



Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD

**Judicialização de políticas públicas de saúde:
impactos demonstrados no orçamento federal do SUS**

Márcio Valério Ferreira Fernandes

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Rio de Janeiro

2019

Márcio Valério Ferreira Fernandes

**Judicialização de políticas públicas de saúde:
impactos demonstrados no orçamento federal do SUS**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Domingues

Rio de Janeiro

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Márcio Valério Ferreira Fernandes

**Judicialização de políticas públicas de saúde:
impactos demonstrados no orçamento federal do SUS**

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca examinadora:

Dr. Eduardo Garcia R Lopes Domingues (Doutor em Direito da Cidade) UERJ

Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça (Doutor em Direito) UERJ

Dra. Arícia Fernandes Correia (Doutora em Direito Público) UERJ

FOLHA DE APROVAÇÃO

Esta Dissertação foi julgada adequada para a obtenção do grau Mestre em Direito, e aprovada, em sua forma final, pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Rio de Janeiro, 21 de março de 2019.

Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues – Orientador
(Doutor em Direito da Cidade) UNIRIO

Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça
(Doutor em Direito) UNIRIO

Dra. Arícia Fernandes Correia
(Doutora em Direito Público) UERJ

AGRADECIMENTOS

A Deus, criador do universo e mantenedor da vida, que nos dá forças para trabalhar e estudar. À minha esposa Gabrielle, que me incentivou aos estudos com seu exemplo profissional. Aos meus pais Luíz e Erenilda (homenageada na memória e no coração), que me apresentaram aos livros e à escola, aconselhando e disciplinando o melhor que puderam, dentro de suas possibilidades.

A três extraordinários educadores, responsáveis pela valorização do seu ofício e fomentadores do respeito e admiração que grande parcela da sociedade dedica aos Professores: O Professor Orientador Eduardo Domingues, que mesmo sendo procurado por muitos alunos que o reconhecem como modelo de Docente, em busca de seu direcionamento em trabalhos acadêmicos, concordou em compartilhar comigo uma fatia do seu tempo, notável capacidade e experiência.

Os também excepcionais Professor Paulo Mendonça e Professora Arícia Correia, os quais muito contribuíram com o êxito deste trabalho, com seus comentários e questionamentos, demonstrando e incentivando a busca pela argumentação e pela perícia no tema. Os três memoráveis ministros do conhecimento não apenas validaram minha qualificação, mas sobretudo, reforçaram meu desejo de trabalhar com educação.

Aos Professores Paulo de Bessa Antunes e Patrícia Serra Vieira, pelo convite à participação da Comissão de Recadastramento Docente de 2017, como membro *ad hoc*.

A todos os educadores do curso de mestrado, na pessoa do Professor Leonardo Mattietto, exemplo de dedicação ao ensino e profissionalismo.

Aos meus colegas de trabalho que, de alguma forma, apoiaram minha busca pelo autodesenvolvimento. Aos meus parentes, que compreenderam algumas ausências enquanto me dedicava às leituras, pesquisas e escrita deste texto.

Meus agradecimentos especiais à UNIRIO, instituição da qual trago ótimas referências com relação ao curso e seu corpo docente, pelo incentivo na apresentação de dois artigos selecionados para os anais do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - e pelo suporte que viabilizou nossa participação no II e III Seminários Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas.

O olhar desenvolvido sobre a importância do Direito e das Políticas Públicas que fazem parte da realidade brasileira tem sido estimulado por esta Instituição que, com seus Mestres e Doutores brilhantes, nos apresenta o saber muito além do senso comum.

Aos avaliadores e leitores deste texto, minhas sinceras saudações.

EPÍGRAFE

Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes. Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. (BARROSO, 2012)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
Capítulo 1 - Direito à saúde na Constituição de 1988	20
1.1 Saúde como indutora do desenvolvimento	24
Capítulo 2 - O que significa judicialização da saúde	31
2.1 O que é judicialização?	31
2.2 Argumentos contra o controle das políticas públicas pelo Judiciário	36
2.3 Argumentos a favor do controle das políticas públicas pelo Judiciário	42
2.4 Exemplos no caso da saúde	45
2.5 Requisitos para intervenção do Judiciário, de acordo com o STF	47
2.5.1 O mínimo existencial	47
2.5.2 A razoabilidade da pretensão	49
2.5.3 A disponibilidade financeira do Estado: a reserva do possível	50
2.6 Algumas indagações: propostas para reflexão	53
Capítulo 3 – Análise da questão orçamentária do SUS	55
3.1 A origem dos recursos que financiam as políticas públicas	55
3.2 Os poderes Executivo e Legislativo na definição do orçamento público federal	55
3.3 As leis orçamentárias	56
3.4 Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)	59
3.4 Classificação das receitas públicas	62
3.5 Outras fontes de receitas para a saúde	63

3.6 Exemplo da EC 86/2015	64
3.7 O tamanho da fatia da judicialização no orçamento do SUS	66
3.8 Reserva do possível demonstrada no orçamento do SUS	70
3.9 Outras notas sobre o conflito orçamentário	74
Capítulo 4 - Possibilidades para mitigar o problema	81
4.1 Limites ao poder Judiciário	81
4.2 Uso mais criterioso e transparente das DRUs e renúncias fiscais	83
4.3 Reversão do processo de subfinanciamento do SUS	86
4.4 Formulação da política com mais economicidade	88
Considerações Finais	91
Referências	94

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1: Crescimento do impacto financeiro, apenas no âmbito da União **68**

Tabela 2: Crescimento da judicialização em relação ao orçamento federal para a saúde **71**

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ASPS – Ações e Serviços Públicos de Saúde

CNS – Conselho Nacional de Saúde

Cofins – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

Ensp - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca

FGV – Fundação Getúlio Vargas

Fiocruz – Fundação Osvaldo Cruz

IR – Imposto de Renda

IRPF – Imposto de Renda Pessoa Física

IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

MS – Ministério da Saúde

PLOA – Projeto de Lei Orçamentária Anual

PIB – Produto Interno Bruto

RFB – Receita Federal do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SIOPS – Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde

RESUMO

O planejamento governamental é fundamental para a viabilidade das políticas públicas e responsável por sua efetividade e perenidade. Tais orçamentos são escolhas feitas por administradores da coisa pública, nos diversos níveis da Federação, visando fazer ou “não fazer”, conferindo maior ou menor importância a algumas necessidades, segmentos sociais e atividades produtivas previamente selecionadas. O mecanismo das renúncias fiscais se revela nesta dissertação, em conjunto com um orçamento mal planejado e com uma formulação da política pública insatisfatória, o tripé causador de tantos problemas na saúde pública, indutor da judicialização. A pergunta problema que norteia este trabalho investiga a relação entre as necessidades ilimitadas da população na área da saúde e os recursos limitados do orçamento público, o qual não arrecada (ou não distribui adequadamente) o suficiente para atender a todos. Como objetivo geral, visa identificar até que ponto a reserva do possível legitima a Administração a se eximir de garantir o direito à saúde. Questiona-se também se esta garantia deve ser infinita, isto é, sem limites. Esta dissertação tem como objetivos específicos compreender a delimitação da atuação do poder Judiciário, através de suas decisões, como participante na formulação de políticas públicas e também, identificar se o Orçamento do SUS é suficiente para garantir a saúde financeira do sistema de saúde idealizado, se os recursos disponíveis correspondem ao planejamento da Administração. A metodologia utilizada neste trabalho baseia-se em pesquisa documental através de fontes oficiais, documentos jurídicos e arquivos estatísticos na internet (Ministério da Saúde, IBGE, Fiocruz, Ministério do Planejamento, Resoluções do CNJ, audiências públicas e decisões do STF, dentre outras) e a pesquisa bibliográfica (livros, reportagens, artigos e teses). Ao final desta dissertação, algumas propostas são expostas para mitigar o problema analisado e pesquisado.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde, Orçamento do SUS, Políticas Públicas.

ABSTRACT

Government planning is fundamental to the viability of public policies and responsible for its effectiveness and permanence. Such budgets are choices made by administrators of public affairs, at various levels of the Federation, with a view to doing or not doing, giving greater or less importance to some previously selected needs, social segments and productive activities. The mechanism of tax exemptions is revealed in this dissertation, together with a poorly planned budget and a poor public policy formulation. tripod causing so many problems in public health, inducers of the judicialization. The problem question that guides this work investigates the relationship between the unlimited needs of the population in the health area and the limited resources of the public budget, which it does not collect (or distribute adequately) enough to attend to all. As a general objective, it seeks to identify the extent to which the reserve of the possible legitimates the Administration to exempt itself from guaranteeing the right to health. It is also questioned whether this guarantee should be infinite, that is, without limits. This dissertation aims to understand the delimitation of the action of the Judiciary, through its decisions, as a participant in the formulation of public policies and to identify if the Budget of the SUS is enough to guarantee the financial health of the idealized health system, if the resources available correspond to the planning of the Administration. The methodology used in this study is based on documental research through official sources, legal documents and statistical files on the internet (Ministry of Health, IBGE, Oswaldo Cruz Foundation, Ministry of Planning, resolutions from National Council of Justice, public hearings and STF decisions, among others) and bibliographic research (books, reports, articles and theses). At the end of this dissertation, some proposals are exposed to mitigate the problem analyzed and researched.

Keywords: Health Judicialization, SUS Budget, Public Policies.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento da judicialização na saúde, longe de ser sustentável, é preditivo de importantes dificuldades à concretização de políticas públicas nesta e em outras áreas. Um dos conceitos de sustentabilidade é o de se atender às necessidades atuais sem comprometer as possibilidades das futuras gerações de atenderem às suas próprias necessidades. Desta forma, para ser sustentável, as atividades humanas devem ser ecologicamente corretas, economicamente viáveis, socialmente justas e culturalmente aceitas. Portanto, é um conceito que guarda afinidade com os diversos operadores do Direito.

Praticamente todos os cidadãos, em algum momento de suas vidas, precisarão da assistência médica, a qual tem o potencial de afetar um importante tema para o Direito e que está relacionado a um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana. Acredita-se, que a análise da problemática envolvendo o conflito entre os recursos limitados do orçamento e as necessidades ilimitadas da população poderá gerar propostas para os que tomam decisões orçamentárias e para os formuladores de políticas em saúde.

Neste estudo elege-se a perspectiva da pesquisa, do ponto de vista do Direito e da Política Pública. Busca-se responder, se um melhor planejamento orçamentário seria capaz de reduzir o crescimento desenfreado das demandas judiciais individuais na área da saúde. Alguns autores alegam que esta explosão da judicialização estaria colocando em risco a continuidade de outros programas sociais. Por outro lado, surge a argumentação de que a saúde é direito do cidadão e dever do Estado.

Ocorre que tal efetividade de direitos precisa ter parâmetros. Nesta órbita, evidencia-se como necessária não apenas uma forma de aperfeiçoar e organizar a atuação do Judiciário, racionalizando a judicialização. Como o cidadão tem o direito de acesso à Justiça e o juiz não pode se eximir de decidir, nem mesmo sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, conforme a Lei 13.105 de 2015, Código de Processo Civil (CPC) de 2015, torna-se inviável o fim da judicialização, notadamente pelos conflitos de interesses presentes no corpo social. Racionalizar o mover da jurisdição mostra-se uma possibilidade mais concreta, em especial com a parceria de núcleos de apoio técnico especializados na área médica e uma argumentação paralela: a de que o ideal seria uma solução coletiva (macrojustiça), atenuando as demandas por soluções individuais (microjustiça).

O primeiro capítulo, tratará das garantias constitucionais que fazem da saúde um dever do Estado e direito de todos os cidadãos.

O segundo capítulo, apresentará o conceito de judicialização em saúde e apreciará o advento dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), em 2016, com a finalidade de fornecer subsídios aos magistrados nas sentenças judiciais que pleiteiam o acesso a medicamentos. Tais núcleos surgiram para racionalizar os conflitos entre as necessidades individuais e as coletivas, além de possibilitar decisões mais céleres, produzindo decisões baseadas em evidências científicas. Será tratada a questão da legitimidade do Judiciário na formulação de políticas públicas, especialmente quando ocorre inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

No terceiro capítulo, serão analisados o orçamento público federal destinado à Saúde e a execução orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS) na esfera federal, além de importantes elementos a serem considerados no processo de judicialização da saúde - sobretudo o da chamada reserva do possível - bem como as limitações do planejamento governamental na efetivação de Direitos, como consequência de decisões orçamentárias.

No quarto e último capítulo, serão apresentadas possibilidades de soluções para mitigar o problema, já que as decisões judiciais podem contribuir na formulação de diretrizes e esta etapa (a de formulação) é importante no ciclo de políticas públicas. Serão citados outros fatores que agravam a constatação de “cobertor curto” para a saúde, como as vultosas renúncias fiscais (R\$300 bilhões em 2019, apenas no orçamento federal).

O tema, portanto, analisa a legitimidade do poder Judiciário como garantidor das políticas públicas na área da saúde, com vistas à concretização de direitos sociais constitucionalizados, levando-se em conta o basilar princípio da separação dos poderes (poderes harmônicos entre si e complementares nos interesses da Federação). Verifica os limites impostos por questões orçamentárias e os possíveis benefícios que um planejamento mais criterioso, no momento da formulação das políticas públicas, pode oferecer à sociedade.

O Estado brasileiro tem deveres em relação à sociedade, garantias constitucionais de determinados direitos que precisam ser concretizados, inclusive para justificar os diversos tipos de tributos arrecadados, notadamente os vinculados. Quando ocorre uma lacuna em políticas públicas (seja por inexistência, insuficiência ou ineficácia), um novo risco à sustentabilidade social passa a existir e o desrespeito aos direitos humanos se evidencia, prejudicando o desenvolvimento.

Esta pesquisa iniciou-se com uma pergunta-problema que foi reformulada, em decorrência do acúmulo de informações e fatos concretos descobertos, especialmente orçamentários. Após as descobertas e constatações baseadas em dados, estabeleceu-se que a dificuldade teórica e prática que esta pesquisa busca solucionar é a relação entre as necessidades ilimitadas da população na área da saúde e os recursos limitados do orçamento público, o qual não arrecada (ou não distribui adequadamente) o suficiente para atender a todos.

Levando em conta os requisitos para uma intervenção legítima do Judiciário ao assegurar a concretização destes direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988, art. 6º), os princípios constitucionais e a consciência de que as questões de orçamento sempre envolvem escolhas (pois não estão disponíveis recursos disponíveis para tudo), identifica-se a seguinte pergunta-problema:

Até que ponto a reserva do possível legitima a Administração a se eximir de garantir plenamente o direito à saúde?

A partir do momento em que o Orçamento possa estar efetivamente comprometido, abre-se espaço para que a Administração argumente a impossibilidade de atendimento a todas as demandas dos administrados. Por outro lado, considerando as características do sistema orçamentário brasileiro, acredita-se que inadequações no planejamento do setor público exerçam grande influência sobre o problema da judicialização da saúde. A satisfação das necessidades básicas coletivas sofre influência direta da organização dos recursos necessários para a concretização dos serviços públicos.

Assim, um planejamento mais atento à etapa de formulação das políticas públicas poderia, ao menos, atenuar os problemas causados por um provisionamento insuficiente para uma área vital como a saúde. Ocorre que o poder Executivo, não raramente, se omite ao não concretizar estas prestações constitucionais, em alguns casos por sua inércia e, em outros, por lacunas deixadas pelo poder Legislativo, a quem compete a promulgação de legislação complementar que regulamente a provisão pelos diferentes entes da Federação e o exercício destes direitos.

Acredita-se que o poder Judiciário, em “harmonia compensatória” com os demais poderes (levando em conta o sistema de freios e contrapesos e os interesses da República), pode

e deve interferir provendo estes direitos sociais, com vistas à garantia do mínimo existencial, levando em conta a razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado.

Estima-se que esta última, a disponibilidade financeira do Estado, pode ser adaptada e redimensionada para o atendimento a estas necessidades e, também, que parte do problema seria amenizado se as receitas vinculadas não fossem frequentemente redirecionadas através de mecanismos como a Desvinculação de Receita da União (DRU).

O planejamento governamental é fundamental para a viabilidade das políticas públicas e responsável por sua efetividade e perenidade. Tais orçamentos são escolhas feitas por administradores da coisa pública, nos diversos níveis da Federação, visando fazer ou “não fazer”, conferindo maior ou menor importância a algumas necessidades, segmentos sociais e atividades produtivas previamente selecionadas.

Idealizado pelos anseios da sociedade como ente organizador e com poderes de fazer valer o direito de cada habitante, o Estado exerce, majoritariamente, as funções de moderador e incentivador da economia, já que tem não apenas a necessidade, mas também o poder e o direito de intervir na atividade econômica e programas sociais, com vistas à arrecadação e aplicação de recursos (dentre outras atuações estatais), rumo ao desenvolvimento e à organização do tecido social.

Tal atuação nem sempre é protagonizada aliando os aspectos socioambientais (não apenas ambientais, mas também, sociais) aos econômicos, integrando-os aos produtos e serviços ofertados ao cidadão-cliente, assegurando uma atuação economicamente viável, socialmente justa, ambientalmente correta e culturalmente aceita, de forma a garantir o fortalecimento e a harmonia da sociedade, das instituições e mesmo do Estado.

Para nortear o entendimento deste problema e o desenvolvimento desta pesquisa, elege-se a observação dos seguintes objetivos:

Identificar até que ponto a reserva do possível legitima a Administração a se eximir de garantir o direito à saúde? Esta garantia deve ser infinita, sem limites?

Para o alcance do objetivo geral, detalham-se os objetivos específicos abaixo indicados:

- Delimitar a participação do poder Judiciário, através de suas decisões, como participante na formulação de políticas públicas;
- Identificar se o Orçamento do SUS é suficiente para garantir a saúde financeira do sistema de saúde idealizado, se os recursos disponíveis correspondem ao planejamento da Administração.

Quando a não prestação de direitos sociais previstos na Constituição colocam em risco a integridade física, a manutenção da saúde ou a sobrevivência dos cidadãos, evidencia-se uma grave omissão que precisa ser remediada pelo Direito.

Os alarmantes riscos sociais e econômicos que decorrem do problema foi mais uma vez colocado em evidência por ocasião da Audiência Pública¹ convocada pela presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia, realizada em 11/12/2017, com a presença de representantes do Executivo, do Judiciário, de profissionais e usuários do SUS, dentre outros grupos de interesse.

De acordo com a agência de notícias do CNJ, “entre 2008 e 2015, o gasto do Estado brasileiro para prestar serviços ligados à área da saúde em cumprimento a decisões judiciais cresceu 1.300%, segundo o Ministério da Saúde – de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão só em medicamentos”.

É tema de interesse público, que afeta todos os entes da Federação, já que “entre 2010 e 2016, o aumento dos gastos com ações judiciais foi de 1.010%. Em 2017, os gastos dos estados e municípios somaram R\$ 7 bilhões”; os da União se aproximaram dos R\$ 1 bilhão², conforme informações da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

Os métodos selecionados para esta pesquisa serão a pesquisa documental através de fontes oficiais, documentos jurídicos e arquivos estatísticos na internet (Ministério da Saúde, IBGE, Fiocruz, Ministério do Planejamento, Resoluções do CNJ, audiências públicas e decisões do STF, dentre outras) e a pesquisa bibliográfica (livros, reportagens, artigos e teses).

¹ Notícia disponível no sítio do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85913-audiencia-expoe-complexidade-em-debate-plural-sobre-judicializacao-da-saude>>. Acesso em 10/10/2018.

² Reportagem disponível em <<https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/sa%C3%BAdenos-munic%C3%ADpios-brasileiros-um-retrato-nacional>>. Consulta em 21/02/2018

Objetiva-se a análise da temática em busca de propostas e possibilidades para a solução do problema. Portanto, quanto à natureza, pretende-se uma pesquisa aplicada: capaz de gerar aplicação na realidade fática da sociedade. Com relação ao tipo de abordagem do problema, uma pesquisa qualitativa (com objetivo exploratório, com amostras reduzidas, fundamentada em autores de formação jurídica e em pronunciamentos de autoridades dos três poderes).

Pretende-se analisar o acesso às políticas públicas em saúde, previstas no Direito brasileiro e na Constituição de 1988, sem perder de vista a sustentabilidade (a sustentação da vida), não restrita ao âmbito do meio ambiente, mas sobretudo, a sustentabilidade social e econômica, de modo que as gerações futuras possam contar com um sistema público de saúde, ainda melhor.

