

OS REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DAS CONTINGÊNCIAS DE LIMITAÇÃO ECONÔMICA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Vivianne Rigoldi¹

Vitor Machado Barros²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo do direito à saúde na perspectiva prestacional, concentrando o problema na obstaculização de ordem financeira e orçamentária, o que aumenta significativamente o número de demandas judiciais. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, infere-se que a judicialização da saúde compromete o adequado desenvolvimento das diferentes etapas das políticas públicas subordinadas à finita disponibilização de recursos financeiros, do que decorre a imprescindível visão coletiva de sua implementação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização. Orçamento público.

ABSTRACT: This article aims to study the right to health from a performance perspective, focusing the problem on the obstacle of financial and budgetary order, which significantly increases the number of lawsuits. Through bibliographic and jurisprudential research, it is inferred that the judicialization of health compromises the proper development of the different stages of public policies subordinated to the finite availability of financial resources, resulting in the indispensable collective vision of its implementation.

KEYWORDS: Right to health. Judicialization. Public budget.

INTRODUÇÃO

Embora o Direito à Saúde no Brasil tenha sido negligenciado no contexto histórico das Constituições que precederam a 1988, foi nesta Carta Cidadã que a Saúde tomou o escopo de direito fundamental do cidadão no contexto pátrio.

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru-SP. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM-SP. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - UNESP/Marília-SP. Professora do Curso de Direito do UNIVEM.

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Bacharel em Comunicação Social.

Destarte, 30 anos após a promulgação do Texto Constitucional, não apenas a Saúde, como outras áreas asseguradas nos art. 5º, 6º e 7º ainda estão se moldando e cada vez mais tomando forma, principalmente em virtude da omissão legislativa e da morosidade do sistema político nacional.

Neste sentido, é importante destacar o descompasso entre as promessas constitucionais de direitos sociais face às reais possibilidades de efetivação por parte do poder público. Tal descompasso existe devido à escassez de recursos dos governos em todas as suas esferas, mesmo diante do notório fato de o Brasil possuir uma das mais pesadas cargas tributárias no mundo.

A realidade do sistema de garantias constitucionais sociais é que o Estado é o único promotor do bem-estar social, sendo urgente a necessidade de implementação de novos mecanismos que garantam tanto o interesse público quanto a realização de tais direitos, de modo a não atribuir ao art. 6º da Constituição da República mera função retórica.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, vale lembrar, exigiam uma prestação negativa do Estado de modo a não interferir na esfera particular das liberdades individuais. A segunda dimensão, por sua vez, espera do Poder Público o oposto, devendo o Estado garantir a efetivação equânime de direitos sociais, como saúde, educação, moradia, trabalho, dentre outros.

Deste ponto, será possível deitar reflexões, partindo de um estudo bibliográfico e jurisprudencial, a respeito da efetividade e congruência na tutela jurisdicional da saúde em face dos preceitos constitucionais, indagando-se a extensão dos impactos causados pela judicialização da saúde no planejamento orçamentário, considerando-se a capacidade financeira finita que compromete a prestação estatal do direito a saúde, seja na seara preventiva, seja ainda na campina assistencial.

1 A SAÚDE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O preâmbulo do ato de instituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”³. Sendo assim, a definição de saúde agrega a integridade física, psíquica e

³ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. **Indicadores de Saúde:** Elementos Conceituais e Práticos. Disponível em: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-

social. Este conceito está efetivamente ligado ao disposto constitucional, pois está intrinsecamente vinculado ao Princípio da Dignidade Humanaⁱ, sendo, então, acerto doutrinário, como também o é na literatura sobre Saúde.

