saúde**. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude. Acesso em: 03 de abril de 2020.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. PAMPLONA, Danielle Anne. **Judicialização da saúde e orçamento público**. Disponível: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6498. Acesso em: 02/08/2020.

Anexos



(Fonte: Instituto Trata Brasil, 2019)