O presente trabalho não tem a pretensão de resolver o problema da saúde no Brasil, visto que a problemática é complexa, dinâmica e multifatorial. A complexidade passa por questões que envolvem escolhas políticas, direitos fundamentais constitucionalizados, restrições orçamentárias, formulação e implementação de políticas públicas, incompletude de atuação do Legislativo e do Executivo, interferência do Judiciário e efeitos indesejáveis das renúncias fiscais, dentre outros. O dinamismo fica caracterizado pela dependência da conjuntura econômica, política (programática) e jurídica, além da série histórica que antecede a realidade analisada. Os múltiplos fatores da questão sanitária brasileira permitem que diferentes discursos e enfoques sejam apresentados, a depender do grupo de interesses interlocutor.

Independentemente destes fatores, o que vem ocorrendo de forma gradativa é que o Estado oferece uma política universalista, mas que nem sempre funciona. Então, o cidadão (ou sua família) recorre à jurisdição e consegue uma internação, uma vaga em UTI, a liberação de procedimentos ou medicamentos de alto custo. Levando em conta que recursos limitados estão disponíveis para atender a uma demanda crescente, o Judiciário pode estar afetando (ou mesmo prejudicando) o planejamento da política pública, para concretizar atendimentos individuais.

Destacam-se, portanto, três fatores que parecem ser indissociáveis: judicialização, orçamento federal do SUS e formulação da política pública de saúde.

CAPÍTULO 1 - DIREITO Á SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com a finalidade de contextualização histórica do surgimento dos direitos fundamentais, a partir do âmbito internacional, apresenta-se este panorama do cenário mundial, de acordo com Canela Junior³, o qual esclarece assertiva e brilhantemente que a maioria dos Estados nacionais, após os dois grandes conflitos mundiais, passaram a adotar o sistema ético de referência que defende os direitos humanos como forma de compensar a pobreza causada pela distribuição de riquezas e rendas desiguais (resultantes da revolução industrial). Reconhecida a pobreza como um dos facilitadores para a aparição de modelos autoritários, surgiram os ideais do direito de igualdade. Tal raciocínio, pactuado por diversos Estados

não se restringiu à garantia formal dos direitos humanos de primeira geração, mas evoluiu para a proteção de uma nova geração de direitos, voltada à consecução da igualdade material. A partir de 1948, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade. Nesta transição do Estado liberal para o Estado social, consagrou-se o entendimento segundo o qual os direitos de primeira geração seriam efetivamente protegidos caso assegurados, mediante ações afirmativas, outros bens da vida, tais como a saúde, a educação, o trabalho, a habitação, a família, entre outros.(CANELA JÚNIOR, 2011, p.71)

Ponto pacífico é que ao elevarmos a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República, na Constituição de 1988 (art. 1º, III), mormente em sintonia com o XXV artigo da citada Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o qual preceitua que “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis...”, considera-se como inescusável o direito à saúde a que todo cidadão deve ter acesso.

Um dos conceitos de políticas públicas apropriados pela literatura que trata do tema é o consagrado por Bucci (2006, p. 39) que a define como

o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes

³ Sua abordagem teve grande influência sobre este trabalho, notadamente sua forma de conceituar “políticas públicas”, conforme tópico posterior.

e politicamente determinados. [...] deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p.39)

Conforme recapitula Maniglia (2011) as elaborações de políticas públicas com motivações sociais mais marcantes, começaram a ser definidas pelo Estado brasileiro a partir da segunda República, durante a era Vargas, notadamente em três campos: na previdência e na legislação trabalhista; na saúde e na educação; no saneamento básico, habitação e transporte. A autora constata estar claro que existem requisitos essenciais para a efetivação da citada dignidade e bem-estar positivados, que englobam:

[...] muitas questões e aqui seria possível até comentar o conceito de mínimo existencial que em linhas gerais “consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade” (BARCELLOS, 2001) como exemplos, seria interessante mencionar saúde, educação, trabalho, mas todos esses abarcam até mesmos discussões sobre o que seria uma saúde adequada? A do fornecimento de remédios das grandes indústrias farmacêuticas, a da aplicação da medicina chinesa, a dos métodos de cura indígenas, as das efetivas ações, planos e políticas estatais ou ainda da simples garantia de médicos e profissionais de saúde capazes de salvar uma vida. (MANIGLIA, 2011, p.180)

Contudo, faz-se necessária, na análise do acesso às políticas públicas em saúde previstas no Direito brasileiro, o fomento de soluções que conciliem a procura pelo atendimento e as possibilidades que o Estado tem de supri-las. Tendo em mente que as políticas públicas são ferramentas para a materialização de direitos constitucionalmente previstos, notadamente aqueles classificados como fundamentais, é razoável considerar-se a participação do Judiciário como fiscalizador (ou mesmo complementador) da concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil, especialmente o de promover o bem de todos (CRFB 1988, art. 3, IV).

Por outro lado, ainda que autores adicionais como França⁴ (2014), concordem e defendam que esta assistência deva ser integral, completa (entendimento perfeitamente plausível no direito positivado), cabe o questionamento se a universalidade⁵ do SUS, por

⁴ Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0> Acesso em 08/01/2019.

⁵ Princípio doutrinário do SUS que assegura a todos, sem qualquer discriminação, o acesso aos serviços de saúde. O anterior INAMPS atendia somente aos segurados, trabalhadores com registro na CTPS etc.

exemplo, seria mesmo para fornecimento de tudo, para todos, ou seja, em uma interpretação desvinculada da realidade que se impõe em decorrência de recursos limitados, em uma defesa de uma situação idealizada:

Os objetivos fundamentais da República brasileira são metas a serem promovidas por todo o sistema estatal com força coativa imediata, possuindo eficácia vinculante de seu conteúdo, como norte a ser concretizado em toda e qualquer ação dos integrantes do Estado brasileiro. É missão estatal proporcionar o máximo de efetivação dos objetivos da República no menor tempo possível, como farol guia daqueles que necessitam, ou são interdependentes desta iluminação pública, por meio de escolhas públicas concretizadas em políticas públicas voltadas ao desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do sistema constitucional. Destacam-se as políticas de Estado, sendo meta de todo agente público a promoção dos benefícios sociais constitucionais no exercício diário de sua função pública. (FRANÇA, 2014, p.1)

No mesmo sentido, se posicionam os que sustentam que “as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer” (BANDEIRA DE MELLO, p.55, 2009).

Em sentido inverso, o alto custo de determinados medicamentos, procedimentos e equipamentos (alguns deles ainda em fase de desenvolvimento e de testes) tem contribuído para que o orçamento público fique desorganizado, com desembolsos cada vez maiores e em quantidades crescentes, que poderão afetar aqueles que recorrem ao Judiciário em busca de uma prestação menos onerosa e mais abrangente, como verifica-se no exemplo de citação jurisprudencial apresentada a seguir, na qual o TJ-SP, em 2010, determinou àquela unidade da federação que fornecesse alimento especial a uma criança que sofria de alergia alimentar à proteína do leite de vaca:

Apelação 0016525-79.2010.8.26.0625 Relator(a): Aroldo Viotti Comarca: Taubaté Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 25/07/2011 Data de registro: 29/07/2011 Outros números: 165257920108260625 Ementa: Apelação Mandado de Segurança impetrado por menor que apresenta quadro de Bronco Espasmo, diarreia e dermatite atópica em decorrência de alergia alimentar à proteína do leite de vaca, necessitando para a sua alimentação de 8 (oito) latas de leite ‘Neocate’ por mês, até que complete 3 (três) anos de idade. Segurança concedida. Recurso da Fazenda Estadual buscando a inversão do julgado. Inviabilidade. Comprovação médica de que a recorrida é portadora da doença referida, bem

como de que não dispõe de situação socioeconômica que lhe permita arcar com o respectivo custo. Responsabilidade pela prestação dos serviços de saúde que é compartilhada por todos os entes políticos (art. 196 da Constituição Federal de 1988). Recursos oficial, este tido por interposto, e voluntário improvidos.

A Constituição Federal (art.227, I) determina que o Estado tem o dever de assegurar à criança, juntamente com a família e com toda a sociedade (e isto com absoluta prioridade), o direito à saúde. Trata-se de uma questão não apenas humanitária, mas também, capaz de afetar a visibilidade e a respeitabilidade do Brasil no cenário internacional. Evidencia-se um dever legal de cuidado com a saúde pública, encargo prestacional dos ocupantes dos três poderes da república, inclusive para poupar seu povo de uma espécie de preconceito transnacional, em um mundo que classifica os países como desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Verifica-se no caso de fornecimento de leite especial para crianças, uma ocorrência mais comum e menos custosa se comparado a muitas síndromes raras, algumas delas produzindo dispêndios de recursos públicos incalculáveis, tratamentos não razoáveis quando desacompanhados de comprovação científica, como veremos nos capítulos seguintes. Casos bem diferentes do apresentado no parágrafo anterior, que demonstra a possibilidade de prestação aos mais carentes, via determinação judicial à Administração, no exercício da jurisdição constitucional a respeito de uma diretriz pública, no fornecimento de alimento específico de alto custo, sem o qual determinada pessoa não poderia subsistir, (MANIGLIA, p.188, 2011)⁶.

No mesmo sentido, Canela Júnior (2011, p.82) argumenta que os programas de assistência à saúde direcionados às crianças e adolescentes devem ser prioridade pois “os núcleos constitucionais de irradiação contêm normas que vinculam os agentes públicos a condutas ativas. É o caso, exemplificativamente, do art. 227, caput...”. Traz-se à memória, nesta passagem, que nos países considerados desenvolvidos, os índices de moralidade infantil, no geral, são decrescentes.

⁶ Elisabete Maniglia organizou uma coletânea de artigos na obra Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais, editora Cultura Acadêmica, utilizada neste em alguns trechos deste trabalho (passim).

1.1 Saúde como indutora do desenvolvimento

Um dos métodos adotados internacionalmente para mensurar o quão desenvolvido é um país denomina-se Índice de Desenvolvimento Humano⁷ (IDH), que é composto de três parâmetros: grau de educação dos habitantes, renda per-capta e expectativa de vida. Note-se que este último é fator que depende muito da saúde, tamanha a sua importância até quando se comparam os povos. Ou seja, por mensurar as potencialidades humanas, torna “possível aferir se as pessoas estão capacitadas a usufruir os benefícios mais subjetivos e imensuráveis do desenvolvimento, como o acesso à informação, à cultura e à participação política”. (MANIGLIA, 2011, p.52)

Curiosamente, estudos⁸ já demonstraram que as populações com maior IDH são as mais envolvidas em litígios pela garantia de medicamentos e procedimentos, revelando outra faceta da judicialização: nem sempre os que mais precisam têm acesso à justiça. Na outra ponta, aquele que consegue exercer plenamente os direitos de segunda geração, geralmente “alcança materialmente o direito à igualdade, consegue exercer sua liberdade coerentemente, e consegue garantir seu direito de propriedade, viabilizando um verdadeiro bem-estar social”. (FALAVINHA, DANTAS JUNIOR E MARCHETTO, 2011, p.183)⁹

Tal informação explica, em parte, a explosão de judicialização no Brasil, já que o IDH brasileiro cresceu expressivamente entre os anos 2000 e 2015, informação presente na Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social¹⁰, documento elaborado em 2018 pela Secretaria de Planejamento e Assuntos Econômicos (SEPLAN), vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. O IDH revela-se um índice mundialmente conhecido, utilizado para aferição comparativa entre os países, classificando-os em quatro

⁷ Um dos indicadores que compõem o IDH é a expectativa de vida, diretamente relacionada ao acesso à assistência médica e hospitalar.

⁸ SANTOS e LOPES, 2018, p.43

⁹ In MANIGLIA, Elisabete (org.). Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais. São Paulo: Cultura Acadêmica. Editora UNESP, 2011.

¹⁰ Documento concebido com o objetivo de orientar, articular e influenciar as discussões dos demais instrumentos do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (planos nacionais, setoriais e regionais e o Plano Plurianual – PPA da União). O texto da Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social servirá, portanto, de norteador dos planos nacionais, setoriais e regionais do país, além do PPA.

diferentes níveis: (i) baixo desenvolvimento humano; (ii) médio desenvolvimento humano; (iii) alto desenvolvimento humano e (iv) muito alto desenvolvimento humano. O documento traz informações estratégicas, capazes de fornecer importantes subsídios para a avaliação de políticas públicas pretéritas e facilitar a formulação de outras novas, pelos tomadores de decisão, tais como:

Entre 1990 e 2015, houve uma evolução do IDH em todas as regiões do mundo. Nesse período, o valor agregado de todos os países do mundo aumentou 20,1%. Para o Brasil, o IDH avançou de 0,611 para 0,75412, um aumento de 23,4%, passando da categoria de médio para alto desenvolvimento humano, alcançando a 79ª posição entre os 188 países avaliados. [...] Nesse mesmo período, a expectativa de vida aumentou 9,4 anos, a média de anos de escolaridade aumentou em 4,0 anos e os anos de escolaridade esperados aumentaram em 3,0 anos. O PIB per capita, por sua vez, aumentou cerca de 31,6%. Em termos relativos, a educação, apesar de ser a dimensão com o valor mais baixo entre as três que compõe o IDH em todo o período analisado, foi a que mais contribuiu com a melhora do IDH brasileiro no período de 1990 a 2015, com um aumento de 47,1%. A expectativa de vida e o PIB per capita tiveram uma elevação de 20,8% e 5,8%, respectivamente. (SEPLAN et al., 2018, p.32-33)

Como decorrência da elevação da escolaridade e do nível de renda, cidadãos mais bem informados podem buscar o Judiciário (nas defensorias públicas) ou pagar pela assistência de um advogado, na qualidade de profissional liberal, afetando o fenômeno da judicialização e confirmando a constatação das duas autoras apresentada na página anterior (SANTOS e LOPES, 2018, p.43), ainda que o progresso evidenciado por esta elevação do IDH não tenha ocorrido de maneira uniforme em todo o país¹¹, geralmente com maior destaque nas capitais e regiões metropolitanas.

O Conselho Nacional de Saúde¹² (CNS), vinculado ao Ministério da Saúde (MS), também elaborou um documento orientador¹³ de apoio aos debates da XVI Conferência Nacional de Saúde, que está prevista para ocorrer em Brasília (DF), entre os dias quatro e sete

¹¹ Os dados apresentados no documento organizado pela SEPLAN, aponta desigualdades internas entre os territórios e municípios, confirmando diferenças entre as oportunidades aos cidadãos, a depender da localidade.

¹² O Conselho Nacional de Saúde (CNS) é uma instância colegiada, deliberativa e permanente do Sistema Único de Saúde (SUS), integrante da estrutura organizacional do Ministério da Saúde. Criado em 1937, sua missão é fiscalizar, acompanhar e monitorar as políticas públicas de saúde nas suas mais diferentes áreas, levando as demandas da população ao poder público, por isso é chamado de controle social na saúde. As atribuições atuais do CNS estão regulamentadas pela Lei nº 8.142/1990. Informação disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/apresentacao.htm>>. Acesso em 10 jan. 2019.

¹³ Disponível em < http://conselho.saude.gov.br/16cns/assets/files/Documento_Orientador_Aprovado.pdf>. Acesso em 10 jan. 2019.

de agosto deste ano (2019), na forma de uma cartilha que será citada algumas vezes neste trabalho, pela relevância das informações que apresenta. Dentre elas, reforça que

A partir da Constituição, com o reconhecimento legal da saúde como direito e dever do Estado, o acesso a ações e serviços se torna universal, ficando assim reconhecido que é direito de cidadania e que **o conjunto de impostos e contribuições** que todos os brasileiros e brasileiras recolhem regularmente às esferas de governo deve ser a **fonte da sustentabilidade dessas ações**. Não há gratuidade na sustentação do sistema de saúde: as fontes que mantêm os **orçamentos fiscais e da seguridade social** tem como contribuintes as pessoas físicas e jurídicas que circulam pelo território. (CNS et al., 2019, p.14-15, grifo nosso)

A partir da vigência da Constituição de 1988, surgiu a necessidade de uma lei que viesse regulamentar o recém-criado SUS. Foi elaborada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90), aprovada em 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre

as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Como **esta lei sofreu vários vetos do presidente da república**, foi complementada, em 28 de dezembro do mesmo ano, pela lei 8142/90. A Lei no 8142/90 regula a participação social, por meio de instâncias oficiais de Controle Social, quais sejam: Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. Busca-se, desta maneira, a participação de atores sociais historicamente não incluídos nos processos decisórios do país com o objetivo de influenciarem a definição e a execução da política de saúde. (CNS et al., 2019, p.15, grifo nosso)

No campo teórico, interpretações divergentes podem ser suscitadas, especialmente quando confrontados interesses antagônicos, como lembram Sarlet e Figueiredo (2013, p.15) ao ponderarem que, para a maior parte das pessoas, parece óbvia a declaração de que o direito sanitário trata-se de um bem fundamental, assegurados “mediante direitos, garantias e deveres fundamentais, segue havendo controvérsias a respeito de se os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais são ‘autênticos’ direitos fundamentais ou, em o sendo, se estão sujeitos a um regime jurídico substancialmente equivalente.” (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p.15)

Apesar da nobreza de propósito que animou sua idealização, o SUS não apresenta estabilidade desde seu início, principalmente por questões de sustentabilidade financeira. Diversos esforços legislativos foram empreendidos para estabelecer sua provisão e perenidade,

dentre as quais apresentam-se as principais e o respectivo ano, conforme documento¹⁴ orientador formulado para os debates da próxima Conferência Nacional de Saúde (CNS et al., 2019, p.29-30):

- 1993: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 169 com a proposta de aplicação, pela União, de no mínimo 30% (trinta por cento) do Orçamento da Seguridade Social (OSS) + 10% (dez por cento) das Receitas de Impostos Federais. Propunha, ainda, a aplicação, pelos Estados, pelo DF e pelos Municípios, de no mínimo 10% (dez por cento) da receita resultante dos seus impostos;
- 1995: a PEC 82 com a proposta da instituição da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);
- 1997: considerando o subfinanciamento [financiamento insuficiente], foi criada a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF) pela Lei nº 9.311/1996, com vigência entre 1997 e 2007, quando sua prorrogação foi vetada pelo Congresso Nacional. Inicialmente destinada integralmente à Saúde não representou acréscimo de financiamento para o SUS ao longo de sua vigência, perdendo, a partir de 1994, a sua condição inicial de “fonte exclusiva” quando parte do arrecadado passou a financiar o Fundo de Emergência Social (FSE), processo que, posteriormente, ficou denominado como **Desvinculação de Receitas da União**¹⁵ (DRU), mecanismo que permite ao governo federal retirar 30% do orçamento da seguridade social (OSS) para o tesouro nacional (grifo nosso);

Este veto pelos Deputados Federais e Senadores pode ser considerado emblemático, por parecer se tratar de um dos muitos episódios em que os interesses da maioria da população, que depende do SUS (por não poder contratar assistência médica e hospitalar privada, devido a seu alto custo), se sentiu traída ou não representada (refere-se à maioria da população e aos trabalhadores assalariados), vendo desmentida (ou ao menos descumprida, não efetivada) logo no primeiro artigo do texto, a Carta Maior do seu país, a qual propala que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente¹⁶, nos termos desta Constituição”. (CRFB, art. 1º, parágrafo único)

¹⁴ Disponível em < http://conselho.saude.gov.br/16cns/assets/files/Documento_Orientador_Aprovado.pdf>. Acesso em 10 jan. 2019.

¹⁵ Capítulo posterior apontará a questão das Desvinculações das Receitas da União como dificultadora da manutenção orçamentária do SUS. Em conjunto com a judicialização excessiva e uma formulação da política pública inadequada, causa grandes riscos à sustentabilidade do SUS.

¹⁶ Registre-se o inexpressivo exercício direto da soberania popular relacionado à pequena quantidade de plebiscitos e referendos convocados nos últimos 30 anos. Ocorreu apenas um plebiscito de abrangência nacional: em 1993 sobre a forma de governo, quando optou-se pela manutenção do regime republicano e do sistema presidencialista; e um referendo, em 2005, quando a população decidiu contra a proibição da venda de armas de fogo e munição. CRFB, art. 14, I-III.