O direito à saúde, previsto na CF/88, está relacionado intimamente com a fundamentalidade material e formal, conforme lecionam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueredo. Em sentido material, relaciona-se diretamente com o direito à vida, “encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida - e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade”⁴. Já o fundamentalismo formal está ligado ao direito constitucional positivo, desdobrando em três elementos:

[...] como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais ("cláusulas pétreas") da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o § 1.º do art. 5.º da CF/1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares - comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2.º do mesmo art. 5.º da CF/1988.⁵

Partindo do entendimento de Nogueira⁶, o direito à saúde preceituado no art. 6º da CF é tão somente um direito social. Sua tutela deve estar condicionada à reserva do possível, em que a capacidade orçamentária e financeira do Estado impera nos limites a serem aplicados à tutela.

conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&limitstart=1&lang=pt. Acesso em: 02 dez. 2019.

⁴ SARLET, I. W.; FIQUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011.

⁵ SARLET, I. W.; FIQUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011, p. 04.

⁶ NOGUEIRA, R. W. L. Saúde, Medicamentos, Desenvolvimento Social e Princípios Orçamentários. **Revista dos Tribunais. Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 61, 2015, p 243-256.

Oliveira e Costa⁷ determinam que estamos diante de um direito social fundamental e que no art. 196 da CF, ao preceituar como direito de todos e dever do Estado, a saúde fulgura entre os mais fundamentais direitos prescritos. O direito à saúde é intrínseco ao sistema constitucional pátrio, mesmo que não estivesse previsto na Carta Cidadã de 1988, devido às fundamentalidades ali previstas, como a dignidade da pessoa humana à vida, ao meio ambiente equilibrado. Ainda mais, o § 2º do art. 5º⁸ da CFRB⁹ traz ao ordenamento jurídico pátrio os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo expõem:

[...] ainda que não tivesse sido positivado explicitamente no texto constitucional, o direito à saúde certamente poderia ser admitido como direito fundamental implícito, à semelhança do que acontece em outros sistemas jurídicos – como é o caso da Alemanha, por exemplo. Não fosse isso suficiente, a cláusula de abertura inserida no § 2º do artigo 5º da CF permite a extensão do regime de jus fundamentalidade, especialmente a presunção em favor da aplicabilidade imediata e, pois, do mandado de otimização, previstos pelo § 1º do mesmo dispositivo constitucional, a outras normas relacionadas com o direito à saúde, ainda que externas ao catálogo dos artigos 5º e 6º da CF. O que parece certo, ao fim e ao cabo, é que uma ordem constitucional que protege os direitos à vida, à integridade física e corporal e ao meio ambiente sadio e equilibrado evidentemente deve salvaguardar a saúde, sob pena de esvaziamento (substancial) daqueles direitos.¹⁰

Certamente, o direito à saúde é norma constitucional de aplicabilidade imediata e eficácia plenaⁱⁱ, independente de se tratar de direito fundamental ou social, posição ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, que o coloca como direito público subjetivo, de prerrogativa indisponível, assegurada a totalidade dos indivíduosⁱⁱⁱ, pois está relacionado fortemente com a dignidade da pessoa humana^{iv}.

⁷ OLIVEIRA, K. S. de.; COSTA, J. C. Direito à Saúde: Da (In)efetividade das Políticas Públicas à sua Judicialização como forma de garantir o Mínimo Existencial. **Revista de Direito Brasileira**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 77-99. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 7, 2015, p. 1247-1268.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (...).

⁹ BRASIL. República Federativa do Brasil. **Constituição Federal do Brasil**. Brasília. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁰ SARLET, I. W.; FIQUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011.

2 O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DO SUS

Diante da ótica constitucional, é de império destaque que toda instrumentalidade e operacionalidade do Estado viabiliza-se por meio da arrecadação de recursos pelos entes federados, através do Sistema Tributário Nacional. Esta arrecadação será base para o aporte financeiro do Estado, face a elaboração das peças orçamentárias contidas no escopo do Texto Maior.

Atualmente, o Estado não opera, economicamente, com intuito de obter lucro. Cabe aos tributos a manutenção da máquina estatal, como também dos bens e serviços que deve fornecer à população. Desse modo, todas as arrecadações necessárias, bem como as despesas, constam das peças orçamentárias^v.