Continuando a contextualização, prossegue-se com os últimos recortes da série histórica, para esclarecimento dos principais esforços legislativos realizados após a promulgação do texto constitucional de 1988, presentes no documento orientador de apoio aos debates da Conferência Nacional de Saúde:

- 1999: aprovada a Emenda Constitucional nº 29 (EC 29), que constituiu nova desvinculação dos gastos de Saúde às fontes de financiamento da Seguridade Social, e a partir de 2000, substituída pelo atrelamento do acréscimo dos recursos federais da Saúde à variação nominal do PIB, determinou a aplicação de, no mínimo, 12% da Receita de Impostos e Transferências pelos Estados e DF e de, no mínimo, 15% da Receita de Impostos e Transferências pelos Municípios. O desempenho do PIB ao longo da primeira década deste século XXI foi pouco dinâmico, o que acarretou a perda de dinamismo dos recursos federais frente às necessidades crescentes do SUS.
- 2003 a regulamentação da EC29 ficou pendente por quase oito anos no Congresso, entre 2003 e 2011, provocando perda de recursos para o SUS. Durante este período houve uma luta do controle social para esta regulamentação, como o PLC 1/2003 no ano de 2003 e outros projetos de lei que propunham mudanças na aplicação mínima pela União dos 10% das Receitas Correntes Brutas, inclusive com a proposta de criação da Contribuição Social para Saúde (alíquota de 0,1% sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, ou seja, a mesma base de incidência da CPMF extinta em 2007).

Note-se que, com a entrada em vigência da EC 29 a partir do ano de 2000, a tensão complicadora de insuficiência dos recursos orçamentários e fontes para o financiamento do SUS se agrava. Para evidenciar que o problema da saúde brasileira guarda relação com o orçamento, note-se que a década de 2010 foi iniciada sem que esses conflitos fossem resolvidos:

A regulamentação da EC 29 aconteceu no ano de 2012 com a promulgação da Lei Complementar 141/2012 (LC 141/2012), que, apesar de estabelecer claramente “o que pode” e “o que não pode” ser considerado como ações de saúde e aumentar a importância dos Conselhos de Saúde no papel propositivo e fiscalizador do SUS, não incluiu os 10% das Receitas Correntes Brutas, mantendo a regra estabelecida na EC 29, o que significou que novos recursos financeiros para a saúde universal não foram assegurados. (CNS et al., 2019, p.30)

Reconhecido por jornalistas¹⁷, pesquisadores estrangeiros, associações de planos de saúde e Professores de importantes faculdades de medicina e de gestão em saúde como os da USP, da Sociedade Beneficente Israelita Albert Einstein e da FGV, o SUS ostenta a condição de referência mundial em atenção primária. Apesar da insuficiência em média e alta complexidade, a maioria dos brasileiros depende exclusivamente do sistema público. De acordo com Mario Scheffer, Professor de saúde preventiva da USP, o SUS, nascido com a Constituição de 1988, “nunca foi adequadamente financiado”.

Com a Emenda Constitucional 95/2016, agravaram-se os problemas de financiamento do SUS, conforme descortina o documento orientador de apoio aos debates da 16ª Conferência Nacional de Saúde, em tom alarmante:

A partir de dezembro de 2016 o financiamento do SUS sofre mais um duro golpe. É aprovada a Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos, a EC 95, que ficou conhecida como a “PEC da Morte”. **Com a EC 95 o financiamento dos direitos sociais, como a saúde e a educação, ficará congelado até o ano de 2036** afetando a vida cotidiana da população ao reduzir a capacidade de garantia das políticas sociais, particularmente da saúde, dando lugar para a **formação de superávit primário para pagamento de juros e amortização da dívida pública**. Na prática, a consequência final desse processo é a deterioração progressiva das condições de saúde da população, pois o **desfinanciamento federal do SUS** impacta negativamente no financiamento das ações desenvolvidas pela rede de saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (CNS et al., 2019, p.31, grifo nosso)

Traduzindo a perversidade desta famigerada “PEC da morte”, ela substitui o limite mínimo de despesas nas áreas de educação e saúde pelo limite máximo até o ano de 2036. Ou seja, estabelece o teto, tratando a saúde como mero “gasto” e não como investimento no cidadão-contribuinte. Outrossim, o texto desta emenda determina o congelamento dos valores investidos nestas duas áreas estratégicas para desenvolvimento sustentável e para o IDH.

Apresenta-se uma pesquisa na área do Direito com um enfoque não restrito ao mundo jurídico, mas que privilegia o ponto de vista das políticas públicas, na investigação dos fatores que contribuem com desequilíbrios que colocam em risco a sustentabilidade social e

¹⁷ Reportagem de Diana Lott, para o portal UOL Folha de São Paulo, tratando do 5º Fórum Saúde do Brasil que ocorreu com o apoio da Fundação Getúlio Vargas, da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira e da Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), com patrocínio da Amil e da Anab (Associação Nacional das Administradoras de Benefício) em 23/04/2018, no auditório da FGV de São Paulo. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2018/04/apesar-de-problemas-sus-e-referencia-em-saude-publica-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em 17 fev. 2019.

orçamentária, prejudicando o bem-estar do cidadão e o desenvolvimento do Estado brasileiro. Os direitos sociais precisam ser preservados e viabilizados de várias maneiras, dentre elas legisladores que trabalham pelo interesse público (como autênticos representantes eleitos) e administradores responsáveis e comprometidos com a prestação de serviços públicos de qualidade:

O bem-estar e a inclusão social estão estritamente relacionados ao pleno exercício dos direitos sociais básicos, que requer um conjunto de medidas que visem estender [e não restringir] a cobertura de políticas sociais – como, as de saúde, previdência social, assistência social, educação [...] A ampliação e a melhor prestação de serviços públicos de qualidade, que visem a inclusão social e a igualdade de oportunidades, inclui a eliminação de distorções das políticas públicas existentes, que induzem o caráter regressivo que caracteriza parte do gasto público do país. (SEPLAN et al., 2018, p.29- 30

Em relação ao conceito de sustentabilidade, de acordo com a USP e seu Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais Escola Politécnica

Sustentabilidade é um conceito sistêmico, relacionado com a continuidade dos processos econômicos, sociais, culturais e ambientais globais. [...] seus pilares são a atenção às questões sociais, ambientais e econômicas de qualquer empreendimento, comunidade e sociedade. [...] A palavra “sustentável” provém do latim “sustentare” (sustentar; defender; favorecer, apoiar; conservar, cuidar). Informação disponível em <<http://www.lassu.usp.br/sustentabilidade/conceituacao/>>. Acesso em 09 jan. 2019.

Portanto, neste trabalho atribui-se uma maior atenção ao crescimento exorbitante do fenômeno da judicialização e à pesquisa sobre algumas de suas causas, notadamente: falhas na gestão, um orçamento mal dimensionado - avaliando se a hipótese de (sub)financiamento se confirma, em capítulo posterior - e falhas na formulação da política pública.

Capítulo 2 - O QUE SIGNIFICA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE?

“A dor tem pressa”

Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal federal (STF)

2.1 O que é judicialização?

A judicialização das políticas públicas na área da saúde é um tema complexo e polêmico, que pode ser abordado a partir de uma série de pontos de vista: sob a ótica do Judiciário, do Executivo, do Legislativo, do cidadão-cliente, dos cientistas políticos, dos diversos operadores do Direito. O texto apresenta, a partir de uma abordagem orçamentária, argumentos contrários e argumentos favoráveis à solução, pelo Judiciário, das controvérsias que emergem das prestações insuficientes ou inexistentes devidas pelo Estado aos cidadãos, mediante previsão constitucional.

Nas palavras de Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. [...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p.24)

Para a Consultoria Jurídica da Advocacia Geral da União junto ao Ministério da Saúde – CONJUR/MS, judicialização significa “uma forma de acesso às ações e serviços públicos de saúde. Esta garantia constitucional, quando utilizada de forma indevida, gera efeitos negativos, com impactos orçamentários e financeiros capazes de afetar a execução das políticas públicas

de saúde, destacando-se as ações judiciais na área de assistência farmacêutica e oncológica”. (AGU et al., 2017, p.2)

Para Secchi (2016) problema público é algum excesso ou carência que existe na sociedade. O autor compara o problema público com uma doença, fazendo analogia com a área médica. Assim, a política pública seria o tratamento dessa doença, uma tentativa de intervenção para a solução de um problema público, uma diretriz voltada para a solução de um problema público. Ou seja, as políticas públicas podem ser consideradas um conjunto de escolhas e metas para resolver problemas (geralmente coletivos) em determinadas áreas e efetivar interesses públicos; diretrizes elaboradas para enfrentar um problema público (SECCHI, 2013).

Seja de uma perspectiva coletiva, que costuma ser mais facilmente percebida, geralmente provocada pelo Ministério Público ou de um ponto de vista individual, que dificulta o exame e o debate, uma série de fatores orçamentários e o questionamento da legitimidade dos atores envolvidos, interferem na análise das políticas públicas com maior ou menor influência, dependendo do discurso adotado e dos interesses em questão.

O presente texto vem ressaltar que a Constituição Federal de 1988 está no centro, ou antes, no topo do ordenamento jurídico. Assim, é possível considerar razoável a existência de tutelas especiais para os direitos sociais constitucionalizados, especialmente quando da ocorrência de flagrante omissão dos poderes legislativo e executivo.

“Essa relação entre direito e política vem sendo chamada pela doutrina de judicialização da política. Tal fenômeno, que será melhor explicitado a seguir, é oriundo da forte crise de representatividade do Legislativo” (RIBAS e SOUZA FILHO, p. 38). Tal questão da representatividade veremos mais à frente.

Para Sunstein (apud Moraes e Brum, 2016, p. 87), os juízes podem ser classificados, em relação à posição sobre a interpretação constitucional, em fundamentalistas, minimalistas, perfeccionistas e majoritarianistas, afirmando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em questões de controle de políticas públicas se enquadraria na categoria perfeccionista, considerando um equívoco a forma como o STF decidiu diversos temas polêmicos em políticas públicas:

Por fim, há os juízes perfeccionistas, que merecem uma digressão um pouco mais detida. Para Sunstein, os magistrados perfeccionistas pretendem fazer da

Constituição “o melhor que ela pode ser”, por meio da interpretação de seus vagos termos. Envolvem-se em discussões políticas, orais e filosóficas profundas, teorizando sobre esses assuntos, transformando-os em Direito. Comumente, criam direitos, dão-lhes significados abrangentes e praticam um modelo de interpretação constitucional ambicioso. A sua ideia é tentar resolver as grandes controvérsias sociais, posicionando-se sobre o devir histórico. (MORAIS e BRUM, 2016, p. 88)

Ou seja, diferem dos minimalistas, que não aceitam teorias ambiciosas e decidem nos limites do absolutamente necessário, sem tomar posição em polêmicas de larga escala. O entendimento do STF, a respeito dos limites e possibilidades de o Poder Judiciário interferir em políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo, do ponto de vista perfeccionista, pode ser resumida na seguinte ementa:

AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS - DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE **OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO**. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) [...] A QUESTÃO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS. [...] CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA **NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS** (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOCTRINA PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE **IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS** DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 RTJ 175/1212-1213 RTJ 199/1219-1220) POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS ASTREINTES (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE **RELEVANTE INTERESSE SOCIAL**. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III). A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DO POVO (CF, ART. 129, II) DOCTRINA PRECEDENTES RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 581.352-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 22/11/2013). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000241042&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 26 fev. 2019

O estilo perfeccionista da decisão se evidenciou ao considerar o Estado-Membro como omissivo e inerte. Considerou a reserva do possível inaplicável, caso tal invocação possa comprometer o núcleo básico que caracteriza o chamado mínimo existencial: “Tal avaliação seria dever do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não concretizadas pelo poder público.” Nesse sentido, prosseguem na defesa com expressões como “atividade de fiscalização judicial” de políticas sociais, justificáveis “pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais como, por exemplo, proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso”. (MORAIS e BRUM, 2016, pp. 89-91)

Quando a questão é o controle de políticas públicas, as decisões do STF têm seguido um padrão de discurso, com a seguinte argumentação: “A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes.” (Ibid., p. 92)

Uma decisão do ministro Celso de Mello¹⁸ (ADPF 45) influenciou vários outros precedentes com conteúdo perfeccionista em relação à judicialização de políticas públicas, por vezes citando aquela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n.05, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Apud MORAIS e BRUM, 2016, p.93-94)

¹⁸ Sua respeitável posição é a defesa da força jurídica vinculante das Constituições e a consequente aplicação das normas constitucionais na imediata geração de direitos para os administrados e o consequente dever prestacional imposto ao Estado. Assim, legitima-se a atuação do Judiciário, como freio e contrapeso aos poderes Executivo e Legislativo, bem como a seus desvios, dando importância às motivações dos atos administrativos, aspecto fundamental na defesa do particular perante específicas ações e omissões da Administração. Esta dissertação apresenta um contraponto, um adendo, no capítulo que trata de orçamento e reserva do possível.

Note-se, contudo, o bom-senso com que o Ministro Gilmar Mendes, presidente do Conselho Nacional de Justiça à época, ao resolver publicar a Recomendação CNJ nº 31 (de 30/03/2010), indicando aos Tribunais a “adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. O documento evidencia o respeito ao princípio da separação dos poderes (que devem, também, ser harmônicos entre si) ao tempo em que transparece o reconhecimento da Administração na elaboração de políticas públicas, notadamente, ao considerar no texto do documento “reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência¹⁹ e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde”.

Na mesma exortação jurídica, o Presidente do CNJ, recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que “orientem através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência” (inciso II, alínea “b”).

A professora Ada Pellegrini Grinover, ao apresentar o fundamento constitucional do controle de políticas públicas pelo poder judiciário, lembra que no período da primeira geração de direitos fundamentais, ao Estado bastava abster-se, para que o cidadão pudesse exercer sua liberdade. A preocupação constitucional era apenas proteger o cidadão da ingerência estatal. Após a Revolução Industrial, a este dever acrescentou-se um dever de dar, fazer ou prestar, “uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos”. (GRINOVER in SALIBA et al., 2010, pp. 1-2)

E, para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito se transforma em Estado democrático de direito. (ibid., 2010, p. 3)

¹⁹ Um fator que precisa ser levado em conta é a urgente necessidade que alguns pacientes ou seus familiares apresentam em tais situações, inviabilizando, em alguns casos, as resoluções extrajudiciais e confirmando a importância de um Judiciário eficiente e bem assessorado.

2.2 Argumentos contra o controle das políticas públicas pelo Judiciário

Ao examinarmos as decisões do STF, verificamos que existe uma simples discordância de opiniões: alguns defendem a lógica de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, com o pré-requisito de se atender aos direitos fundamentais, o mínimo existencial, a dignidade humana; outros adotam uma posição de não intervenção, entendendo violadoras do princípio da separação de poderes as ordens judiciais que disponham sobre a inadequação de políticas públicas, pois “a forma como o Estado-Membro vai garantir o direito à segurança pública (por exemplo) há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo”. (MORAIS e BRUM, 2010, p.103)

Conforme assevera Barroso (2007) no âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

A impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. (BARROSO, 2007, p.31)

De acordo com o mesmo autor, os excessos e inadequações são problemas que podem colocar em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desequilibrando questões orçamentárias já que os recursos públicos são limitados. Ou seja, a judicialização abusiva pode causar a não concretização da Constituição de 1988. Ocorre com certa frequência a prioridade da microjustiça (atendimento a alguns, privilegiados ou não), desfalcando a coletividade devido à alegoria do “cobertor curto”, o qual não consegue cobrir a todos.

Nos últimos anos, o STF passou a dar maior atenção a este tópico em políticas públicas que trata da outorga de medicamentos e mandados de tratamentos pela via judicial, culminando no reconhecimento, em agosto de 2018, da legitimidade do Ministério Público (Recurso

Extraordinário 605533, com repercussão geral) para ajuizar ação civil pública para o fornecimento de medicamentos a portadores de doenças específicas (incluindo hipotireoidismo, cujo tratamento tem custo elevado).

Vale conferir, nesta temática, a explicação de Ana Paula de Barcellos²⁰, na obra *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático* (Revista de direito do Estado 3:32, 2006):

Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. (ibidem)

Barroso (2012) traz à baila dois pontos que a doutrina constitucional contemporânea vem explorando há tempos e que têm sua importância quando se fala em avaliar qual (ou quais) dos três poderes da República estariam mais aptos a tomar decisões mais técnicas: a que trata das “capacidades institucionais” e a que sopesa os chamados “efeitos sistêmicos”:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. (BARROSO, 2012, p.30)

²⁰ Estudiosa do Direito Constitucional, passou a estudar Direito Financeiro e Orçamentário, para entender financeiramente a questão da reserva do possível.

Ocorre que o argumento da incapacidade técnica do Judiciário perdeu força a partir da criação dos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS) e dos Núcleos de Apoio Técnico dos Tribunais de Justiça (NAT-Jus), em 07 de novembro de 2016, um convênio entre o Hospital Sírio-Libanês (referência em São Paulo), o Conselho Nacional de Justiça, Sistema Único de Saúde (SUS), o Ministério da Saúde e Governo Federal, colocando à disposição da Justiça uma base de dados com pareceres médicos para ajudarem na avaliação de juízes nas questões de saúde.⁶

Com o advento dos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS) e dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus)²¹, em 2016, decorrentes da cooperação técnica firmado entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Saúde (MS) com a finalidade de fornecer subsídios aos magistrados nas sentenças judiciais que pleiteiam o acesso a medicamentos, aumentam as possibilidades de uma prestação jurisdicional mais racional.²²

A consciência de que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado tem levado milhares de pessoas a recorrerem à Justiça quando necessitam de um medicamento ou procedimento que não conseguem adquirir no Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro (Sesdec-RJ), cerca de mil novos mandados são expedidos mensalmente com pedidos de medicamentos. (Disponível em <<https://portal.fiocruz.br/noticia/judicializacao-da-saude-e-tema-de-estudos-na-fiocruz>>. Consulta em 22/02/2018).

Visto que um dos mais fortes argumentos contra o mover da jurisdição em prol de necessidades individuais, que seria a falta de conhecimento científico para decisões mais seguras, em instâncias superiores, o Hospital Sírio-Libanês passou a responder pela capacitação de juízes, a partir de 2016, oferecendo uma plataforma com informações técnicas, com base em evidências científicas.

²¹ Comitês criados com a finalidade de fornecer subsídios científicos, através de notas técnicas e pareceres técnicos científicos (elaborados a partir da medicina baseada em evidências) para suporte ao Judiciário nas decisões relacionadas à temática da saúde. Compostos por membros de vários órgãos como o Ministério da Saúde (MS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Hospital Sírio-Libanês (HSL) e professores da faculdade de medicina da USP.

²² Notícia disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83799-a-dor-tem-prensa-diz-presidente-do-cnj-ao-abrir-oficina-sobre-saude>>. Acesso em 25/02/2018.

De acordo com o site do CNJ²³, os magistrados e tribunais passaram a “contar com a consultoria de especialistas da área para auxiliá-los em relação às informações técnicas”, minimizando os conflitos entre as demandas individuais e as coletivas, possibilitando condições para decidir com mais celeridade e com subsídios da informação e da experiência de médicos, produzindo decisões com melhor fundamentação.

Barroso (2007) adverte sobre a necessidade de gestão de recursos limitados:

Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiças. [...] a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. (BARROSO, 2007, p.32-33)

O presente estudo versa sobre os importantes elementos a serem considerados no processo de judicialização da saúde - sobretudo o da chamada reserva do possível - e como as decisões judiciais podem contribuir na formulação de políticas, abordando os requisitos para uma participação legítima do Judiciário, na formulação de políticas públicas, especialmente quando ocorre inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. Pretende-se, ainda, analisar as limitações do planejamento governamental na efetivação de Direitos, como consequência de decisões orçamentárias.

O assunto, portanto, se relaciona à vocação do poder Judiciário como garantidor das políticas públicas na área da saúde, com vistas à concretização de direitos sociais constitucionalizados, suas legitimidades e limites. Os NAT-Jus, neste contexto, apesar de não

²³ Notícia disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84538-laudo-para-ajudar-juizes-em-causas-de-saude-comeca-a-ser-utilizado-em-maio>>. Acesso em 26/03/2018.

fazerem com que as demandas judiciais reduzam imediatamente, contribuem para a redução de decisões inadequadas ao oferecerem suporte aos magistrados.

Voltando aos argumentos contrários, Gouvêa (2003) prossegue inclusive defendendo o princípio da separação dos poderes em seu livro sobre as omissões administrativas:

O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente políticofuncionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. **O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios**; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. (GOUVÊA, 2003, p.22-23)

Tal posição percebe a judicialização das políticas públicas como uma violação ao princípio da separação de poderes, alegando lesão à ordem e à economia pública. A legalidade orçamentária, com uma previsão maior de valores para situações emergenciais ou determinadas pelo judiciário, talvez possa harmonizar demandas sociais e as relações entre os três poderes. Uma reflexão que será abordada em outro capítulo é sobre a possibilidade de uma gestão mais previdente da alocação de recursos, em conformidade com os artigos 198 (parágrafo segundo) e 212 da Constituição Federal.