O orçamento é o ensaio geral de toda atividade financeira, segundo Sousa Franco¹¹, através deste deve-se pautar a utilização dos recursos públicos em três elementares básicas: o econômico, que visa o equilíbrio contábil, o político, que traz a autorização político-legislativa para o gasto público, e, por fim, o jurídico, atuando na limitação dos poderes da Administração Pública.

Consubstanciado na realidade da exegese de rigor da exigência Constitucional por tal elaboração, Rodrigo Lobo Torres¹² questiona a natureza da Lei Orçamentária, sendo apenas um “ato-condição” ou consta de conteúdo de direito material.

Nesse âmbito, embora não seja nosso foco neste estudo, entendemos que se não gera, deveria gerar direitos subjetivos pelas legislações orçamentárias, pois dela derogam os percentuais e valores nominais a serem empregados nas áreas sensíveis da sociedade. Por sorte, se existe crédito para construção de um hospital na legislação orçamentária, é porque está se prevendo a arrecadação para a obra, e a não concretização gera profundo prejuízo jurídico e social.

Portanto, o planejamento orçamentário é obrigação do Poder Público, proposto anualmente com base na realidade econômico-financeira e na necessidade social^{vi}. Nesse ponto, são precedidos de audiências públicas, em que a Administração exporá as possibilidades e a deliberação dos presentes pelos programas e projetos a serem contemplados em detrimento de outros.

¹¹ FRANCO, A. L. de S. **Finanças públicas e direito financeiro**. 4. ed., v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 2010.

¹² TORRES, R. L. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

2.1 O ORÇAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL E DO SUS

As receitas provenientes da Saúde, segundo com Castro et al ¹³, devem ser destinadas pelo Orçamento da Seguridade Social, de acordo com o preceito do art. 31 da Lei 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde. Tal entendimento é explicitado também no Texto Maior¹⁴, art. 194 e seguintes, ao instituir a Seguridade Social no campo constitucional que compreende a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

Os recursos destinados à área da Saúde deverão ser fiscalizados pelos Conselhos de Saúde, que devem exercer a função de “olhos dos cidadãos” na aplicação dos recursos financeiros destinados à área, de modo à melhor propor ações e medidas a serem desenvolvidas pela gestão pública.

Entretantes, insta salientar que o orçamento da saúde, em todas as esferas governamentais, possui percentuais mínimos de investimentos, de acordo com a Lei Complementar 141/2012, que regulamenta o art. 196 da CF¹⁵. Neste diapasão, a previsão para alocação de recursos mínimos para a Saúde veio com a Emenda à Constituição nº 29, de 13 de setembro de 2000¹⁶, um intervalo de 12 anos entre a promulgação da Carta Magna; e, novamente 12 anos após, a sua regulamentação através da Lei Complementar supracitada. Os municípios brasileiros e o Distrito Federal devem investir, minimamente, 15% da receita bruta, incluídos os impostos e transferências constitucionais. Já às unidades federativas cabe o investimento de 12% das receitas.

A União deve destinar à saúde o valor nominal do orçamento imediatamente anterior acrescido da variação positiva do PIB. Contudo deve-se considerar a Emenda à

¹³ CASTRO, F. de A. V. de. et al. **Análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento da união no caso da saúde pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos**. v. 102. São Paulo: Revista Tributária e de Finanças Públicas, 2012.

¹⁴ BRASIL. República Federativa do Brasil. **Constituição Federal do Brasil. Brasília**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de Janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20 29, de 13 de setembro de 2000**. Publicado no DOU 14.9.2000. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

Constituição nº 95 de 15 de dezembro de 2016¹⁷ que limita o teto de gastos da União à variação do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), conforme redação do art. 107, § 1º, II, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁸, incluído pela citada Emenda.

No entendimento de Ulhôa e Almeida Filho¹⁹, tal redução limita o escopo das políticas públicas, no sentido de prover serviços públicos com vistas a arrefecer as carências sociais; demonstrando, ainda mais, o impacto negativo da EC 95/2016²⁰, que não afetará apenas o orçamento da União, como também dos Estados e, principalmente, dos Municípios, em destaque aos menores.

Ver-se-á, então, cada vez menos espaço às políticas públicas no campo social.

Nesta campina, manifestam-se os autores:

[...] a vinculação das despesas primárias ao comportamento do IPCA é insuficiente para atender as demandas do conjunto da sociedade, pois, de um lado, os serviços públicos atualmente prestados a população são escassos para atender as necessidades, que se relacionam aos quesitos mínimos para a manutenção da vida humana. [...]. Os efeitos desta regra fiscal, de médio e longo-prazo, irão reduzir fortemente as ações do Estado.²¹

¹⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 dezembro de 2016**. Publicado no DOU 16.12.2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁸ Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: (...). **§ 1º** Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá: (...) II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_14.12.2017/art_107_.asp. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁹ ULHÔA, Wander M. M.; ALMEIDA FILHO, Niemeyer. **Estado e Políticas Públicas sob o “Novo Regime Fiscal”**. Sociedade Brasileira de Economia Política, 2018. Disponível em <https://sep.org.br/anais/Trabalhos%20para%20o%20site/Area%205/64.pdf> acesso em 05/09/2018.

²⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95, de 15 dezembro de 2016**. Publicado no DOU 16.12.2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

²¹ ULHÔA, W. M. M.; ALMEIDA FILHO, N. **Estado e Políticas Públicas sob o “Novo Regime Fiscal”**. Sociedade Brasileira de Economia Política, 2018. Disponível em: <https://sep.org.br/anais/Trabalhos%20para%20o%20site/Area%205/64.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

Embora não seja o objetivo deste estudo, é ponto crucial para entender as demandas que a Saúde Pública encarará nas próximas décadas, principalmente no judiciário.

Devemos ter em mente algo não considerado pela EC 95/2016. As mudanças demográficas irão, cada vez mais, pressionar serviços públicos de saúde, principalmente no que concerne aos agravos crônicos, como diabetes, hipertensão arterial, Alzheimer, neoplasias, entre outras tantas comuns na população mais idosa, que exigem cada vez mais cuidados devido à recuperação ser mais lenta se comparada a um jovem. Em outras palavras, as demandas sociais para saúde serão, obviamente, superiores à inflação^{vii}.

Desta feita, estaremos diante do aumento nas demandas e redução nas ofertas, levando em consideração a crescente judicialização da saúde. Ver-se-á, como uma premonição, o aumento significativo da busca de tutelas jurisdicionais com o intuito de ver garantidos acessos e tratamentos cada vez mais onerosos ao planejamento econômico-orçamentário da saúde.

3 AS DECISÕES JUDICIAIS E O IMPACTO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Já vimos a necessidade dos entes estatais desenvolverem as programações de saúde entre as ações de promoção e prevenção do estado de não-doença, também da assistência, para garantir a recuperação do estado de saúde do cidadão.

Assim, impera o notório saber das fontes limitadas de recursos, como também já esposados. Contudo a Carta Magna mantém em seu escopo que, a princípio, pode-se entender que todos tenham as mesmas condições de acesso ao sistema público. Ingo W. Sarlet²² afirma que “não qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um Direito subjetivo a qualquer prestação fornecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva proteção à saúde”.

Nesta campina, pode-se afirmar que a Administração possui a seu favor prerrogativas constitucionais, que asseguram a sua discricionariedade, para definir as políticas que melhor satisfaçam a demanda social. Contudo há de se afirmar que necessariamente não se presta a igualdade de condições, conforme inteligência do § 2º da

²² SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 376.

Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990²³), que preceitua que o dever do Estado não exclui o da família, das empresas e da sociedade.