Para os que são contrários à reivindicação judicial individual destes direitos, os tribunais, ao tratar de cada caso concreto, precisam levar em conta as demandas previstas pelo orçamento público e pelo planejamento governamental os quais, ao menos em um esforço teórico, levam em conta as prioridades de curto e médio prazo com um escopo mais voltado para a coletividade. Existe um risco de prejuízo social e financeiro, caso as decisões com beneficiários individuais se multipliquem indefinidamente.

“A adoção de uma forma de Estado que deve garantir a realização/promoção de direitos, nomeados sociais, altera a função do Poder Judiciário. Afirmo o Supremo Tribunal Federal que não cabe a ele definir políticas públicas e determinar prioridades, visto que isso já foi estabelecido pela Constituição. Cabe ao Judiciário apenas verificar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduz à concretização dos resultados objetivados na Constituição”. (RIBAS, 2014, p. 56)

De acordo com Ferreira Filho (1996, p. 51), “a garantia que o Estado dá a esses direitos (sociais) é a instituição de serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto”.

Morais e Brum (2016) apresentam uma crítica sobre um possível perfeccionismo interpretativo, um concebível lapso na análise da realidade quando da análise da ADPF 45, que inaugurou o entendimento do STF sobre o controle judicial de políticas públicas. Os autores alegam que, na ocasião, o ministro Celso de Mello falou em passagem, de modo opinativo (não formulando enunciado), sobre direitos fundamentais, reserva do possível, mínimo existencial, mas o fez de forma vaga:

[...] não possibilitando discernir, a partir do seu discurso, quando e até que ponto o Estado estará descumprindo, na prática, a principiologia constitucional e quando estará agindo dentro dos limites legítimos proporcionados por determinadas interpretações dos postulados genéricos que lhe balizam o atuar. Essa conduta do ministro não é reflexivamente legítima, ficando vulnerável às críticas externadas há tempo, em âmbito teórico, por um dos autores deste texto, Bolzan de Moraes, e por Lenio Streck, para quem a Teoria do Estado é “condição de possibilidade para o estudo Direito Constitucional”. (MORAIS e BRUM, 2016, p. 97)

Mesmo assim, outros precedentes agregaram tal pensamento. Algumas das decisões monocráticas do STF, disponíveis em sua página na rede mundial de computadores, apresentam julgados recentes decidindo pela impossibilidade de o Poder Judiciário compelir o Poder Executivo a fazer obras de construções ou reformas em presídios, para citar exemplo na área da segurança. Um exemplo é o julgado decidido pela ministra Cármen Lúcia (RE 650.085), apresentando uma lista de vários outros, demonstrando a sequencialidade das decisões, argumenta que a atuação do juiz não deve se confundir com o papel de administrador, conforme os trechos apontados a seguir: (ibid., p.101)

Analisados os elementos nos autos, DECIDO [...] Este Supremo Tribunal assentou que a determinação, pelo Poder Judiciário, de realização de obras em cadeia pública contraria o art. 2º da Constituição da República; [...], todavia, no que concerne à violação ao art. 2º da Constituição Federal, assiste razão à parte recorrente, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Min. Eros Grau bem ressaltou sobre a matéria no RE 422.298/PR, DJ 07.8.2006, nos seguintes termos: “3. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não

cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE n. 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05”. [...] De fato, a utilização de ação civil pública a fim de exigir do Executivo local a manutenção de determinação a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigura-se um questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser deveras direito de todos, **esse tipo de ingerência nos atos da Administração Pública pode acabar por transformar o juiz em administrador**, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas. [...] Ministra Cármen Lúcia.” (ibidem, p. 101) (grifo nosso)

É interessante observar que a mesma Ministra Carmem Lúcia, revestida da autoridade de Presidente do STF e do CNJ, quando se trata da vida ou morte dos pacientes que dependem da saúde pública, delineou o entendimento de que a garantia constitucional está acima de qualquer entrave administrativo ou orçamentário, ao afirmar que “a dor tem pressa”.

Anteriormente, Gilberto Bercovici (2004) condenava a ingerência, alegando que os juízes acabariam por assumir um status de criadores de direitos (em vez de garantidores), favorecendo o que passou a ser conhecido como constituição infinita, “subtraindo as políticas públicas das maiorias parlamentares, eleitas e responsáveis, e transferindo-as para a ‘tecnocracia das jurisdições’”. (MORAIS e BRUM, 2016, p. 99)

2.3 Argumentos a favor do controle das políticas públicas pelo Judiciário

Um dos argumentos visa trazer a ideia de que a decisão do juiz segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum dos Entes da Federação, para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II, CRFB).

De acordo com RIBAS e SOUZA FILHO (2014) “Como toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve se compatibilizar com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar sua atuação/omissão sob o prisma do atendimento aos fins do Estado, ou seja, em última análise a sua constitucionalidade.”

Assim, a alegação de violação ao princípio da separação dos Poderes não justificaria a inércia do Poder Executivo em cumprir suas prestações constitucionais, como a garantia do

direito à saúde de todos, previsto no artigo 196 da Constituição. Direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, devem ter eficácia imediata e integral segundo esta linha de raciocínio.

O presente trecho ressalta que a Constituição Federal de 1988, lei maior do nosso ordenamento jurídico, nos permite entender que é possível a existência de tutelas especiais para certos direitos sociais constitucionalizados, especialmente quando da ocorrência de flagrante omissão dos poderes legislativo e executivo: “Essas intervenções do Judiciário não ferem o princípio da separação dos poderes, uma vez que tal princípio foi remodelado pelo novo constitucionalismo, na medida em que este deixou de ser forma e se converteu em substância” (RIBAS, 2014).

Para não dar uma ênfase desmedida na questão da separação dos poderes, que tem sua importância, convém a lembrança de que **os poderes precisam ser harmônicos entre si** com a finalidade de concretizarem a os **objetivos da República Federativa**. Pelas irrepreensíveis lições de Oswaldo Canela Junior²⁴, se por um lado o Judiciário tem a incumbência de “investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição” (art. 3º da CF brasileira, verificando sua constitucionalidade), por outro lado, o conceito de política estatal inclui o mesmo Judiciário no núcleo de sua formulação:

“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de **normas** (Poder Legislativo), **atos** (Poder Executivo) e **decisões** (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. [...] Diante dessa nova ordem, denominada de judicialização da política”, (muito diferente, acrescente-se, da politização do Judiciário) “contando com o juiz como coautor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.” (SALIBA et al., 2010, p. 4, grifo nosso)

²⁴ Esta pesquisa adota, com destaque, o conceito de sua autoria que define políticas públicas como “o conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”. Sua teoria sustenta que, no controle de políticas públicas pelo Judiciário, devem ser avaliadas a possibilidade de fruição do direito social assegurado constitucionalmente e a eventual desigualdade social gerada pela ausência desta satisfação adequada. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 156)

O posicionamento emblemático, lembrado em tantos outros semelhantes, a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do STF, na ADPF 45-9, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se pronunciou:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n.05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, **embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário**, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, **fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade**, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado” (RJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”. (ibidem, p. 5-6, grifo nosso)

A decisão sobre a ADPF 45/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, que passou a servir de base para muitas outras, imprimiu uma áurea de intolerável omissão e comportamento governamental desviante, a não concretização de políticas destinadas à coletividade e asseguradas pela Constituição, como se pode atestar em sua Ementa, publicada no Informativo/STF nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO

DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

A laureada Professora titular da USP, Ada Pellegrini Grinover²⁵, que considerava a judicialização como “a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente” resume bem a questão ao apontar que a posição do STF, é pela necessidade de certos requisitos para uma intervenção ética do Judiciário no controle de políticas públicas: o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (SALIBA et al., 2010, p. 6)

2.4 Exemplos no caso da saúde

O STF também já se pronunciou reafirmando o direito à assistência à saúde, cujo encargo constitucional é do Estado, ressaltando que “a Administração Pública se submete ao império da lei, até mesmo no que toca à conveniência e oportunidade do ato administrativo”. (SALIBA et al, 2010, p. 5)

Uma política pública nesta área deve viabilizar o atendimento do maior número de cidadãos sem causar uma sobrecarga no orçamento. Parecem não atender ao requisito da razoabilidade, alguns julgados em liminares individuais que concedem ao demandante medicamentos caríssimos ou não aprovados pelas agências reguladoras brasileiras.

Neste caso, também as lições do Professor Paulo Mendonça (informação verbal)²⁶ advertem não se tratar de uma política pública que não exista ou que tenha sido mal elaborada, mas tratar-se de caso personalíssimo, raro, que não deveria onerar o erário, deixando sem cobertura casos mais abrangentes e previstos pela regulação, com a inobservância das listas de

²⁵ O referencial teórico apropriado no presente texto inclui a defesa de uma atuação ativa do Judiciário, especialmente nas omissões do Legislativo e do Executivo, pensamento importado do trabalho de Ada Pellegrini (1933-2017). Sua teoria sobre o Estado de Direito incluiu a intervenção do juiz nas políticas públicas quando a Administração “não faz o que deveria fazer”.

²⁶ Aula do Mestrado em Direito, na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, proferida em 30/11/2017.

medicamentos já homologados para esse tipo de assistência (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename²⁷). Sua dicção aponta para a necessidade de homologação pelos órgãos competentes e para a observância da reserva do possível.

Ou seja, uma vez que Estado se propôs a fornecer, por meio de política pública de saúde à qual foi dada publicidade, via Sistema Único de Saúde (SUS), certo medicamento, o administrado solicitou administrativamente e lhe foi negado, torna-se perfeitamente viável a demanda para que o Poder Judiciário exija da Administração o cumprimento de uma prestação revestida de legalidade, publicidade, moralidade e legitimidade.

Uma outra possibilidade seria uma ação civil pública, motivada por clamor popular, buscando incluir na lista de medicamentos citada acima, para fornecimento a todos os pacientes que poderiam se beneficiar, uma nova droga, de caráter experimental, não aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Neste caso, se fosse defendida por parte da comunidade médica como eficaz para o tratamento de uma doença cuja medicação não esteja prevista para dispensação pelo poder público, poderia ensejar uma judicialização legítima de uma política pública de saúde. (MORAIS e BRUM, 2016, p. 95)

A conjuntura lança um desafio aos representantes dos três poderes, aos operadores do Direito, às associações e outros grupos de interesse, mas especialmente, aos que estão mais diretamente envolvidos na formulação de políticas públicas: identificar e mensurar (ou estimar com mais precisão) o que seria o mínimo existencial em cada área. Eis um desafio.

O planejamento das políticas públicas deve ser aperfeiçoado ou o Ministério Público continuará ajuizando ações individuais e coletivas, visto que, na inteligência do STF, o argumento da reserva do possível

não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”,

²⁷ Esta Relação é constantemente revisada e atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Rename (Comare), instituída pela Portaria GM no. 1.254/2005, e composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades, entidades de representação de profissionais da saúde. O CFF é uma das entidades-membro desta Comissão, sendo representado por técnicos do Cebrim/CFF, o qual participa ativamente do processo de revisão da Rename desde 2001. Informação disponível no site do Conselho Federal de Farmácia, em < <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>>. Acesso em 17/01/2019.

que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SEPARACAO+DOS+PODERES+A+INTERVENCAO+EXCEPCIONAL+DO+PODER+JUDICIARIO+NAS+POLITICAS+PUBLICAS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2d7ynro>>. Acesso em 26 fev. 2019).

2.5 Requisitos para intervenção do Judiciário, de acordo com o STF

2.5.1 O mínimo existencial

É o núcleo central que, uma vez descumprido, justificaria a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para criá-las, corrigir seus rumos ou implementá-las. (SALIBA et al., 2010, p.7)

A estrita observância dos limites à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro), serão suficientes para conter os abusos. (SALIBA et al, 2010, p. 12)

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 1990, p.69-70)

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância. (BARCELLOS, 2002, pg. 248)

Neste ponto, pode surgir uma inquietação: como ter segurança a respeito dos critérios que definem o que faz ou não faz parte do mínimo existencial? Geralmente, as receitas de médicos particulares devem ser substituídas pelas dos profissionais da rede pública, devendo o

interessado cadastrar seu pedido junto ao SUS. Grande parte dos pedidos, nos casos em que o remédio é genérico e encontra-se na lista do RENAME²⁸, são atendidos com uma prontidão maior.

Já nos casos em que o fármaco não esteja presente na lista, para que sua inclusão possa ocorrer, BARROSO (2007) sustenta que

o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos. (BARROSO, 2017, p.37)

Apenas a título de exemplificação, na lista atualizada em 2017, para a situação clínica com indicação para “tratamento de hepatite C crônica causada pelo genótipo 1 em indivíduos com fibrose avançada e cirrose” foram incluídos, pela portaria Nº 40, de 2/12/2016, da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) do Ministério da Saúde, os medicamentos ombitasvir 12,5 mg; veruprevir 75 mg; ritonavir 50 mg comprimido e dasabuvir 250 mg comprimido, enquanto outros para a Hepatite C viral foram excluídos ou tiveram seu uso restringido²⁹.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer,

²⁸ A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) é uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS. Relação de medicamentos essenciais é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros. Informação disponível em < <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=140>>. Acesso em 17/01/2019.

²⁹ CONASS - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS - Informa n. 117, Publicada a Portaria SCTIE n. 20 que torna pública a decisão de excluir os medicamentos boceprevir e telaprevir para o tratamento da hepatite C crônica e os procedimentos 06.04.25.001-0 – Filgrastim 300 mcg injetável (por frasco ampola ou seringa preenchida) e 06.04.47.005-3 – Alfaepoetina 10.000 UI injetável (por frascoampola) do CID B171 da Hepatite Aguda C e B182 Hepatite Viral crônica, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do **mínimo existencial**, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

2.5.2 A razoabilidade da pretensão

No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confirmam-se. a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil (Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF); c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Canela Júnior (2011) esclarece que os direitos fundamentais, que protegem os bens da vida, são efetivados pelo Poder Judiciário, e acrescenta:

Para corrigir as **omissões das demais formas de expressão do poder estatal**, o Poder Judiciário, entretanto, age de forma integradora, por meio da jurisdição, mas com amplos poderes coercitivos, necessários à concretização do provimento jurisdicional. [...] nas hipóteses de insatisfação, a jurisdição é o veículo natural para a concessão do **remédio jurídico necessário para a pacificação social**. O conflito existente entre os titulares do direito fundamental social e a conduta do Estado deve ser solucionado imperativamente pela jurisdição, mediante a “atuação da vontade concreta da lei”. (p.92-93, grifo nosso)

Observa-se assim, por meio do Poder Judiciário o cumprimento de direitos fundamentais. Destaca-se também a assunção do controle de constitucionalidade e demais formas de expressão do poder estatal, que também estão sob a mesma jurisdição. Desta forma,

é evidenciado como determinante para a compreensão da independência do Poder Judiciário e do alcance da imparcialidade dos seus membros. (CANELA JÚNIOR, 2011, p.97)

2.5.3 A disponibilidade financeira do Estado: a reserva do possível

Questão ligada ao Orçamento Público e ao Planejamento Governamental. Orçamento não é absoluto, sendo suscetível a despesas inesperadas (quando não provisionadas previamente). Na Despesa Pública, a classificação por categorias econômicas prevê, dentro das despesas de capital, tipos de transferências de capital (diversas), dentre as quais as sentenças judiciais³⁰. (VIGNOLI e FUNCIA, 2014, p.41)

A reserva do possível³¹ pode ser considerada um argumento sustentável? A posição da doutrina majoritária do STF apresenta-se exemplificada no Recurso Extraordinário com Agravo (RTJ 185/794-796), com a seguinte dicção:

A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROMETTER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO, E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL, NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES (OU DA LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES) CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS,

³⁰ A Lei 4.320/1964 (que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal), em seu artigo 67 determina que “Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim”.

³¹ De acordo com Maniglia (2011), os administradores públicos, invocando de um lado o poder discricionário na formulação das políticas [...] procuram justificar a sua omissão por estarem vinculados à Lei de Responsabilidade Fiscal, que os impede de despendere recursos sem a necessária previsão orçamentária. O argumento mais utilizado tem a ver com a chamada reserva do possível, instituto originado na Alemanha, em pronunciamento do Tribunal Constitucional daquele país, definindo que o direito à prestação positiva do Estado está condicionado ao que o cidadão poderia esperar do administrador público, dentro de uma lógica de razoabilidade e racionalidade. (MANIGLIA, 2011, p.105-106)

ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227).
Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000241042&base=baseMonocraticas> >. Acesso em 26 fev. 2019.

Nesse sentido, também a notícia de inclusão na pauta de julgamentos do RE 580.252, com Repercussão Geral, de relatoria do ministro Teori Zavascki, que teve a publicação do Acórdão em 02/02/2018 e seu trânsito em julgado em 15/03/2018. Ao se posicionar contra o acórdão do TJ-MS, que houvera dado embargos infringentes, afirmando ser responsabilidade objetiva do Estado levantou-se a questão sobre responsabilidade do Estado de indenizar presidiário por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, falta de condições de higiene, saúde e segurança no presídio em decorrência da alegada limitação orçamentária. Eis a ementa:

EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 580.252 MATO GROSSO DO SUL, CONTRA ACÓRDÃO DO STF CUJA EMENTA ORA SE REPRUDUZ: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura) [...]

Foram invocadas, também, pactos e regramentos internacionais, além de resoluções, princípios e convenções, inclusive da ONU, que tratam de prevenção à tortura e Direitos Humanos na análise do caso em tela, dentre eles:

[...] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955. 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. RE 580.252, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 11/9/2017. (Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 27 fev. 2019.

Enfim, tratou-se de uma lide sobre a existência ou não de dever estatal de reparar preso por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, tendo em conta limites orçamentários. A Procuradoria Geral da República se posicionou pelo conhecimento e desprovimento do recurso que buscava desassistir o encarcerado. Assim, também, são dignos de receber a tutela jurisdicional do seu direito à saúde todo cidadão que se ver desamparado nesta área sensível.

De acordo com SANTOS e LOPES (2018), a doutrina majoritária entende que os limites impostos pela reserva do possível existem e não podem ser ignorados. A finalidade do Estado, ao arrecadar impostos para obras e políticas públicas, é a de concretizar os objetivos da Constituição, previstos em seu terceiro artigo. A Administração deve concretizar os elementos fundamentais da dignidade da pessoa humana (o mínimo existencial), preconizada na

Constituição de 1988 e, secundariamente, avaliaria quais outros programas receberiam dotação orçamentária (SANTOS e LOPES, 2018, p.40).

2.6 Algumas indagações: propostas para reflexão

Com tais informações e reflexões em mente, diante da diversidade de posicionamentos jurídicos e opiniões doutrinárias apresentadas, apresentam-se algumas reflexões, propostas para novos estudos, por outros autores, para além desta pesquisa:

- O que seria o mínimo existencial, especialmente para a saúde pública?
- Como conciliar necessidades ilimitadas com recursos limitados?
- A legalidade orçamentária, com uma previsão maior de valores para situações emergenciais (ou um provisionamento maior para decisões judiciais), seria capaz de trazer mais harmonia aos três poderes?
- Existe um vácuo representativo no Legislativo e no Executivo, ocupado pelo Judiciário?
- Os juízes estão passando, gradativamente, de garantidores a criadores de direitos?
- Seria o Judiciário a arena para certas questões? Apenas nos casos de omissão?
- As decisões do Supremo Tribunal Federal podem acelerar a produção Legislativa?
- A criação dos Juizados Especiais Cíveis e a aplicação da Lei Geral de Greve aos servidores públicos (para suprir lacuna que o Legislativo deixou persistir por muitos anos) não são políticas públicas que deram certo, com origem no Judiciário?
- Em casos extremos, o que deve prevalecer: os critérios de conveniência e oportunidade que são prerrogativas da Administração Pública ou a garantia do mínimo existencial?
- Investimentos em treinamento dos servidores e educação/informação da população podem atenuar a “onda” de judicialização?

Em meio à polêmica a respeito da judicialização, Barroso (2007) elucida que em temas incontroversos, onde a vontade do legislador eleito for expressa, esta deverá prevalecer:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. (BARROSO, 2007, p.31)

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DA QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA DO SUS

3.1 A origem dos recursos que financiam as políticas públicas

Para o financiamento de bens e serviços públicos, o Estado arrecada suas receitas por meio de tributos. De acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional³² (CTN), “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966).