No tocante ao dever familiar em prover a situação de saúde, ao considerar a situação socioeconômica do pleiteante ao tratamento, não violaria o princípio da universalidade de acesso ao Sistema Único de Saúde. Nesse sentido:

Em síntese, tais circunstâncias revelam que o tema da gratuidade do acesso e da assistência à saúde – que não é necessariamente a regra no direito comparado – devem ser melhor investigados, sobretudo para efeito de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, seja pela maximização do acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema público de saúde, seja pela melhor distribuição dos próprios recursos de saúde, com o conseqüente incremento na qualidade da assistência prestada – o que reconduz aos objetivos fundamentais da República, previstos pelo artigo 3º do texto constitucional. Ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais.²⁴

Por exemplo, um usuário do sistema público de saúde com renda familiar que possibilite a aquisição de um medicamento, sem comprometer o sustento familiar, não deveria ter o mesmo acesso ao pleiteante cuja renda mal garante o esse sustento. Nesta toada, será admissível que uma pessoa abastada financeiramente com possibilidade de arcar com o requisitado tratamento não tenha seu pleito atendimento nas esferas administrativa ou judicial^{viii}.

O impacto econômico visto na exacerbação de medidas judiciais compromete aqueles que mais dependem do sistema e que têm menos acesso ao Poder Judiciário; visto que se houve recursos, é deve-se arcar com a medicação, ao invés de arcar com o patrocínio causídico, na mesma, ou ainda maior, dificuldade em acesso as defensorias públicas.

²³ BRASIL. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

²⁴ SARLET, I. W.; FIQUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011.

O mandamento constitucional do art. 198, II²⁵, preconiza as atividades preventivas como sendo as prioritárias da ação da Saúde Pública brasileira, sem deixar a atenção assistencial. Vê-se implicitamente que a Constituição prevê o acesso universal à esfera tratativa, assistencial, em segundo plano, sendo que o acesso universal deve-se dar nas esferas preventivas^{ix}.

No campo preventivo as ações atingem todos os seguimentos da sociedade, é o caso das doenças transmissíveis por vetores, como a Dengue, conhecida por ser a doença mais democrática, vez que atinge desde as camadas mais altas da sociedade até a parcela mais carente de atenção^x.

Neste contexto, o tratamento deveria seguir o ditame da equidade e da isonomia, tendo prioridade no atendimento público de saúde aqueles que, de fato, não podem arcar com as despesas do seu tratamento sem comprometer o sustento familiar e, portanto, a dignidade da pessoa humana.

Na seletividade de atendimento não se caracteriza inconstitucionalidade, vez que se trata de ponderação dos direitos entre o fundamento da dignidade da pessoa humana, preceituado no art. 1º, III da CF/88²⁶, versus a saúde do art. 6º da Carta Magna²⁷.

Tal entendimento, contudo, não é consenso e muito menos predominante. Sarlet e Figueiredo contra-argumentam:

Com todo o respeito à fundamentação que embasa tal posicionamento, não se pode deixar de lembrar que o direito à saúde é, antes de tudo (e também), um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal. Isso significa que, a despeito da dimensão coletiva e difusa de que se possa revestir, o direito à saúde, inclusive quando exigido como direito a prestações materiais, jamais poderá desconsiderar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável.²⁸

De sorte, o sistema prevê e bem desempenha o programa de prevenção de agravos contagiosos através da imunização de crianças e campanhas de vacinação. Sobretudo,

²⁵ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

²⁶ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

²⁸ SARLET, I. W.; FIQUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011.

dados recentes mostram que certo descuido do programa de imunização veio reintroduzir o sarampo no Brasil, doença cujo país já havia recebido o certificado de eliminação.

Neste diapasão, impera a importância da prevenção, como se pode ver também através da vacinação coletiva contra a influenza, que é causa de agravamentos, internações e complicações, além da letalidade em grupos específicos. Neste sentido, é garantida a seletividade de público devido ao custo e a disponibilidade do agente preventor.

No julgamento do Recurso Especial de efeito repetitivo (Resp. 1.657.156-RJ²⁹), o relator, Min. Benedito Gonçalves, considera, em seu relatório, que há violação a separação dos Poderes da República a incursão do Judiciário nas demandas de efetividade de Direitos Fundamentais que deveriam estar sendo fornecidas pelo Executivo/Legislativo, vez que cabem, respectivamente, executar e legislar (principalmente na questão orçamentária) os meios para tal efetivação e pondera em sua conclusão para vinculação dos repetitivos:

Conclui-se, portanto, que a tese firmada no presente recurso especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015) e para os fins do disposto no art. 1.041 do mesmo diploma processual é a seguinte: Constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos fixados neste julgado, a saber:

I - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstância do expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

II - Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

III - Existência de registro na ANVISA do medicamento, observados os usos autorizados pela agência. (Publicada no DJ-e em 20/09/2018).³⁰

De sorte, a decisão do Eminentíssimo Ministro relator segue a premissa de se possuir **cumulativamente** os requisitos de eficiência, impossibilidade de arcar com o tratamento

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Resp. 1.657.156-RJ**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 2017. Publicada no DJ-e em 20/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 02 nov. 2019.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Resp. 1.657.156-RJ**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 2017. Publicada no DJ-e em 20/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 02 nov. 2019.

e registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), responsável por permitir a circulação de medicamentos no território nacional.

Em uma população cada vez mais portadora de doenças crônicas, muitos não percebem os riscos de agravamento destas. Neste sentido, Sarlet e Figueiredo destacam:

[...] vale colacionar alguns dados obtidos e consolidados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), de 2003¹³², e na Pesquisa de Assistência Médico-Sanitária (AMS), de 2005¹³³. Uma primeira informação interessante é que, estimada, então, a população brasileira em 176 milhões de habitantes, 78,6% dos indivíduos entrevistados pela PNAD 2003 auto avaliaram o próprio estado de saúde como “muito bom e bom”, enquanto apenas 3,4% responderam “ruim ou muito ruim”, embora 29,9% tenham referido a si mesmos como portadores de pelo menos uma doença crônica.³¹

Tais premissas alinham o Poder Judiciário com a intenção do legislador constituinte de não negar àqueles que precisam da assistência em saúde, contudo mantendo as condições de executar Políticas Públicas de caráter coletivo, sobretudo as de efeito de promoção e prevenção à Saúde.

CONCLUSÃO

A assistência à saúde no Brasil é mandamento constitucional imperioso e a doutrina e jurisprudência mantêm olhar conciso neste sentido, garantindo o atendimento àqueles que buscam a tutela jurisdicional para assegurarem direitos à medicamentos, tratamentos e atendimentos.

Evidente à necessidade de manutenção da assistência daqueles que passam por agravos a sua saúde e precisam recuperar a condição anterior: a de não doença. Faz parte do preceito da esfera assistencial.

Entretanto a Constituição Federal de 1988, ao prever a coadjuvante recuperação da saúde, criou um desafio ímpar ao legislativo, ao executivo e ao judiciário, em razão da forte ligação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Direito Fundamental à Vida.

³¹ SARLET, I. W.; FIGUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011.

Embora a prevenção e promoção da Saúde seja de fato o ator principal embrionário do Sistema Único de Saúde, sempre esteve à margem do processo das Políticas Públicas nos 30 anos de Constituição Cidadã. Isso se confirma pelo elevado grau de adoecimento da população e demandas para tratamentos da Saúde.

No campo preventivo pode-se destacar não apenas as doenças infecto-contagiosas, mas principalmente aquelas mais negligenciadas pelo próprio sistema, como as doenças crônicas não transmissíveis, que tem alto impacto nos casos de internação e tratamentos especializados mais dispendiosos quando se agravam, como a Hipertensão Arterial Sistêmica, Diabete *Mellitus*, obesidade, doenças hipercolesterêmicas.