Vale lembrar que os tributos podem ser diretos (geralmente sobre patrimônio e renda) e indiretos como o ICMS, o IPI e outros decorrentes das vendas de mercadorias (incluindo itens da cesta básica como a farinha de trigo do pão, arroz, feijão e leite). Existe, também, um rol de tributos sobre o patrimônio, como ITR, IPTU e IPVA. Impostos sobre rendas auferidas (IRPF e IRPJ) e operações de crédito (IOF). Existem outras espécies tributárias, como as taxas, relacionadas ao uso de serviços públicos e outras situações de inspeção e registro.

De acordo com o artigo 5º do CTN, “os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria” (BRASIL, 1966). Diferente dos impostos, que não são vinculados (dinheiro sem destinação específica, podendo ser aplicado com razoável margem de discricionariedade), as contribuições sociais são direcionadas ao financiamento da saúde e previdência, ou seja, são vinculadas.

3.2 Os poderes Executivo e Legislativo na definição do orçamento público federal

O Estado brasileiro, organizado sob a forma de República Federativa (art. 18, CF/1988), para fazer frente ao citado leque de direitos fundamentais e à oferta de serviços e bens públicos, precisa de receitas que são satisfeitas principalmente através de tributos. Integrado em três

³² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 24 fev. 2019.

esferas níveis de governo (federal, estaduais e municipais), o poder público tem, no nível federal, o enfoque deste estudo.

O Poder Legislativo (Capítulo I, Título IV, CF/1988) na esfera federal é exercido pela Câmara dos Deputados (representantes do povo de cada estado) e pelo Senado Federal (representantes de cada estado), compondo as duas casas legislativa o Congresso Nacional, ao qual compete a fiscalização orçamentária do Executivo e outros órgãos vinculados à União.

Tal fiscalização do Legislativo, em defesa do interesse público, deverá observar a qualidade da aplicação das subvenções dos recursos e a criteriosa análise para a renúncia de receitas, com o suporte do Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/1988) no controle externo, mitigando prejuízos ao erário.

3.3 As leis orçamentárias

Assim, de acordo com o art. 165 da Constituição, apresentam-se as seguintes leis orçamentárias:

Plano Plurianual (PPA): com vigência a partir do segundo ano do mandato presidencial e término no primeiro ano do mandato posterior, com o fito estimular uma continuidade nas políticas de Estado e não meramente de governo. Com foco no médio prazo, deve ser enviado pelo chefe do Executivo ao Congresso Nacional, até o dia 31 de agosto do primeiro ano do mandato. Apresenta nuances regionalizadas (art. 165, §1º, CF/1988).

Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO): tem a finalidade de encadear o PPA e a LOA e deve ser enviada pelo Executivo ao Legislativo, até o dia 15 de abril de cada ano, para votação. Dentre suas características, se destaca a indicação dos programas que deverão ser priorizados dentro da previsão orçamentária (art. 165, §2º, CF/1988), bem como as metas da administração federal e alterações na legislação tributária.

Na Lei de Diretrizes Orçamentárias estão previstos os chamados “riscos fiscais”, provisão para determinações do Judiciário:

Com o objetivo de buscar o compromisso com a implementação de um orçamento equilibrado, a Lei de Responsabilidade Fiscal, de 4 maio de 2000, estabeleceu que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve conter Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas caso se concretizem³³. (Art. 4º, § 3º, LC 101/2000)

Lei Orçamentária Anual (LOA): aponta as estimativas de receitas e autorizações de despesas do ano seguinte. O chefe do Executivo deve endereçar o PLOA (Projeto da Lei Orçamentária Anual) ao Legislativo até o dia 31 de agosto. Tem o objetivo de viabilizar as metas do PPA em conformidade com as escolhas da LDO.

Esta lei é de especial interesse para o presente trabalho já que (art. 165, §5º, CF/1988) abarca o orçamento fiscal, o orçamento de investimento de empresas em que a União detenha a maioria do capital e, especialmente, o orçamento da seguridade social (englobando todas as entidades e órgãos aos quais compete executar ações nas áreas de saúde, previdência e assistência social), assim como os artigos 196 a 200 da Constituição vigente, por tratarem da saúde.

A exigência de transparência no recolhimento e na aplicação dos recursos públicos é, antes de tudo, um direito da sociedade e um dever indelegável do Estado. Por muito tempo o orçamento público foi um instrumento de compreensão apenas para um pequeno grupo de especialistas, deixando de cumprir uma das suas principais funções, qual seja, a de informar a toda sociedade, com clareza, a programação da despesa pública e o seu financiamento. (SOF et al., 2008, p.3)

Oportunidades para o aperfeiçoamento das leis orçamentárias são perdidas por lapsos na gestão e na comunicação. Uma importante constatação de Gomes (2018) trata da urgência de uma melhor comunicação entre órgãos e agentes da administração pública federal, já que a dimensão de efetivação ou não das metas do Programa de Aperfeiçoamento do SUS, inseridos no PPA de 2012-2015, notadamente as que apresentaram déficit de desempenho naquele período, não foram discutidas em conjunto por simples desencontro no cronograma dos

³³ Disponível em < http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2012-1/pldo-2012/5_ANEXOVRiscosFiscais.pdf>. Acesso em 15 jan. 2019.

atores que deveriam organizar as informações para negociação conjunta, influenciando a agenda da saúde na direção do interesse público. O Plano Nacional de Saúde³⁴ deixou de ser apreciado em conjunto com o PPA, desperdiçando recursos e gerando retrabalho (ou postergando soluções):

A respeito dos citados instrumentos, destaca-se que o setor federal da saúde empreendeu um movimento em que o PNS [Plano Nacional de Saúde], submetido à participação da sociedade, vem se tornando cada vez mais similar ao programa do PPA que aborda o SUS. Isso é relevante, pois permite a inserção de indicadores, objetivos e metas no PPA, que teriam potencial para refletir os relevantes problemas do setor saúde. Além disso, a criação da PAS [Programação Anual de Saúde], em que as metas quadrienais do PPA são convertidas em anuais, para permitir o monitoramento de metas físicas (inclusive associando-as com a execução de ações orçamentárias), amplia a utilização do próprio PPA para o monitoramento de políticas de saúde. Contudo, toda essa inovação segue praticamente desconhecida da burocracia federal e da sociedade em geral, pois tem sido utilizada, por órgãos do Ministério da Saúde, basicamente, em suas interações com o Conselho Nacional de Saúde e com o Congresso Nacional, instituições essas que não têm conseguido difundir as informações de modo mais amplo. Um exemplo dessa situação consiste em que as contribuições da Conferência Nacional de Saúde não são elaboradas a tempo de influir, na elaboração do PPA e do PNS para o ciclo seguinte, grosso modo, por desencontro de cronogramas. (GOMES, 2018, p.45)

O não aproveitamento dos instrumentos de planejamento e monitoramento pode torná-los ineficazes. As eventuais inconsistências, quando detectadas, precisam ser reportadas a tempo para a elaboração conjunta de soluções. Em casos assim, um simples ajuste nas agendas e cronogramas dos órgãos tem o potencial de gerar sinergia que contribua para a indução do impacto necessário à implementação das políticas, oportunizando avanços importantes para a população.

³⁴ Conforme descrito na Lei nº 8.080/90 (art. 36, § 1º), os planos de saúde são “a base das atividades e programações de cada nível de direção do SUS”. Por isso, o Ministério da Saúde promove ampla discussão técnica e política, que culmina com a publicação do documento norteador da gestão federal no setor saúde: o Plano Nacional de Saúde (PNS), aprovado pelo CNS, com diretrizes e metas a serem alcançadas. Informação disponível em < <http://portal.anvisa.gov.br/pns>>. Acesso em 05 mar. 2019.

3.4 Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)

O Federalismo Fiscal significa o compartilhamento de responsabilidades com vistas ao regular funcionamento do Estado e a provisão continuada dos serviços públicos à população, respeitadas as relativas margens de autonomia dos membros da federação, especificando os serviços e as arrecadações conforme o perfil regional e local. A soberania é da União, mas estados e municípios exercem suas respectivas porções de autonomia administrativa e legislativa.

Tanto é assim que a Carta Magna institui que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição” (art. 18, CF). Ou seja, configura-se em um arranjo de integração e compartilhamento de responsabilidades entre as esferas estatais, dentre elas a de financiamento da saúde pública.

Conforme explicita a página do Senado Federal na internet, a Lei Complementar nº 101 de 2000 estabelece um conjunto de

normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, mediante ações para prevenir riscos e corrigir desvios que possam afetar o equilíbrio das contas públicas. De acordo com o Ministério da Fazenda, a LRF tem como premissas básicas o planejamento, o controle, a transparência e a responsabilização. A lei estabelece, em regime nacional, parâmetros para gasto público de cada ente federativo. As restrições orçamentárias visam preservar a situação fiscal de União, estados e municípios e do Distrito Federal, de acordo com seus balanços anuais, com o objetivo de garantir a saúde financeira da administração pública, a aplicação de recursos nas esferas adequadas e uma boa herança administrativa para os futuros gestores. Disponível <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lrf>>. Acesso em 10 fev. 2018.

Registre-se que a LRF também pode ser considerada um tipo de política pública e seu principal objetivo, explicitado em seu Art. 1º, é estabelecer normas de finanças públicas voltadas para responsabilidade na gestão fiscal. E prossegue esmiuçando (art. 1, §1º) que assim deve ser entendida a responsabilidade na gestão fiscal:

pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a **limites e condições no que tange a renúncia de receita**, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (grifo nosso)

Na órbita da judicialização, é importante ressaltar que a LRF (art. 4º, §3º) aponta a obrigatoriedade, na LDO, de um “Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem”. Os riscos fiscais correspondem às ocorrências que têm o potencial de afetar o planejamento orçamentário. Vislumbra-se aqui uma possibilidade para que as demandas por procedimentos e medicamentos não surpreendam a Administração de modo tão drástico.

Receita Corrente Líquida (RCL)

De acordo com a LRF (art. 2º, IV), Receita Corrente Líquida (RCL) é composta pelo somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, com a dedução (na esfera federal), dos valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea “a” do inciso I (empregador, sobre a folha de salários de pessoa físicas) e no inciso II (trabalhador e demais segurados da previdência social) do art. 195 da Constituição Federal e no art. 239 da CF. (BRASIL, 2000).

O sítio do Tesouro Nacional assim detalha o método de apuração deste importante parâmetro:

A Receita Corrente Líquida (RCL) é apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores. O demonstrativo da Receita Corrente Líquida da União é publicado mensalmente no Relatório Resumido da Execução Orçamentária da União. Além disso, em razão de a RCL ser um parâmetro utilizado como referência para o cálculo dos limites da

LRF, cujo cumprimento deve ser demonstrado no Relatório de Gestão Fiscal, emitido quadrimestralmente pelos titulares dos Poderes e Órgãos especificados pela LRF, a STN publica quadrimestralmente demonstrativos específicos da RCL, que incluem a metodologia de apuração. Disponível em <<http://www.tesourotransparente.gov.br/ckan/dataset/receita-corrente-liquida-da-uniao>>. Acesso em 10 fev. 2018.

Justamente decorrente desta conjuntura político-jurídica, pesa sobre muitos gestores públicos, dentre eles secretários de saúde, o receio de efetivarem gastos sem previsão anterior para o cumprimento das prestações terapêuticas determinadas pelos tribunais. Tal prudência é saudável, porém, quanto a esse temor, já existe entendimento³⁵ tranquilizador no STF:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (STF RE nº 271.286 AgR - RS, Relator: Ministro Celso de Mello; STA 175 AgR - PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes)

Se por um lado o princípio da universalidade do SUS não significa o esbanjamento de recursos financeiros, como a própria LRF já vedou, por outro a saúde não deve ser tratada como mero gasto pelo gestor público. Levando-se em conta a hierarquia das normas constitucionais e a jurisprudência do STF, o receio da despesa descoberta deve ser afastado quando o fato gerador for o cumprimento de um provimento jurisdicional que envolva direito à vida. Uma das alternativas de que dispõe o despenseiro da saúde pública é a negociação do conteúdo das leis orçamentárias junto ao Legislativo para o ano seguinte, observando inclusive a possibilidade de um uso mais proativo das provisões para riscos fiscais, previstos na LRF (art. 4º, §3º):

³⁵ Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623>>. Acesso em 28 fev. 2019.

Outrossim, a previsão contida nos arts. 16 e 17 da LRF não engessa o gestor público a ponto de impedir que ele atenda os provimentos jurisdicionais. Lei infraconstitucional não pode se sobrepor aos mandamentos constitucionais autoaplicáveis de garantia dos direitos fundamentais de cunho social, ainda que em sua dimensão individual. A par disso, não há que se falar em punição do administrador público por crime tipificado na Lei de Crimes Fiscais, bem como por crime de responsabilidade fiscal, pois estará em cumprimento de uma ordem judicial. Consoante afirmado pelo ex-ministro da Saúde Jose Gomes Temporão, é um erro tratar a saúde como gasto, pois se trata de investimento, fundamental para o desenvolvimento econômico e humano. (SANTOS e LOPES, 2018, p.41)

3.4 Classificação das receitas públicas

Além deste conhecimento prévio, sobre as leis orçamentárias, faz-se também útil para a compreensão do tema a diferenciação dos tipos de receitas. Merecem especial atenção, quando se trata de orçamento público da saúde, os critérios em relação a sua origem e quanto à existência ou não de destinação específica e obrigatória (vinculação).

Dentre as diversas formas de classificar as receitas públicas, neste contexto elege-se a “classificação por Grupos de Receita”. De acordo com a Secretaria de Orçamento Federal (SOF), esta classificação tem foco na identificação dos agentes que arrecadam, fiscalizam e administram a receita e, ainda, no nível de vinculação das mesmas. Assim, temos no Orçamento da União os seguintes Grupos de Receita (SOF, 2008):

- **Receitas Próprias:** aquelas cuja arrecadação têm origem no esforço próprio dos órgãos e demais entidades nas atividades de fornecimento de bens ou serviços facultativos e na exploração econômica do patrimônio, remunerados por preço público ou tarifas, bem como o produto da aplicação financeira desses recursos. São receitas que têm como fundamento legal, os contratos firmados entre as partes, amparados pelo Código Civil e legislação correlata. **Não possuem destinação específica**, sendo vinculadas à unidade orçamentária arrecadadora.
- **Receitas Administradas:** arrecadadas pela Receita Federal, por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS),

chegam à conta única do Tesouro em dia útil após o pagamento do tributo pelo contribuinte.

- **Receitas de Operações de Crédito:** são as decorrentes de empréstimos, amortizações, financiamentos e outras receitas afins, destinadas a refinanciamento de dívidas, empréstimos e outras modalidades de financiamentos.
- **Receitas Vinculadas:** São os recursos oriundos de concessões, autorizações e permissões para uso de bens da União ou para exercício de atividades de competência da União. Fazem parte desse grupo as receitas vinculadas por determinação legal, cuja fiscalização, administração e manuseio ficam a cargo das entidades com autorização legal para arrecadar. São receitas que apresentam destinação previamente estabelecida, em função da legislação (vinculadas a uma finalidade específica). (SOF et al., 2008, p.47).

Geralmente tal vinculação significa o atrelamento a determinada área sensível³⁶ (saúde, por exemplo) ou órgão cujo funcionamento é essencial (Ministério da Saúde, por exemplo), com respaldo em garantia constitucional.

- **Demais Receitas:** destinadas ao atendimento das receitas previstas em Lei ou contrato, não estão enquadradas nos grupos anteriores.

3.5 Outras fontes de receitas para a saúde

- **Contribuições Sociais –** Espécie de tributo vinculada a uma atividade administrativa do Estado, que visa atender ao interesse da coletividade, custeado pelos contribuintes alcançados por esta modalidade de receita. Uma de suas finalidades é financiar a seguridade social, de forma direta e indireta, nos termos da Lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (Art. 195 da CF): I - dos

³⁶ Um exemplo famoso e útil para este texto é o da extinta CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), que reforçava o Orçamento da Saúde. Dos 0,38% que arrecadava, o repasse era de 0,20% ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde e 0,10% ao custeio da seguridade social, além de 0,08% ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II - dos trabalhadores; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. (SOF et al., 2008, p.39)

As contribuições sociais, que não figuram como espécie tributária no CTN, podem ser assim classificadas pela sua relevância no orçamento. Sua arrecadação procede não apenas de empregadores, mas também, de empregados e outros contribuintes, financiando programas sociais.

- Contribuição Sobre a Receita de Concurso de Prognóstico Específico Destinado ao Desenvolvimento da Prática Desportiva – Modalidade Futebol (“timemania”). Destinação de 3% para o Fundo Nacional de Saúde – FNS (Art. 3º, Decreto nº 6.187/2007).
- Taxas diversas, originadas do poder de polícia exercido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), recebida de diversas pessoas jurídicas (sociedades civis ou comerciais, cooperativas e entidades de autogestão), que operem plano privado de assistência à saúde, com destinação à ANS, oriundas de registro, alteração de dados de produtos, reajustes e outras. (SOF et al., 2008, passim)

Enumeram-se aqui esta amostra exemplificativa (não exaustiva) para que fique clara a expressiva carga tributária imposta aos cidadãos para o patrocínio da atividade estatal e financiamento dos direitos sociais, como é o caso da saúde, assegurados constitucionalmente.

3.6 Exemplo da EC 86/2015

Como pode-se constatar, orçamento é quase sempre um tema complexo, em especial quando relacionado à atividade administrativa do Estado. Para Bandeira de Mello (2008), a função administrativa é exercida pelo Poder Executivo e seus auxiliares e, eventualmente, por órgãos de outros Poderes. O autor conceitua ainda a função administrativa como

a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro

se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submetidos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p.36)

Deste modo, a Administração e os atos do poder Executivo, estão subordinados ao “império da lei”, com o fito de atenderem às necessidades coletivas e não pela autonomia de vontades pessoais. Com este ânimo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5595, com pedido de liminar, ajuizada em 2016 pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot questionando no Supremo Tribunal Federal (STF) dispositivos da Emenda Constitucional (EC) 86/2015, conhecida como “Emenda do Orçamento Impositivo”.

Janot (2016) sustenta na ADI que o patamar mínimo de financiamento da saúde pela União foi definido pela EC 29/2000, que inseriu o parágrafo 2º ao artigo 198 da Constituição”, tema já regulamentado pela Lei Complementar (LC) 141/2012, impedindo retrocessos no montante anual de recursos investidos na saúde:

os artigos 2º e 3º da emenda reduzem progressivamente o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS), e nele incluem parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira devidos pela exploração de petróleo e gás natural (artigo 20, parágrafo 1º, da Constituição Federal) [...] essas alterações são intensamente prejudiciais ao financiamento do SUS, em violação aos direitos à vida e à saúde e aos princípios da vedação de retrocesso social e da proporcionalidade e em descumprimento do dever de progressividade na concretização dos direitos sociais, assumido pelo Brasil em tratados internacionais. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/pgr-questiona-trechos-orcamento-impositivo-tratam-saude>>. Acesso em 06 mar. 2019.

O procurador-geral da República é mais um que já constatou o subfinanciamento do SUS, pedindo a suspensão da EC 86/2015 e a declaração de sua inconstitucionalidade. O relator ministro Ricardo Lewandowski deferiu a liminar em 2017, suspendendo as regras que desfalcavam os recursos para a saúde³⁷.

³⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354339>>. Acesso em 09 nov. 2018.

Ao deferir a liminar, Lewandowski destacou que o orçamento público deve obedecer aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, reconhecendo que as alterações impugnadas constroem “o caráter progressivo do custeio federal das ações e serviços públicos de saúde”. No seu entendimento, a Emenda agrava as desigualdades no acesso a direitos fundamentais, refutando-a nestes termos:

O direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado [...] A isso se soma a demanda crescente do SUS, sobretudo nos últimos anos, quando houve um agravamento no quadro de desemprego no país. (STF ADI nº5595 – DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski)

Em 2016 o Conselho Nacional de Saúde já havia rejeitado as contas do Ministério da Saúde³⁸ apontando déficit na aplicação do piso federal em saúde, ou seja, mais um importante ator social a levantar a questão do subfinanciamento do SUS, um dos fatores prejudiciais à saúde pública brasileira, mas não o único.

3.7 O tamanho da fatia da judicialização no orçamento do SUS

Tendo como assimilados e partes de etapa anterior de estudos os temas como Leis Orçamentárias, LRF e fontes de financiamento, trata-se neste tópico dos percalços orçamentários que enfrenta o sistema público de saúde, com foco no âmbito federal, para verificarmos de que modo e até que ponto mecanismos como as Renúncias Fiscais e as Desvinculações das Receitas da União repercutem no SUS.