Inferese que, não havendo destinação orçamentária suficiente à concretização do direito à saúde por meio das políticas públicas, delinear-se-á o inevitável aumento de demandas judiciais, que, por sua vez, destinarão recursos não previstos na execução das sentenças de provimento do direito, que corresponde ao mínimo existencial. Assim, estaremos diante de um círculo vicioso em que jamais se verá a redução da incidência de doenças, tampouco o tratamento eficaz e a cura.

Agrava o cenário, o congelamento dos gastos públicos federais trazidos pelo advento da Emenda Constitucional nº 95, que vincula o crescimento da despesa primária à inflação do ano anterior. Porém os medicamentos, tratamentos e demais insumos de saúde nem sempre respeitam esse patamar para sua inflação específica.

Entretanto, nesse momento prestacional da Saúde Pública no Brasil, necessária a imposição de melhor eficiência nos gastos com este existencial direito social, para que se contemplem ambas as esferas da saúde – coletiva e individual. É, portanto, imperioso o conhecimento epidemiológico da população para que sejam desenvolvidas ações de promoção e prevenção destes agravos e o desafio será a busca de recursos para estes atos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. República Federativa do Brasil. **Constituição Federal do Brasil. Brasília.** 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.657.156-RJ.** Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 2017. Publicada no DJ-e em 20/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 02 nov. 2019.

CASTRO, F. de A. V. de. et al. **Análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento da união no caso da saúde pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos.** v. 102. São Paulo: Revista Tributária e de Finanças Públicas, 2012.

FRANCO, A. L. de S. **Finanças públicas e direito financeiro.** 4. ed., v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 2010.

MAIA, M. C. **O Direito a Saúde e a Tutela do Melhor Interesse do Paciente (Hiper)Vulnerável e os Planos e Seguros de Saúde.** v. 937. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, R. W. L. Saúde, Medicamentos, Desenvolvimento Social e Princípios Orçamentários. **Revista dos Tribunais. Revista Tributária e de Finanças Públicas,** São Paulo, v. 61, 2015.

OLIVEIRA, K. S. de.; COSTA, J. C. Direito à Saúde: Da (In)efetividade das Políticas Públicas à sua Judicialização como forma de garantir o Mínimo Existencial. **Revista de Direito Brasileira.** v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 77-99. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 7, 2015.

OLIVEIRA, R. A. **O Constrangimento Orçamental e a Vontade da Constituição a Realização de Políticas Públicas na Área da Saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 908/2011.

OLIVEIRA, S. de. **O Direito à Saúde na Constituição da República de 1988 e o Sistema Único de Saúde,** v. 93. São Paulo: Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2015.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. **Indicadores de Saúde: Elementos Conceituais e Práticos.** Disponível em: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&limitstart=1&lang=pt. Acesso em: 02 dez. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, I. W.; FIQUEREDO, M. F. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor,** v. 67, 2008. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3, 2011.

TORRES, R. L. **Curso de direito financeiro e tributário.** 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ULHÔA, W. M. M.; ALMEIDA FILHO, N. **Estado e Políticas Públicas sob o “Novo Regime Fiscal”.** Sociedade Brasileira de Economia Política, 2018. Disponível em: <https://sep.org.br/anais/Trabalhos%20para%20o%20site/Area%205/64.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

i Para o desenvolvimento do presente artigo, faz-se necessária a utilização de alguns conceitos sobre saúde. Utiliza-se como primeiro conceito o que foi dado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, no preâmbulo de sua constituição, o qual declara: “a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Compreende-se saúde como o completo bem-estar físico, mental e social. Percebe-se com a leitura desse dispositivo que a saúde é capaz de preencher a integridade física, psíquica e social do ser humano (OLIVEIRA, 2015, p. 3).