Com a análise do orçamento do SUS, pretende-se apontar com números que a questão da reserva do possível, limitante da Administração, é um fato que pode ser demonstrado contabilmente (e não uma mera retórica), apesar de todas as posições garantistas e do impulso

³⁸ Notícia disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354339>>. Acesso em 09 nov. 2018.

humanitário e solidário que impele a maioria de nós (inclusive os magistrados) a uma tentativa de conceder tudo a todos:

Na medida em que os objetivos do Estado são claramente estabelecidos pela Constituição (art. 3º), não há como limitá-los sob o fundamento de precariedade financeira, porque é exatamente na elaboração do orçamento que os programas estatais serão efetivamente materializados. Por consequência, ao contrário do que reza a lógica da “reserva do possível”, é a sentença judicial transitada em julgado que integrará o orçamento, obrigando o Estado a reajustar receitas e despesas, a fim de que os seus objetivos fundamentais sejam efetivamente atingidos. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 109)

Note-se que até mesmo o ministro do STF, Ricardo Lewandowski, relator Medida Cautelar³⁹ na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.595 do Distrito Federal, ao deferi-la suspendendo a eficácia dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015, reconheceu os riscos sociais decorrentes do agravamento do “quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país [...], que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros”. Na ocasião, o ministro demonstrou estar atento e bem assessorado com relação ao problema do subfinanciamento:

Anoto, por oportuno, os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde desde 2011⁴⁰:

2011 - R\$ 71 bilhões

2012 - R\$ 91,7 bilhões

2013 - R\$ 99,8 bilhões

2014 - 106 bilhões

2015 - 91,5 bilhões (corte de 11,7 bilhões em relação à 2014)

2016 - 88,9 bilhões (necessidade de corte de 2,5 bilhões em relação à 2015).

Como se nota, a partir de 2015, ocasião em que as novas regras começaram a vigor, **houve um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde.** (ADI 5595 MC/DF, grifo nosso)

³⁹ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2019.

⁴⁰ Disponível em < www.orcamentofederal.gov.br>. Citado pelo ministro Ricardo Lewandowski, em 31 de agosto de 2017, ao deferir a cautelar do Plenário para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015.

Importante que se memorizem, nesta altura do presente capítulo, estas cifras orçamentárias, em especial os valores referentes aos anos de 2011 a 2015 (entre 71 e 91 bilhões de reais), visto que as comparações com os montantes gastos com a judicialização da saúde, no tocante ao fornecimento de medicamentos, assistência médica e terapêutica, apresentam-se justamente neste recorte temporal.

O ministro do STF sustentou que “a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros”.

Alocar menos recursos para a saúde poderá contribuir ainda mais para o aumento da quantidade de ações judiciais (já em crescimento) e dos respectivos valores totais, com a pretensão de acesso às tecnologias e serviços de saúde, em decorrência de sua não obtenção pela via administrativa.

Verificam-se, ao fazermos a relação entre os valores gastos com depósitos judiciais e fornecimento dos medicamentos com os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde, qual é o “tamanho da fatia”, qual é o percentual aproximadamente dispendido com tais prestações.

Gráfico 1: Crescimento do impacto financeiro, apenas no âmbito da União



Fonte: Adaptado de Cálculos CODEJUR a partir de dados CDJU/MS (maio 2017). Elaboração Própria.

Ao relacionarmos os valores nominais do orçamento da União nesta série temporal (2011 a 2015), com os valores dos depósitos judiciais e fornecimento temos o tamanho da “fatia”, o percentual do orçamento gasto com a judicialização e a evolução em relação ao mês anterior:

2011 = 0,28% (200 milhões/71bilhões e assim sucessivamente)⁴¹

2012 = 0,39% aumento de 39% em relação ao ano anterior (0,39/0,28 = 1,39)

2013 = 0,57% aumento de 46% em relação ao ano anterior (0,57/0,39 = 1,46)

2014 = 0,77% aumento de 35% em relação ao ano anterior (0,77/0,57 = 1,35)

2015 = 1,27% aumento de 64% em relação ao ano anterior (1,27/0,77 = 1,64)

Uma importante informação para que se tenha uma ideia mais clara do tamanho da judicialização é o “tamanho da fatia”, ou seja, quanto ela representa no orçamento em termos percentuais? Assim, talvez seja possível demonstrar que a limitação orçamentária não seja um mero argumento da Administração. Caso esse dado se confirme, poderá chegar o dia em que as liminares expedidas pelo Judiciário serão inócuas, pois não serão cumpridas devido à falta de recursos. Ou então, ninguém vai querer ser Secretário de Saúde com medo de ser preso.

Santos e Lopes (2018) lembram que algumas despesas acessórias, geralmente não são computadas nestes demonstrativos (como, por exemplo, publicação em Diário Oficial, transportadora, seguro e custos com a importação). Talvez esse dado explique as pequenas diferenças, discretas alterações nos valores obtidos junto à CGU e ao MPDG, em detrimento da informação que tinha o Judiciário ao julgar⁴² a ADI 5595:

Insta consignar que os valores do fornecimento direto referem-se, tão somente, aos gastos efetuados com a aquisição dos medicamentos/insumos pleiteados em ações judiciais, excluídos os valores relativos as demais despesas com o procedimento de compra e entrega do medicamento, tais como: publicação em

⁴¹ A taxa percentual ou “fatia” de judicialização é o resultado da divisão do valor da judicialização (Ministério da Saúde) apresentado nesta página pelo valor nominal alocados no orçamento da União para a saúde

⁴² ADI 5595 questionou a EC 86/2015, que altera o chamado orçamento impositivo para a saúde. A ação pediu a suspensão da redução do financiamento federal para o setor, mediante piso anual progressivo para custeio pela União. Deferida a liminar para suspender a eficácia dos artigos 2º e 3º da emenda.

Diário Oficial, pagamento de transportadora para entrega em domicílio, pagamento de seguro para o transporte do medicamento e, quando e o caso, custos com a importação. Devido a questões técnicas, não foi possível apurar os dados de 2017. Contudo, apesar de não haver um número oficial, acredita-se que o gasto total novamente superou R\$ 1 bilhão, pois apenas o valor gasto pela CDJU (fornecimento direto) foi de R\$ 965.270.765,14 até novembro de 2017 [...] revelando um exorbitante crescimento do gasto para atender as ordens judiciais de fornecimento de medicamento/produtos, que era de cerca de R\$ 26,37 milhões em 2007 e foi para mais de R\$ 1,3 bilhão em 2016, apenas no âmbito da União. Um aumento de quase 5.000% (cinco mil por cento) em dez anos. (SANTOS e LOPES, 2018, p.55)

3.8 Reserva do possível demonstrada no orçamento do SUS

Distorções na avaliação de políticas, ingerências nem sempre razoáveis pelo poder Judiciário, eventual estabelecimento de prioridades estranhas às necessidades da população, são diversos fatores que contribuem para o desequilíbrio orçamentário do SUS.

Neste contexto apresenta-se a necessidade de uma argumentação mais apropriada à seguinte pergunta: De que maneiras a Administração pode se legitimar neste argumento, da limitação de recursos para se eximir da prestação integral do direito à saúde? Uma das possíveis respostas que se apresentam é “a partir do momento em que o Orçamento possa estar efetivamente comprometido”.

Outro argumento a favor da Administração é que o atendimento integral inserido na Constituição cidadã e vislumbrado pelos idealizadores do SUS, determina que a prioridade deve ser dada às atividades preventivas (CF/88, art.198, II).

A tabela abaixo apresenta dados reveladores. Através de amostra elaborada a partir do SIOPS/DATASUS (Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde, Ministério da Saúde), comparados com informações fornecidas pela CGU e no sítio da Secretaria de Orçamento Federal (SOF) vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Através da análise realizada nesta pesquisa, pela observação de cinco variáveis e comparação proporcional entre algumas delas, descortinam-se **três tipos de métodos para simular** as estimativas de crescimento do “tamanho da judicialização”, com **o objetivo de demonstrar a reserva do possível em números**, afastando a alegação de que a Administração sempre tem recursos suficientes, mas são mal administrados. Pode ser que sejam mal administrados, porém, quanto a sempre ter recursos, a análise percentual das despesas entre os anos 2010 e 2015, pretendem esclarecer que, se tal escalada continuar, a política pública de saúde no Brasil não se sustentará. Observem-se os dados da amostra:

Tabela 2: Crescimento da judicialização em relação ao orçamento federal para a saúde

Em milhões						
	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Outras despesas de custeio e capital da seguridade social	69.532,90	80.034,20	91.799,10	98.782,80	107.100,30	113.618,60
Medicamentos por ordem judicial	132,426	218,754	326,762	437,591	722,927	1.078,649
Assistência por ordem judicial	10,349	19,871	49,419	103,472	110,629	104,926
Total geral (medicamentos + assistência)	142,775	238,625	376,181	541,063	833,556	1.183,575
Crescimento em relação ao ano anterior (%)	15%	67%	58%	44%	54%	42%
Judicialização em relação ao Orçamento Total da Saúde	0,20%	0,30%	0,41%	0,55%	0,78%	1,04%

Fonte: Elaboração própria, baseada em informações do site da SEAFI (SIOP) e Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

A primeira linha, “Outras despesas de custeio e capital da seguridade social” equivalem aos valores nominais⁴³ alocados no orçamento da União para saúde, inclusive citados pelo ministro do STF Ricardo Lewandowski⁴⁴, na ADI 5.595 (p.67, acima) que reconheceu com

⁴³ Valor para cada ação no momento de sua emissão; não considera a inflação ou a evolução dos preços na economia; valor estável.

⁴⁴ Disponível em <www.orcamentofederal.gov.br>. Citado pelo ministro Ricardo Lewandowski, em 31 de agosto de 2017, ao deferir a cautelar do Plenário para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015.

o auxílio de sua equipe de assessores a cifra de R\$ 91,7 bilhões para o ano de 2012: “Anoto, por oportuno, os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde desde 2011”. As demais linhas são autoexplicativas.

Primeiramente, note-se que a média de crescimento anual (penúltima linha), excluídas a menor (15%) e a maior (67%) taxa de crescimento em relação ao ano anterior, elegendo-se inclusive as mais recentes da amostra temos uma taxa média de crescimento anual de 49,5% ao ano ($58+44+54+42=198/4=49,5\%$).

Assim, as despesas com judicialização que apenas em 2015 somaram em R\$ 1,183 bilhões, caso mantenham um ritmo de crescimento na taxa estimada acima (49,5%) chegaria em 10 (dez) anos, até 2025, à cifra de R\$ 66 bilhões por ano. Se levarmos em conta a PEC que praticamente congelou os gastos públicos este montante é insustentável. Mesmo se a disponibilidade para a Saúde fosse corrigida e tivesse alguns aumentos anuais para alcançar R\$ 200 bilhões em 10 anos, **a fatia da judicialização cresceria de 1,04% para 33% até 2025**, caso se mantenha o ritmo de crescimento. Constitui-se o primeiro método de simulação.

Registre-se ainda que a disponibilidade total de recursos para a Saúde, aumentou (na verdade foi apenas corrigido) na seguinte proporção, nos últimos três intervalos da amostra:

2012 para 2013 aumento (reajuste) de 7,60%

2013 para 2014 aumento (reajuste) de 8,42%

2014 para 2015 aumento (reajuste) de 6,08%

O que representa um reajuste médio de apenas 7,36% ao ano. Incompatível com o crescimento de 49,5% ao ano da judicialização. Trata-se do segundo método de simulação.

Considerando ainda um terceiro método: a análise da evolução da última linha isoladamente, “judicialização em relação ao orçamento total da saúde” (ou o “tamanho da fatia” isoladamente), apresenta-se a seguinte proporção de crescimento:

2012 para 2013 crescimento de 34,14% ($0,55/0,41 = 1,3414$)

2013 para 2014 crescimento de 41,81% ($0,78/0,55 = 1,4181$)

2014 para 2015 crescimento de 33,33% ($1,04/0,78 = 1,3333$)

Representando média de crescimento de 36,42% a.a. ($34,14+41,81+33,33 = 109,28/3 = 36,42$).

Aplicando esta taxa de crescimento anual sobre o valor de 1,04% em 2015 temos 23,21% até 2025. **O tamanho da fatia crescerá de 1,04% em 2015 para 23,21% em 2025.** Revela-se o terceiro método de simulação.

Neste ponto viabiliza-se a assertiva de que a judicialização não se compatibiliza com o planejamento orçamentário. Se o Judiciário não considerar estas estimativas ou considerá-las irrelevantes, reconhecendo apenas que “a dor tem pressa”, chegará o tempo em que essa pressa cobrará do atendimento básico e ambulatorial, das campanhas de vacinação, agravando o problema e colocando em risco a sobrevivência do SUS.

Nesse sentido, a dicção de Sarlet e Figueiredo (2013) faz-se pertinente:

“[...] A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.” (SARLET e FIGUEIREDO, 2013, p. 30)

Ou seja, a judicialização da saúde ao desconsiderar a reserva do possível, entra em conflito com o planejamento orçamentário que parte da Administração. Ressalte-se, contudo, que tal reserva do possível se torna real e demonstrável, por causa de distorções orçamentárias como as renúncias fiscais.

Isto não quer dizer que a equação seja insolúvel. Não quer dizer que um ponto de equilíbrio seja impossível. No próximo capítulo desenham-se possibilidades para mitigação deste problema, da falta ou limitação dos recursos e do excesso de demandas judiciais.

Ocorre que a manutenção (ou até mesmo ampliação) dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, como é o caso da saúde, dependem de uma discussão

primeiramente sóbria e fundamentada, mas também, com ênfase no interesse público e no bem-estar social, a respeito da política pública (sem abrir mão da responsabilidade fiscal).

3.9 Outras notas sobre o conflito orçamentário

É interessante notar que mesmo os defensores da efetivação imediata de garantias constitucionais reconhecem a necessidade da manutenção do equilíbrio financeiro do Estado, além de um planejamento de políticas sociais desprovido de imediatismos e que esta não paralise a jurisdição, já que o Judiciário efetiva direitos, mas não estabelece novas fontes de financiamento, geralmente limitando-se ao “cumpra-se”:

Ao considerar o orçamento como peça vedante de equilíbrio econômico-financeiro, a hipótese da “reserva do possível”, foge da realidade principiológica do Estado social, provocando a paralisação da atividade jurisdicional, em conduta que se apresenta frontalmente inversa ao apresentado no artigo 3º da Constituição Federal. Conclui-se, pois, que a interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória nas hipóteses de violação dos direitos fundamentais sociais. Tal interferência, contudo, não poderá representar a crise econômico-financeira do Estado, mas tão somente a formação vinculada dos elementos programáticos do orçamento, a fim de que os objetivos estatais sejam efetivamente atingidos no tempo. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 111)

Por conseguinte, imagine-se a figura de um bolo para festa que pode ser dividido em dada quantidade de fatias, para um número esperado de convidados. Ao dividi-lo mais e mais, chegará um momento, se as subdivisões continuarem, em que os convidados não mais receberão fatias. Logo chegará o momento em que passarão a receber migalhas e, posteriormente, apenas farelos. E se um dos donos da festa der ordens para que apenas um convidado receba a metade do bolo? Esta metáfora ilustra a reserva do possível enfrentada pelos gestores públicos.

A solução imaginada pelo anfitrião (e, provavelmente, pelo leitor destas páginas) seria aumentar o tamanho do bolo. Vislumbra-se esta possibilidade no próximo e último capítulo, solução que requer refinado planejamento e criteriosa formulação da política pública. Por enquanto, analisa-se a crescente demanda dos administrados e um pacote com tamanho, um

quantum orçamentário definido, limitado e ainda passível de alterações pelo Judiciário (alterações estas, a partir de certo ponto, inesperadas).

Por esse motivo e visando a ampliação das capacidades de gestão do Estado, faz-se necessária a adoção de determinadas rotinas, como por exemplo, “incorporar as práticas de avaliação periódica de eficácia e efetividade das políticas públicas e dos subsídios (benefícios tributários, financeiros e creditícios) ao processo decisório”, (SEPLAN et al., 2018, p.120) mesmo sem que o argumento da reserva do possível tenha obtido a adesão dos tribunais. Frequentemente o Judiciário produz decisões contrárias aos argumentos da Administração, uma vez que

A jurisprudência tem afastado a aplicabilidade do princípio da reserva do possível em hipótese específicas, invocando o “excepcional interesse público”, o “princípio da razoabilidade” e o “princípio da proporcionalidade”, como no caso de concessão de liminar a amparar o direito à saúde. (CANELA JUNIOR, 2011, p.103)

Identificada a posição do STF e do CNJ sobre o tema, em capítulo anterior, e prosseguindo com a posição de importantes juristas, analisa-se a partir daqui a problemática do ponto de vista da Administração, do poder Executivo – não para adoção desta ótica, predominante entre os gestores públicos, mas para compreendê-la, posto que existe uma inegável dificuldade em se equacionar esta situação, tendo em vista os “custos dos direitos”:

De início, sobreleva assinalar que todos os direitos fundamentais têm um custo. Tanto os direitos de primeira geração, associados a ideia de liberdade, quanto os de segunda dimensão – que realçam o princípio da igualdade, e inclusive os de terceira geração, consagradores do princípio da solidariedade, demandam dinheiro para a sua efetivação. No primeiro caso, por exemplo, a liberdade individual depende da manutenção de um aparato policial e jurisdicional para garanti-la. No segundo e no terceiro, de prestações materiais e de instituições que assegurem a sua fruição. (SANTOS e LOPES, 2018, p.38)

A partir do orçamento da União, analisaram-se dados gerenciais do Ministério da Saúde e do DATASUS centralizando no Sistema Único de Saúde. Analisar judicialização desenfreada, fazendo uma correlação entre orçamento do SUS e a formulação da política de saúde no Brasil, em um cenário pós Emenda Constitucional 95/2016, ou seja, em um cenário

de drástica contenção de despesas, constitui-se um grande desafio. De acordo com a pesquisadora Joyce Mendes de Andrade Schramm⁴⁵, da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp/Fiocruz), “são pouquíssimos os estudos sobre os efeitos da relação crise-austeridade na saúde, abaixo da Linha do Equador”.

Em lugar de discutir-se conceitualmente termos da burocracia estatal ou de uso quase exclusivo do mundo jurídico, abordaram-se dados empíricos relacionados às políticas sociais. Toda a sociedade e, mais ainda, as parcelas da população menos abastadas, se valem da atuação estatal na mitigação das marcantes desigualdades sociais, por meio do acesso aos diversos programas e ações que compõem as políticas sociais. Estas guardam estreita relação com uma gestão de recursos racional e eficiente:

A sustentabilidade econômica busca o gerenciamento e alocação mais eficiente possível dos recursos e de um fluxo constante de investimentos públicos e privados. O Governo Federal, por exemplo, estabelece quais as áreas que mais necessitam de recursos públicos e, por meio da arrecadação global (e também de Estados mais ricos e produtivos), direciona os recursos econômicos a Estados mais pobres e com produção mais baixa, na tentativa de se fazer uma justiça social por meio da distribuição de renda entre os entes da federação. (MANIGLIA, 2011, p.40-41)

Vale conferir notícia⁴⁶ veiculada no portal de notícias G1, em 16/09/2018 (e não contestada por qualquer membro do Executivo ou do Legislativo), dando conta de que “Previdência consumirá em 2019 três vezes mais recursos que saúde, educação e segurança juntos, prevê governo. Números estão na proposta de orçamento de 2019”:

As estimativas constam da proposta de orçamento de 2019, documento encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional no fim do mês passado: **Despesas previdenciárias: R\$ 767,8 bilhões (53,4% dos gastos totais, estimados em R\$ 1,438 trilhão)**. Os custos incluem a previdência dos trabalhadores do setor privado, dos servidores públicos e também dos militares,

⁴⁵ Notícia disponível em < <http://www.cee.fiocruz.br/?q=Joyce-Schramm-Sao-pouquissimos-os-estudos-sobre-os-efeitos-da-relacao-crise-austeridade-na-saude-abaixo-da-Linha-do-Ecuador>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

⁴⁶ MARTELLO, Alexandre. **Previdência consumirá em 2019 três vezes mais recursos que saúde, educação e segurança juntos, prevê governo**. Economia, 16/09/2018. Portal G1 – Brasília. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/16/previdencia-consumira-em-2019-tres-vezes-mais-recursos-que-saude-educacao-e-seguranca-juntos-preve-governo.ghtml>>. Acesso em 10 jan. 2019.

Gastos em saúde, educação e segurança pública (incluindo Ministério da Justiça): **R\$ 228 bilhões (15,86% do total)**. Esse valor, calculado pela Consultoria de Orçamento da Câmara dos Deputados, não inclui os servidores inativos.

Previsões para 2019: Saúde (excluindo inativos): **R\$ 118,6 bilhões** (8,25% das despesas totais). Se considerados os aposentados, os gastos em saúde somam R\$ 129,8 bilhões, ou 9% do total, ficando acima do piso constitucional, que é de R\$ 117,293 bilhões, de acordo com o governo.

Fica claro que não é razoável argumentar que a saúde prejudica o orçamento, mas o contrário parece bem viável. Também é possível defender que não é justo deixar sobre o trabalhador e outros poucos setores produtivos a responsabilidade de contribuir, via expressiva carga tributária, com o sustento do país. Faz-se necessária uma revisão de critérios calibrada pela equidade.

Confirmam-se as informações da mídia pelas fontes oficiais. Um documento⁴⁷ denominado “Nota Técnica Conjunta nº 2/2018, Subsídios à Apreciação do Projeto de Lei Orçamentária (PLOA) para 2019, PL nº 27/2018”, elaborado pela Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF (SF), em parceria com a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF (CD), para suporte ao Congresso Nacional na apreciação, debates e tomada de decisões sobre a referida Lei Orçamentária, escancara não apenas a realidade e o tamanho das renúncias fiscais, mas também seu crescimento:

A estimativa de renúncia de receitas tributárias, ou dos gastos tributários, é de R\$ 306,4 bilhões para o exercício de 2019, ou 4,12% do PIB, índice superior à projeção de 3,97% do PIB contida no PLOA para o ano corrente. O montante representa uma elevação nominal de R\$ 23 bilhões. A região Sudeste recebe a maior parcela dos benefícios tributários, com R\$ 150,6 bilhões ou 49,2% do total, em razão da alta concentração econômica nessa região. Nas demais regiões, a distribuição percentual dos benefícios é a seguinte: Sul, 14,7%; Nordeste, 13,7%; Norte, 11,3%; e Centro-Oeste, 11,2%. (CONORF et al., 2018, p.6-7)

Argumentação confirmada pelo Conselho Nacional de Saúde, em seu documento organizador da XVI Conferência Nacional de Saúde, prevista para agosto de 2019:

⁴⁷ Disponível em

<https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2019/ntc_02_18_PLOA%202019.pdf>. Acesso em 10 jan. 2019.

Vale ressaltar que, ao mesmo tempo em que o financiamento da saúde pública é precarizado, as sucessivas renúncias fiscais e subvenções de dinheiro público, inclusive para o setor privado de saúde, têm provocado uma expansão deste setor que subverte a ordem constitucional que preconiza o caráter complementar da iniciativa privada no SUS. As tentativas de vinculação de receitas e/ou de percentuais de gastos mínimos não conseguiram reduzir a instabilidade do processo de financiamento do SUS nas três esferas de governo. Os 30% do Orçamento da Seguridade Social (OSS) da União para o financiamento federal das ações e serviços públicos de saúde definido pela CF de 1988 nunca foi cumprido. (CNS et al., 2019, p.28)

Outra informação da nota técnica que apresenta-se útil quando o assunto é fontes de financiamento público: “a distribuição dos benefícios tributários relativos às receitas administradas pela Receita Federal do Brasil”, cuja estimativa da renúncia de receita tributária somam R\$ 111 bilhões (se somados os impostos de pessoas físicas com o de pessoas jurídicas e retidos na fonte), apenas em impostos sobre a renda (CONORF et al., 2018, p.25). Naturalmente, pode-se inferir que uma parte destas isenções sejam legítimas, porém, o assunto reforma tributária e alíquotas progressivas acenam imediatamente às nossas consciências.

Para que se tenha o que comemorar, ainda que pareçam tardias, os legisladores e seus consultores apontaram possibilidades que poderão surtir efeito somente no médio e longo prazo, ao incluírem importantes propostas:

em face do quadro de deterioração fiscal vivenciado nos últimos anos, caracterizado por déficits recorrentes e elevação do endividamento público, a lei de diretrizes orçamentárias para o exercício de 2019 estabeleceu vedação à concessão ou ampliação de benefícios de natureza tributária, financeira, creditícia ou patrimonial (art. 116, § 1º, da Lei nº 13.707, de 14 de agosto de 2018). A única hipótese excepcionalizada consiste na prorrogação de incentivo ou benefício “por prazo **não superior a cinco anos**, desde que o montante do incentivo ou benefício prorrogado seja reduzido em pelo menos dez por cento ao ano e que o respectivo ato seja acompanhado dos objetivos, metas e indicadores relativos à política pública fomentada, bem como da indicação do órgão responsável pela supervisão, acompanhamento e avaliação. Em complemento, a LDO 2019 também previu que o Presidente da República encaminhará ao Congresso Nacional um plano de revisão dos benefícios tributários, financeiros e creditícios para o período de 2019 a 2022 (art. 21, § 3º). Tal plano deverá estabelecer, em relação aos benefícios tributários, o prazo de vigência e o cronograma de redução de cada benefício, de modo que a renúncia total da receita, **no prazo de dez anos**, não ultrapasse 2% do PIB. (CONORF et al., 2018, p.27, grifo nosso)

Entretanto, as despesas do Ministério da Saúde cresceram de R\$ 230 milhões em 2011 para R\$ 1,1 bilhões em 2015, consequência das decisões judiciais determinando não apenas o fornecimento de remédios, mas, também, de exames para diagnósticos, próteses e cirurgias que os pacientes necessitam. Os governos alegam que o aumento do volume de ações tem causado desequilíbrio nas contas públicas, colocando em risco outras políticas de saúde. De outro lado, os cidadãos-pacientes afirmam que decisões contrárias poderiam inviabilizar o acesso à saúde para pessoas pobres ou com doenças raras⁴⁸.

Ora, se o Estado não promoveu a satisfação espontânea do bem da vida saúde, está-se diante de uma lesão aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Nasce para os titulares do direito a pretensão e, por via de consequência, poderão utilizar-se do direito constitucional de ação para obter a reparação da lesão causada. (CANELA JUNIOR, 2011, p.83)

Prosseguindo na comparação da realidade social na área da saúde com as previsões do ordenamento jurídico para esta área e levando em conta o basilar princípio da separação dos poderes (poderes harmônicos entre si e complementares nos interesses da Federação), em novembro de 2016, a presidente do CNJ e do STF, ministra Cármen Lúcia, enalteceu a democratização da sociedade brasileira. De acordo com ela, seu papel como juíza inclui garantir o direito à saúde:

O cidadão que morria até pelo menos a década de 1980, antes da Constituição, não sabia que ele tinha direito à saúde, que podia reivindicar. Hoje ele vai à luta, porque a democracia voltou ao Brasil. Graças a Deus! Eu sou juíza, não sou ministra da Fazenda. Não desconheço a responsabilidade dele. Eu não sou ministra da Saúde. Eu sou juíza, eu tenho a Constituição, que diz que é garantido o direito à saúde. Eu estudo que a medicina pode oferecer uma alternativa para essa pessoa viver com dignidade. Convenhamos, a dor tem pressa. Eu lido com o humano, eu não lido com o cofre. (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83799-a-dor-tem-prensa-diz-presidente-do-cnj-ao-abrir-oficina-sobre-saude>>. Acesso em 25 fev. 2018)

Ocorre que o poder Executivo, não raramente, se omite ao não concretizar estas prestações constitucionais, em alguns casos por sua inércia e, em outros, por lacunas deixadas

⁴⁸ Notícia disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml>>. Consulta em 25/02/2018

pelo poder Legislativo, a quem compete a promulgação de legislação complementar que regulamente a provisão pelos diferentes entes da Federação e o exercício destes direitos. Por isso mesmo, “o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas”. (CANELA JUNIOR, 2011, p.94)

CAPÍTULO 4 - POSSIBILIDADES PARA MITIGAR O PROBLEMA

Identificado o problema público da falta de recursos capazes de acompanhar a crescente judicialização (demonstrado no capítulo anterior) e a tomada a decisão de se resolver o problema (formação da agenda política, a qual acredita-se que já foi realizada pelo CNS, por pesquisadores da área de saúde, por associação de pacientes e por diversos membros dos três poderes), impõe-se a terceira etapa do ciclo de políticas públicas que é a formulação de alternativas, a definição de quais são as formas de resolver o problema público.

Descrevem-se a partir daqui algumas possibilidades para se mitigar o problema, indicando alternativas para que se a questão se aproxime de um ponto de equilíbrio mais adequado à sobrevivência do SUS.

4.1 Limites ao poder Judiciário

Existe uma tendência doutrinária que alerta para os perigos dos chamados “efeitos sistêmicos”, recomendando uma postura de cuidado e autocontenção por parte dos juízes frente ao entendimento de seus limites técnicos, conforme aduz Barroso (2007) ao reconhecer que nem sempre o juiz está apto a tomar decisões individuais pois não recebeu o treinamento em determinadas áreas do conhecimento, notadamente em políticas públicas:

Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. (BARROSO, 2007, p. 30)

Não estaria apto, por exemplo, o juiz a decidir sobre como e onde deve ser construída uma ponte, já que provavelmente não possui conhecimentos sobre engenharia e resistência de materiais, solo apropriado. Situação análoga poderia ser aplicada eventualmente, em alguns casos que não prescindam de conhecimento médico para uma decisão segura.

Tal visão preservadora das capacidades institucionais, fica bastante atenuada em matéria de saúde, com a presença dos NAT-Jus, afastando parcialmente o convencimento de que o Judiciário não tem a capacitação técnica para opinar na área da saúde. Por outro lado, a partir do momento que os juízes passam a contar com o assessoramento técnico, eles precisam se tornar menos ativistas. Contanto que tenham especialistas fornecendo pareceres, precisam ser menos voluntaristas, decidindo com base em outros fatores e não apenas nos argumentos da parte autora da ação.

Tais Núcleos de Assessoramento abrem espaço para o contraditório, apontando tratamentos previstos nas políticas do SUS e afastando, em determinadas situações, o receio que tem o magistrado (enquanto ser humano) de que o paciente vai perecer se não receber exatamente aquela terapia. O Judiciário passa a ter mais capacidade institucional e, por isso, esta política pode ajudar na redução da outorga desenfreada de liminares que sobrecarregam o orçamento.

Permanece meritória e louvável a posição do Poder Judiciário como garantidor de direitos na área de saúde, mas ao desconsiderar a decisão alocativa, sem levar em conta a reserva do possível (já demonstrada no capítulo anterior), impõe à Administração uma equação difícil de resolver.

Mas a atuação do Poder Judiciário, ao proferir suas decisões não vem levando em consideração as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo para a efetivação do direito à saúde, mas apenas observa, exclusivamente, tal direito como integral e universal. Demonstrando uma relativa despreocupação das instâncias condutoras e julgadoras com as questões relativas ao uso racional de medicamentos. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas. (BRAZ e MONTENEGRO, 2010, p.54)

4.2 Uso mais criterioso e transparente das DRUs e renúncias fiscais

Estima-se que a disponibilidade financeira do Estado, pode ser adaptada e redimensionada para o atendimento às necessidades da saúde pública e, também, que parte do problema já seria resolvido se as receitas vinculadas não fossem desviadas através de mecanismos como as Desvinculações das Receitas da União (DRU).

Criada “provisoriamente” com a motivação declarada de estabilizar o Plano Real e sua nova moeda, libera a generosa porção de vinte por cento dos tributos, mesmo os vinculados, para uso discricionário, afetando setores importantes como a saúde em nome do pagamento de uma dívida que nunca reduz.

Barroso (2007) sustenta que o controle jurisdicional, com vistas à alocação de recursos orçamentários vinculados às suas finalidades, seja relativamente simples:

Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a **vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social**. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples. (BARROSO, 2007, p.33, grifo nosso)

Em comentário doutrinário sobre o mesmo tema, Batista Júnior e Marinho (2018) parecem não expressar a mesma tranquilidade, chamando a atenção para o fato de ter o governo federal criado “um sistema de arrecadação paralelo ao desvincular parcela das suas receitas”, com dois agravantes: os valores arrecadados não são divididos com os estados e o que era temporário se tornou permanente :

A DRU sempre foi alvo de polêmicas porque altera uma premissa básica da instituição de contribuições: a vinculação do produto de sua arrecadação. Se a princípio se acreditava que a “desvinculação de receitas” seria temporária, hoje, após 14 anos de vigência, não restam dúvidas quanto ao seu caráter permanente. Na medida que elide a repartição de receitas e ofende de forma oblíqua o princípio federativo, a desvinculação das contribuições sociais – que nasceu para ser transitória – fraudula a Constituição. Desse modo, para que não seja elidido o art. 157, II, da CRFB, em respeito ao princípio federativo e ao STN, ao menos 20% da parcela desvinculada da arrecadação das contribuições sociais devem ser partilhados com os Estados e com o Distrito Federal.

Apenas assim se pode afastar a fraude à Constituição. **Entendimento diverso significa pactuar com um arranjo ofensivo ao princípio federativo, que tem contribuído para o desequilíbrio da Federação.** (BATISTA JÚNIOR e MARINHO, 2018, p.47, grifo nosso)

No mesmo sentido, outro grupo de recursos que poderiam ser destinadas à saúde, à educação e outras políticas, acabam deixando de ser arrecadas por meio de um mecanismo evitado de pouca transparência para o cidadão médio e, à primeira vista, contrário ao interesse público: as renúncias fiscais. Uma questão geralmente não fica clara para os cidadãos em geral: quem deixou de pagar, o que deixou de pagar, quanto e porquê?

Conforme denunciou o Senador Esperidião Amin (PP), na sessão especial (informação verbal)⁴⁹ para eleição do presidente do Senado e do Congresso Nacional, realizada em Brasília no início de 2019, afirmando que “um terço dos municípios e a metade dos estados brasileiros” estão em calamidade financeira, e que a “Casa da Federação”, deveria querer saber o que está acontecendo. Prosseguiu questionando “vamos avaliar ou não vamos avaliar qual é custo/benefício dos R\$ 330 bilhões em renúncias fiscais, que não se sabe a quem beneficia; a quem e por que? R\$ 330 bilhões só no orçamento federal deste ano”. E completou a importante informação: “se somar o Estado do Rio de Janeiro, dá mais R\$ 100 bilhões”.

Impressionante é que estas frases foram ditas por um Senador da República, com a experiência de outros mandatos, inclusive de Deputado Federal. Se um homem público como ele, com mestrado e doutorado, estranha e desconhece parte significativa das motivações e interesses em questão, é possível deduzir o nível de desconhecimento da população! Pratica-se a falta de transparência, mas fala-se em participação popular.

A citada cifra de R\$ 330 bilhões representa mais de vinte por cento do Orçamento da União. Por esse motivo, o mecanismo das renúncias fiscais se revela nesta dissertação, em conjunto com um orçamento mal planejado e com uma formulação da política pública insatisfatória, o tripé causador de tantos problemas na saúde pública, indutores da judicialização.

⁴⁹ Discurso proferido como candidato à presidência do Senado Federal e do Congresso Nacional em 19 fev. 2019.

Outro exemplo de política pública que parece estar em um ótimo momento para chegar ao fim do ciclo (a etapa de extinção) ou, ao menos, ser reavaliada, é a que concede incentivos e isenções fiscais. Poderiam, eventualmente, ser oferecidos por prazo fixo (entre seis meses e um ano, por exemplo). Caso concretize os objetivos de gerar empregos e aquecer a economia, não há motivos para se continuar dando isenção fiscal infinita qualquer setor empresarial (já que visa o lucro e assume riscos).

Se determinada política estiver provocando importantes “efeitos colaterais” ou não está trazendo um benefício coletivo satisfatório, pode ser o momento de encerrar tal política pública. O economista e pesquisador Carlos Octávio Ocké-Reis, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁵⁰ (Ipea), em entrevista⁵¹ de 2016 à Revista Radis (Fiocruz), ao fazer uma análise retrospectiva dos anos 2003 a 2013, avaliou que a desoneração da folha de pagamentos teve sua importância na manutenção do emprego, mas que esses incentivos devem ser dados sobre tributos que não incidam nas políticas sociais.

Um estudo da Receita Federal/Ipea⁵² estima que em 2014 o governo abriu mão de recolher R\$ 136,5 bilhões somente com as contribuições sociais. Somado aos impostos, este valor chega a cerca de 250 bilhões perdidos com desonerações e renúncias. Diante de números como estes, os gastos com a judicialização parecem até pequenos. Mas cabe a lembrança de que eles estão evoluindo muito rapidamente.

⁵⁰ Entrevista de 31 maio 2016. Ipea revela o gasto tributário em saúde. Carlos Ocké. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27859&catid=28&Itemid=6>. Acesso em 28 fev. 2019.

⁵¹ Disponível em <<http://plataformapoliticassocia.com.br/o-que-esta-por-tras-de-renuncia-e-desoneracao-fiscal/>>. Acesso em 28 fev. 2019. O que está por trás de renúncia e desoneração fiscal, publicada originalmente na revista Radis (Fiocruz), com pesquisadoras Fiocruz que analisam o SUS. Desativada <<https://radis.ensp.fiocruz.br/revista-radis/150/reportagens/o-que-esta-por-tras-de-renuncia-e-desoneracao-fiscal>>.

⁵² O Ipea lançou em 2016 a Nota Técnica “Radiografia do Gasto Tributário em Saúde 2003-2013”. Elaborada em parceria com a Receita Federal do Brasil (RFB), a pesquisa faz uma radiografia do gasto tributário em saúde, apresentando a distribuição do gasto, a metodologia de cálculo e a estimativa da renúncia de arrecadação fiscal neste intervalo de tempo. Para tanto, foram utilizados dados agregados dos contribuintes – seja do lado das famílias e dos empregadores, seja do lado da indústria farmacêutica e dos hospitais filantrópicos.

4.3 Reversão do processo de subfinanciamento do SUS

O diretor do Departamento de Economia da Saúde do Ministério da Saúde, Carlos Ocké, também confirmou o quadro de subfinanciamento crônico do SUS, ao revelar dados sobre o estudo conjunto entre Receita Federal/Ipea, do qual participou. O montante do gasto tributário em saúde no Brasil de 2003 a 2013 (aquilo que o Estado deixa de arrecadar isentando pessoas físicas, empresas, indústria farmacêutica e hospitais filantrópicos) foi de aproximadamente R\$ 230 bilhões. Em 2013 isentou R\$ 25 bilhões equivalente a 30% de todo o gasto público federal em Saúde naquele ano.

O Conselho Nacional de Saúde já identificou de longa data esta situação e preparou admoestações para o MS e outros decisores em políticas de saúde, dentre as quais:

A não aplicação integral do orçamento da Seguridade Social no financiamento da saúde, previdência e assistência social, que se reflete na não priorização da saúde como um direito constitucional e universal, ao lado de momentos de crises fiscal e financeira do Estado brasileiro são fatores determinantes de insuficiência histórica do financiamento do SUS. (CNS et al., 2019, p.1)

Se parece temerária a decisão do poder Executivo, também o Judiciário parece não se preocupar, em algumas situações, com a origem das receitas que financiarão os direitos que assegura. Ao deferir em ritmo industrial, como fazia até recentemente, acabava contribuindo na formação de uma demanda descoberta.

Como se sabe, o planejamento da política de saúde e a questão orçamentária andam juntos. Portanto, a nenhum dos três poderes cabe atuar como um formulador de política pública que não se responsabiliza, criando demanda sem apontar a fonte de receita.

Tal descompasso não pode continuar sem que o Congresso Nacional, quem sabe em uma atuação harmônica com o STF, tendo em vista os objetivos da República, proceda à análise das consequências a que estão expostos os cidadãos-clientes, para uma revisão das escolhas políticas. Espera-se não ser necessária a criação de uma nova contribuição provisória, nos moldes da CPMF.