ii Não obstante às críticas no sentido de que o conceito de saúde proposto pela OMS é inatingível, supostamente representado legítima utopia, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988 (LGL\1988\3) adotou, também, esse conceito amplo, embora não o tenha feito de modo expresso. Outra não poderia ser a concepção de saúde em uma Constituição cujo fundamento central, dentre outros, é o princípio da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988 (LGL\1988\3) (MAIA, 2016, p. 3).

iii Idem.

iv Neste contexto, e em comparação às constituições que o país teve, a Constituição Federal de 1988, no âmbito da positivação dos direitos sociais, traduz-se no reconhecimento da saúde como direito público subjetivo de eficácia plena e imediata, como se pode observar no art. 6º (OLIVEIRA, 2015, p. 2).

v BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma, AgR no RE 391.175**. Relator: Min. Celso de Mello. J. 12.12.2006, DJ 02.02.2007. p. 140.

vi BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma, AgR no RE 271.286**. Relator: Min. Celso de Mello. J. 12.09.2000, DJ 24.11.2000. p. 101.

vii Não sendo próprio do Estado, no contexto atual, o exercício de atividade econômica, é (tem sido) reservado ao setor privado. É deste que o Estado, no exercício de sua soberania tributária, obtém os recursos financeiros de que necessita. Porque, nos termos do magistério de Hugo de Brito Machado, a tributação é, sem dúvidas, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem recorrer à atividade de coação tributária, o Estado, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica, não poderia realizar seus fins sociais, pelo que é o tributo a grande e talvez única arma contra a estatização da economia (OLIVEIRA, 2011).

viii É com base no alcance dessa vontade respaldada no consentimento popular que as constituições estabelecem, transversalmente, que as leis orçamentárias sejam de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, com limites à capacidade de emenda pelo Legislativo (OLIVEIRA, 2011).

ix Mas os problemas que a EC 95 vai gerar no âmbito da execução orçamentário-financeiro não se restringem apenas às despesas previdenciárias, embora reconheçamos que é a mais importante. Isto ocorre porque as mudanças na estrutura demográfica deverão pressionar os serviços relacionados à saúde, particularmente, no que diz respeito às doenças crônicas (Alzheimer, diabetes, hipertensão etc.) que são comuns na população idosa, exigindo aporte de recursos públicos superiores à variação da inflação (ULHÔA; ALMEIDA FILHO, 2008)

x Se o direito à saúde é um direito social, e se os direitos sociais têm por objetivo a redução das desigualdades fáticas, de forma a promover a emancipação das pessoas menos favorecidas da população – e no Brasil é enorme o número de pessoas que (sobre)vivem em condições de pobreza ou até de miséria absoluta –, a prestação sanitária assegurada judicialmente, sobretudo por meio de ações individuais, nem sempre se mostra em sintonia com o princípio constitucional da igualdade substancial, nem parece atender aos objetivos fundamentais da República, elencados no artigo 3º da CF (SARLET; FIGUEREDO, 2008).

xi Seguindo as diretrizes do texto do artigo 196 da CF, tem-se a “recuperação” como referência à concepção de “saúde curativa”, ou seja, a garantia de acesso, pelos indivíduos, aos meios que lhes possam trazer a cura da doença, ou pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida (o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamentos contínuos). Já as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” reportam-

se à noção de “saúde preventiva”, pela realização das ações e políticas de saúde que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde (individual ou pública), ensejando a imposição de deveres específicos de proteção, decorrentes, entre outros, da vigência dos princípios da precaução e prevenção. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas – o que demonstra a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem, assim, com a garantia do “mais alto nível possível de saúde” (SARLET; FUIGEREDO, 2008).

xii O texto constitucional amplia o conceito de saúde, não simplesmente sob o ponto de vista de caráter curativo, mas principalmente no aspecto preventivo e de bem-estar das pessoas. Além de enfatizar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”, a Constituição Federal de 1988 impõe aos poderes que eles sejam capazes de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário nesta esfera (OLIVEIRA, 2015).