Funcia (2017) esboça uma sugestão para compensar a gradativa carência de recursos:

Se a renúncia de Receita Federal, estimada em R\$ 310,748 bilhões para 2017 fosse auditada e revisada, e resultasse numa redução de 30%, haveria aproximadamente R\$ 155 bilhões adicionais de receita ao Tesouro Nacional, sendo que metade desse valor poderia ser alocado anualmente para o SUS [...] as estimativas de recursos adicionais para o SUS apresentadas anteriormente variam entre R\$ 30 bilhões e R\$ 100 bilhões por ano, o que aumentaria o gasto consolidado em saúde das três esferas de governo para cifras entre R\$ 280 bilhões e R\$ 350 bilhões (ou entre 4,5% e 5,6% do PIB), mas ainda inferiores ao parâmetro mínimo internacional de 7% do PIB encontrado para os sistemas de acesso universal (como o SUS). (FUNCIA, 2017, p. 9)

Imagina-se uma solução como determinar um percentual um pouco maior das reservas de contingência (arts. 4, §3º e 5º, III, da LRF), já que é desvinculada e poderia ser usada para os gastos inesperados com judicialização. Neste arranjo, somente casos específicos seriam atendidos para além daquele percentual fixado no dispositivo. O diálogo com o Executivo e, quem sabe, uma inovadora participação do Judiciário e do CNS (ainda que de maneira consultiva, no primeiro momento), poderia trazer legitimidade à proposta.

Ou, ainda, para que se dê um passo de cada vez:

Quando da elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), não há conhecimento acerca das ações judiciais em tramitação ou que tramitarão em matéria de saúde pública, de modo a se inviabilizar um exato dimensionamento do montante a ser gasto pelo ente a este título. Uma alternativa que se mostra possível e a utilização de reserva de contingência (art. 5º, III, da LRF), que não se submete aos rigores do princípio da especificação, e poderia ser utilizada livremente para o pagamento de gastos imprevistos em virtude da judicialização em comento. (SANTOS e LOPES, 2018, p.39)

Estes dois fatores (DRUs e renúncias fiscais) somadas ao percentual do Produto Interno Bruto (PIB) investido em saúde pública, que no Brasil é considerado baixo se comparado com outros países que possuem sistema universal de saúde pública, são pontos críticos causadores do subfinanciamento, terceiro fator que, se tratado, pode ajudar na mitigação dos efeitos nefastos da judicialização excessiva.

Também reconheceram o subfinanciamento Fiocruz et al. (2013), ao constatarem que

o problema do Brasil é que o gasto público é muito baixo para o país ter, efetivamente, um sistema de cobertura universal e atendimento integral. Esse gasto foi estimado em 3,8% do PIB em 2009 (IBGE, 2012). Em 2007, o gasto

público com saúde foi responsável por 42% dos recursos aplicados em saúde, enquanto nos países da OCDE, a participação do gasto público no financiamento do sistema representa, em média, 70% da despesa total. O **subfinanciamento da saúde pública**, por um lado, e o excesso de incentivos governamentais para o mercado privado de saúde, por outro, contribuem para que a participação do gasto público no gasto total com saúde seja menor que o gasto privado, **transformando o Brasil no único país com sistema universal de saúde onde o gasto privado supera o público**. (Fiocruz et al., 2013, p.21, grifo nosso)

Mais uma vez emerge a necessidade do diálogo institucional e da participação popular, na busca de uma solução que amplie o percentual do PIB investido em saúde pública. E não serão os grupos que oferecem assistência médica privada, e nem os clientes destes (mais de 20% da população) os indutores de reivindicações ou mobilização nesse sentido.

4.4 Formulação da política com mais economicidade

Nas lições de Secchi (2016) racionalidade é a adequação dos meios aos fins, que precisam estar presentes nas políticas públicas. O gestor público precisa atuar evitando decisões irracionais, impulsiva, por urgência ou mesmo por interesses obscuros. Faz-se necessário sopesar custos de manutenção, compras barateadas por quantidade (como nas licitações). A Administração precisa tomar decisões mais bem pautadas na economicidade.

Enquanto cerca de mil toneladas de medicamentos, próteses e material de uso cirúrgico foram jogados no lixo por estarem com prazo de validade vencido⁵³, apenas no Estado do Rio de Janeiro, entre 2009 e 2016, pacientes morrem nas filas dos hospitais peregrinando em busca de medicamentos e procedimentos que poderiam ser fornecidos se tamanho desperdício fosse evitado com um gerenciamento de recursos mais responsável.

No caso em tela, pode ter ocorrido uma falha na formulação da política, provavelmente um problema de distribuição para a rede. Outros poderiam conjecturar que está se comprando um estoque maior que o necessário, para favorecer algum laboratório. A tomada de decisão precisa ser mais útil para a sociedade como um todo, analisando os custos e benefícios. Precisa

⁵³ Reportagem disponível em < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/02/inspecao-acha-mais-300-toneladas-de-remedio-vencido-em-deposito-no-rj.html>>. Consulta em 20/02/2018.

levar em conta o benefício social de cada decisão, pesquisando inclusive custos adicionais, custos acessórios (SECCHI, 2016).

Se compras na área de saúde ocorrem de modo emergencial e recorrente, qual é o óbice para se planejar uma licitação? Tem o gestor o dever de fomentar a racionalidade na administração pública. Cumpre-se esclarecer aqui que a Lei nº 8.666/93, ao regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição e estabelecer normas para licitações e contratos com a Administração, também configura um tipo de política pública, coroando a economicidade. Quando o Judiciário manda adquirir a preço de mercado a economicidade não se concretiza.

Se o que está faltando é preparo técnico, existe um leque de Escolas de Governo para capacitar o servidor público, convênios entre os órgãos para intercâmbio de experiências e de treinamentos, inclusive sob a coordenação da Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Note-se que isto também é um tipo de política pública, de capacitação dos agentes públicos, em atendimento ao art. 39, §2º da Constituição.

Provavelmente, não seria suficiente a previsão de mais recursos no orçamento, se os atores envolvidos, burocratas e executores das políticas não desenvolverem competências de gestão. A execução é uma fase de protagonismo direto no ciclo de políticas públicas e precisa de recursos humanos (em quantidade e em qualidade) capazes de realizar uma boa condução da política por todas as fases do ciclo. Assim, descortina-se a necessidade de profissionalismo:

A atividade prestacional do Estado referente aos direitos sociais não pode ser executada sem profissionalismo. Aliás, o usuário do serviço público tem o direito de receber a prestação do Estado, de forma integral, que satisfaça, plenamente, suas necessidades. É assim que o Estado cumpre seus fins e se realiza frente ao cidadão. Além de recursos financeiros e diálogo entre os operadores do sistema de atendimento, os operadores técnicos devem estar capacitados profissionalmente. (LIBERATI, 2013, p.121)

Estes fatores geralmente não são levados em conta pelo Judiciário quando profere as decisões. São as angústias com as quais se depara a Administração e que a judicialização, por si só, parece não ser capaz de resolver.

De acordo com Domingues e Motta (2017, p.182), o exame de um problema social requer, uma visão holística, panorâmica ou, ao menos, consciente de que “o estudo de políticas públicas abrange o estudo de todas as etapas para a concretização, através de ações públicas

organizadas, dos direitos fundamentais. Essas etapas são conhecidas como ciclos ou processos das políticas públicas”.

O planejamento no setor público é determinante para elaboração de políticas públicas (CF/88 art. 174), além de ser indicativo para o setor privado. Justamente nesta função de planejar, são necessários quadros técnicos capazes de coordenar esforços para o cumprimento das diretrizes selecionadas, rumo ao equacionamento orçamentário da saúde pública no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é o único país do mundo em que mais de 150 milhões de habitantes dependem de um sistema de saúde público e gratuito. A universalidade é um dos princípios fundamentais do SUS, assegurando a todos os cidadãos o acesso às ações e serviços de saúde.

As emendas constitucionais 86/2015 e 95/2016 afetaram negativamente o planejamento e a execução orçamentária do Ministério da Saúde, agravando o processo de subfinanciamento do SUS: a primeira estabeleceu a execução orçamentária obrigatória das emendas parlamentares individuais em 0,6% da Receita Corrente Líquida e a segunda retirou recursos de dotações orçamentárias destinadas às despesas sociais até 2036, via limitador anual de despesas baseado apenas na variação anual da inflação, o que acarretará redução dessas despesas em termos per capita frente ao estimado crescimento populacional. (FUNCIA, 2017)

Além destas subtrações orçamentárias, as desvinculações de receitas destinadas ao setor sanitário e as vultosas renúncias fiscais fazem com que a disponibilidade financeira do Estado para a concretização dos direitos sociais seja cada vez menor. Neste contexto, a judicialização da saúde como vem se apresentando (crescente e gradativa) não se compatibiliza com o planejamento orçamentário. Caso o Judiciário não leve em conta tais estimativas o SUS poderá entrar em um colapso proibitivo até mesmo da atenção básica.

Se de um lado pudemos demonstrar com dados oficiais que a reserva do possível não é apenas um pretexto da Administração (a judicialização consumiu R\$1,1 bilhão em 2015), de outro lado as renúncias fiscais deixaram de arrecadar R\$250 bilhões em 2014 com desonerações e renúncias. Logicamente, parte destas renúncias deve ser legítima, mas outra fatia destas cifras (não se sabe ao certo o tamanho) não são compreendidas, nem mesmo para quem tem anos de experiência legislativa. Nem tudo que está revestido de legalidade está coroado de moralidade.

De outro quadrante, faz-se necessária a reflexão sobre a universalidade do SUS. Tal princípio autoriza, sem abandonar o respaldo do interesse público, que seja concedido “tudo a todos”, mesmo à revelia de políticas existentes com custos menores para a coletividade? Mesmo para os cidadãos que podem pagar médicos e advogados para pleitear o que outros não conseguiram com a assistência da Defensoria Pública? Se os recursos do Estado fossem autorizativos, não haveria problema algum.

Como a realidade do orçamento público é outra, os formuladores de políticas públicas, que já identificaram o problema, precisam transformá-lo em prioridade em suas agendas e passarem ao debate da provisão de mais recursos ou, alternativamente, da definição do tamanho que a universalidade do SUS precisa ter. Essa universalidade deve ser infinita? Do “tamanho” do Universo?

Pela sobrevivência do SUS é preciso que fique claro que a disponibilidade orçamentária do estado brasileiro **não é compatível** com a demanda judicial crescente por medicamentos raros que impõe patentes sem se preocupar com a dignidade da pessoa humana. Para que o orçamento público deixe de ser chamado por alguns de “peça de ficção”. Para que nunca mais um político diga que “a Constituição Cidadã não cabe no orçamento da União”.

No ciclo de políticas públicas, depois da formação da agenda, vem a fase de tomada de decisão. Nela executivo, judiciário, organizações não-governamentais, cidadãos, conselhos de saúde, associações e outros atores sociais decidem como enfrentar um problema público, seja por meio dos ministérios, por meio de sanção judicial ou decreto legislativo. (SECCHI, 2016)

O que importa para o cidadão é que sejam colocadas em prática soluções (quem sabe algumas daquelas que foram aqui apresentadas). O Brasil precisa de quadros técnicos bem qualificados, com foco na gestão e na economicidade. Pessoas preparadas com o objetivo de garantir a sobrevivência e o aprimoramento do SUS. Capazes de identificar se o problema é apenas a falta de dinheiro ou é um desencontro, uma desarmonia entre os três poderes.

Os cidadãos não precisam aguardar as próximas eleições para apresentarem suas reivindicações às esferas estatais, notadamente ao Legislativo. O Estado deve ser responsável pela organização da vontade coletiva. Também para isso os governantes e representantes foram eleitos, para elaborarem e implementarem políticas públicas que se traduzam em qualidade de vida e respeito aos direitos estabelecidos na Constituição. Isso é cidadania.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesus. **A Efetividade dos Direitos Humanos: O desafio contemporâneo.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.º. 4, jul./dez. 2004. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2004.

ARGOLO JUNIOR, Cecilio; DINIZ, Liliane Amaral Janguê Bezerra; BARROS, Raquel Porto. **O direito à saúde de mulheres soropositivas como via de efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.** Revista Jurídica Unigran. Dourados, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Disponível em <https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/38/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em 15/01/2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de direito do Estado 3:32, 2006

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 248-253.

BARDANACHVILI, Eliane. Joyce Schramm: **‘São pouquíssimos os estudos sobre os efeitos da relação crise-austeridade na saúde, abaixo da Linha do Equador’.** Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. Entrevista. Conjuntura política, 26 abril 2018. Disponível em <<http://www.cee.fiocruz.br/?q=Joyce-Schramm-Sao-pouquissimos-os-estudos-sobre-os-efeitos-da-relacao-crise-austeridade-na-saude-abaixo-da-Linha-do-Ecuador>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** UERJ, 2007. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Consulta em 14 dez. 2017.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista (SYN)THESIS, UERJ [on-line]. Capa, vol. 5, n. 1, p.23-32 (2012). Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 17 fev. 2019.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. **A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27.pdf>. Acesso em 27 fev. 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Teoria do Estado e teoria da constituição na periferia do capitalismo**: breves indagações críticas. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Consultoria Jurídica da Advocacia Geral da União junto ao Ministério da Saúde – CONJUR/MS. **Judicialização da saúde no Brasil**: desafios para a mediação. Brasília, 2017. Disponível em <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20BRASIL%20Desafios%20para%20a%20mediacao.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

_____. Congresso Nacional. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF (SF); Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF (CD). **Nota técnica conjunta nº 27/2018 subsídios à apreciação do projeto de lei orçamentária (PLOA) para 2019** PL nº 27/2018 – CN. Brasília, 2018, 90p.

_____. **Emenda Constitucional nº 29**, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

_____. **Ementário de classificação das receitas orçamentárias** (2008) – Brasília. Secretaria de Orçamento Federal – SOF.

_____. FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **A saúde no Brasil em 2030** - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: estrutura do financiamento e do gasto setorial [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 4. 168 p. ISBN 978-85-8110-018-0. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/z9374/pdf/noronha-9788581100180.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2019.

_____. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estudo do Ipea revela o gasto tributário em saúde**. Carlos Ocké. Entrevista de 31 maio 2016. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27859&catid=28&Itemid=6>. Acesso em 28 fev. 2019.

_____. **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 dá outras providências.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Documento orientar de apoio aos debates da XVI Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, 2019.

_____. Ministério da Saúde. Coordenação-Geral de Documentação e Informação. Coordenação de Gestão Editorial. **Procedimentos para normalização de publicações do Ministério da Saúde**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2013.

_____. Ministério da Saúde. **Manual de planejamento no SUS** / Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz. – 1. ed., rev. – Brasília: Ministério da Saúde, 2016. 138 p.: il. – (Série Articulação Interfederativa; v. 4).

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017**. Ministério da Saúde, Brasília: 2017. 210 p.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Assuntos Econômicos. **Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social**. Brasília, 2018.

BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. **Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial**. In: Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde: coletânea de artigos. Coordenação de Jefferson Carús Guedes [e] Juliana Sahione Mayrink Neiva (p.39-55). Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010. 176 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Contribuição para a redução da judicialização da saúde**. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas (orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Políticas Públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. In: O conceito de política pública em direito. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; DUARTE, Clarice Seixas (organizadoras). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017.

CANELA JUNIOR, O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição.** Inédito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

_____. **Controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes (org.). **Direitos e políticas públicas:** estudos e pesquisas. Rio de Janeiro: Autografia, 2017.

FALAVINHA, Diego; DANTAS JÚNIOR, Genival; MARCHETTO, Patrícia. **Das políticas públicas como instrumento de efetivação do direito fundamental à alimentação e da atuação do poder judiciário neste contexto.** In: MANIGLIA, Elisabete (org.). Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais. São Paulo: Cultura Acadêmica. Editora UNESP, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANÇA, Phillip Gil. **Objetivos Fundamentais da República, escolhas públicas e políticas públicas:** caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0>>. Acesso em 16 jan. 2019.

FUNCIA, Francisco R. **Subfinanciamento e orçamento federal do SUS:** referências preliminares para a alocação adicional de recursos. In: Seminário saúde sem dívida e sem mercado. KRAUSS, Letícia (org.). Centro de estudos estratégicos. Ensp/Fiocruz. Rio de Janeiro, 28 jun. 2017. Disponível em <<http://www.cee.fiocruz.br/?q=node/613>>. Acesso em 09 dez. 2018.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Dalila F. et al. **Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?** Saúde em debate, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 139-156, Mar. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042014000100139&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 jan. 2019.

GOMES, F B C. **Relatório de avaliação de política pública - metas do plano plurianual federal 2012-2015 para o aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde: como melhorar o desempenho?** Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF. Senado Federal. Brasília, 2018. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/orcamento-em-discussao/relatorio-de-avaliacao-de-politica-publica-metas-do-plano-plurianual-federal-2012-2015-para-o-aperfeicoamento-do-sistema-unico-de-saude-como-melhorar-o-desempenho>>. Acesso em 24 fev. 2019.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo poder judiciário**. In: SALIBA, Aziz Tuffi; JÚNIOR GOMES, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra. (Orgs.) Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. P. 1-20.

HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. C. **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

_____; PIMENTA de FARIA, C.A. (Org.). **Federalismo e políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOBATO, Flávia; LEITE, Valentina. **Entrevista com a pesquisadora Islândia Carvalho – Campus Virtual Fiocruz**. Notícia publicada em 26 jul. 2018. Disponível em <<https://campusvirtual.fiocruz.br/portal/?q=content/34296>>. Acesso em 13 fev. 2019.

MANIGLIA, Elisabete (org.). **Direito, políticas públicas e sustentabilidade: temas atuais**. São Paulo: Cultura Acadêmica. Editora UNESP, 2011.

MATHIAS, Maíra. **Antes do SUS: Como se (des)organizava a saúde no Brasil sob a ditadura.** Saúde e sustentabilidade. Centro de estudos estratégicos. Ensp/Fiocruz [on-line]. Publicado em 10 abr. 2018. Disponível em <<http://www.cee.fiocruz.br/?q=antes-do-sus>>. Acesso em 10 nov. 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Eduardo Cesar Leão; PIMENTA, C. A. **A política pública como campo multidisciplinar.** 1. ed. São Paulo: Unesp, 2013.

MARTELLO, Alexandre. **Previdência consumirá em 2019 três vezes mais recursos que saúde, educação e segurança juntos, prevê governo.** Economia, 16/09/2018. Portal G1 – Brasília. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/16/previdencia-consumira-em-2019-tres-vezes-mais-recursos-que-saude-educacao-e-seguranca-juntos-preve-governo.ghtml>>. Acesso em 10 jan. 2019.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Audiência expõe complexidade em debate plural sobre judicialização da saúde.** Agência CNJ de notícias [on-line]. Publicado em 12 dez. 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85913-audiencia-expoe-complexidade-em-debate-plural-sobre-judicializacao-da-saude>>. Acesso em 10 out. 2018.

MORAIS, José L. B. e BRUM, Guilherme V. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 19 jan. 2019.

RIBAS, Giovanna Paola Primor e SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal.** Revista de Direito PUC, n.44 p. 36 a 50 jan./jun. 2014. Disponível em <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>>. Consulta em 10 fev. 2018.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Dissertação de Mestrado defendida na USP, orientador Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 21-24.

RODRIGUES, Edmilson. **DRU: mais um ataque à seguridade social**. Carta Capital. Economia. Publicada em 07/06/2016. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/economia/dru-mais-um-ataque-a-seguridade-social>>. Acesso em 09 fev. 2018.

RODRIGUES, Júlia Alves Marinho. **Orçamento impositivo: diferenças de perspectiva entre os Poderes Legislativo e Executivo**. In: Planejamento e orçamento público no Brasil. Márcio Gimene e Leandro Freitas Couto (Orgs.). Brasília: Enap, 2017. 244 p. Realização: Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Planejamento e Orçamento (Assecor). Disponível em <www.assecor.org.br/teste/index.php/download_file/view/3501/5758/>. Acesso em 19 fev.2019.

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

SALIBA, Aziz Tuffi; JÚNIOR GOMES, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (organizadoras). Coletânea direito à saúde: **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília (DF): CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde). 2018 – 1ª Edição. 319p.

SÃO PAULO, Secretaria de Estado da Saúde; Coordenadoria de Planejamento de Saúde – CPS; Coordenadoria de Regiões de Saúde – CRS. **Instrumentos de planejamento de saúde**. São Paulo, julho de 2017. Disponível em <http://www.saude.sp.gov.br/recursos/ses/perfil/gestor/documentos-de-planejamento-em-saude/instrumentos_de_planejamento.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

_____. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendações de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Consulta em 09 fev. 2018.

SUSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Book, 2005, Edição Kindle.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 42, julho-setembro 1990.

VIANELLO, Luciana Peixoto. **Métodos e Técnicas de Pesquisa**. Disponível em <<http://disciplinas.nucleoad.com.br>>. Consulta em 09 fev. 2018.

VIGNOLI, Francisco Humberto; FUNCIA, Francisco Rózsa. **Planejamento e orçamento público**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.