

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

GLEOMAR DE SOUZA SANTOS

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS
FINANÇAS PÚBLICAS DO ESTADO DE GOIÁS:
A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA SOCIOECONÔMICA DENTRO
DE PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS

GOIÂNIA

2024

GLEOMAR DE SOUZA SANTOS

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS
FINANÇAS PÚBLICAS DO ESTADO DE GOIÁS:
A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA SOCIOECONÔMICA DENTRO
DE PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria como requisito à aprovação no Curso de Mestrado, área de concentração em Direito Constitucional Econômico, linha de pesquisa “desenvolvimento econômico e princípios constitucionais da ordem econômica”.

Orientador: Professor Doutor Henrique Garbellini Carnio.

GOIÂNIA

2024

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

S237j

Santos, Gleomar de Souza.

A judicialização do direito à saúde e o impacto nas finanças públicas do estado de Goiás: a necessidade de uma política pública socioeconômica dentro de parâmetros constitucionais econômicos. / Gleomar de Souza Santos. – 2024.

87 f.: il. 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2024.

1. Direito constitucional econômico. 2. Judicialização da saúde. 3. Constituição Federal. 4. Poder Executivo. I. Carnio, Henrique Garbellini. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 364-787.9:341.945(817.3)

Gleomar de Souza Santos

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O IMPACTO NAS
FINANÇAS PÚBLICAS DO ESTADO DE GOIÁS:
A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA SOCIOECONÔMICA DENTRO
DE PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Alves Faria como requisito à aprovação no Curso de Mestrado, área de concentração em Direito Constitucional Econômico, linha de pesquisa “desenvolvimento econômico e princípios constitucionais da ordem econômica”.

Orientador: Professor Doutor Henrique Garbellini Carnio.

Goiânia, 30 de setembro de 2024.

Componentes da banca examinadora:

Professor Dr. Henrique Gaberllini Carnio (Orientador)

Professor Dr. Marcelo Toffano (Examinador)

Professora. Dra. Grazielle Cristina Lopes Ribeiro (Examinadora Externo)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a minha família, pelo apoio incondicional sempre.

Agradeço de maneira grandiosa ainda ao meu Professor, o Dr. Henrique Garbellini Carnio, pela visão de mundo e metodologia de trabalho.

Agradeço também aos meus Professores do Mestrado, igualmente responsáveis pelo acúmulo de conhecimento ao longo desses anos e ampliação da minha visão sobre o Direito.

Sem a presença de vocês, nada disso seria possível. A jornada é dura e árdua, mas se torna leve quando se sente o carinho de pessoas como vocês.

O meu muito obrigado a todos.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1988)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a obrigatoriedade para os entes federados de ofertar à população serviços públicos de saúde de qualidade em seu artigo 196. Disso implica que todos têm direito à assistência e tratamentos adequados fornecidos pelo poder público, pois, ao se prever no texto constitucional que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a Constituição cria para os governos o dever de efetivar o direito à saúde por meio de políticas públicas sociais e econômicas. O que se tem observado é que o Poder Público não tem conseguido atender todas as demandas por saúde, quer porque haja falta de interesses dos governos por implementação de políticas públicas voltadas para o problema, ou porque os recursos financeiros são insuficientes para atender mesmo os casos mais urgentes. Isso faz crescer a demanda pela judicialização da saúde. Todavia, o Poder Executivo, mais especificamente, o Governo Estadual de Goiás, deve atender ao direito fundamental humano da saúde, investindo em uma política pública que atenda aos interesses sociais e econômicos do Estado. Isso é possível com o estabelecimento de critérios socioeconômicos em uma política pública que não seja apenas social. A metodologia aqui utilizada foi a bibliográfica e documental, somada à técnica da documentação indireta, e uso do método da análise econômica do direito. A pesquisa também apresenta um cunho qualitativo e descritivo-exploratório, quanto aos seus objetivos.

Palavras-chave: Direito constitucional econômico; judicialização da saúde; reserva do possível; mínimo existencial.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 brought the obligation for federated entities to offer quality public health services to the population in its article 196. This implies that everyone has the right to adequate assistance and treatments provided by the public authorities, as, as provided in the text constitutionally that health is everyone's right and the duty of the State, the Constitution creates for governments the duty to implement the right to health through social and economic public policies. What has been observed is that the Public Power has not been able to meet all the demands for health, either because there is a lack of government interest in implementing public policies aimed at the problem, or because financial resources are insufficient to meet even the cases more urgent. This increases the demand for the judicialization of health. However, the Executive Branch, more specifically, the State Government of Goiás, must comply with the fundamental human right to health, investing in a public policy that meets the social and economic interests of the State. This is possible with the establishment of socioeconomic criteria in a public policy that is not just social. The methodology used here was bibliographic and documentary, added to the technique of indirect documentation, and use of the method of economic analysis of law.

Keywords: Economic constitutional law; judicialization of health; reservation of the possible; existential minimum.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - GESTÃO PROCESSUAL DO TJGO 2024 EM CASOS EM SAÚDE	26
Figura 2 - CASOS NOVOS POR MÊS DE SAÚDE	27
Figura 3 - NORMAS INFRALEGAIS EM SAÚDE	33
Figura 4 - GASTOS PÚBLICOS COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	68

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CAPS – Centro de Atenção Psicossocial
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CONASEMS – Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde
CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CNDL – Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DENASUS – Departamento Nacional de Auditoria do SUS
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LOA – Lei Orçamentária Anual
LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
NOAS – Norma Operacional da Assistência à Saúde
NOB – Norma Operacional Básica
OSC – Organização da Sociedade Civil
OSS – Organização Social de Saúde
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
PIB – Produto Interno Bruto
PPA – Plano plurianual
PSF – Programa Saúde da Família
RAS – Rede de Atenção à Saúde
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos
SES – Secretaria de Estado da Saúde
SPC – Serviço de Proteção ao Crédito
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

UTI – Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITOS SOCIAIS	14
1.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS	15
1.2 A SAÚDE NO BRASIL	18
1.2.1 Direito à saúde em números	25
1.3 LEGISLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	30
1.4 ESTRUTURA EM SAÚDE NO ESTADO DE GOIÁS	34
2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO	36
2.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS	37
2.2 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NACIONAL	39
2.2.1 Histórico Das Constituições Econômicas	39
2.2.1.1 Constituições Econômicas Mundialmente	40
2.2.1.2 Constituições Econômicas Brasileiras	42
2.2.1.2.1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Direito Econômico	47
2.2.2 A Consagração do Direito Econômico na Constituição 1988	49
2.2.3 Princípio da Redução da Desigualdade Social e Regional	54
2.2.3.1 O Mínimo Existencial	56
2.2.3.2 A Reserva do Possível	62
3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ORÇAMENTO PÚBLICO: A NECESSIDADE DE UM EQUILÍBRIO	66
3.1 ATUALIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	66
3.1.1 Modelo Orçamentário Administrativo em Vigor no Brasil	67
3.1.2 Ponderação do Mínimo Existencial com a Reserva do Possível	70
3.1.3 A Necessidade de uma Política Pública Socioeconômica em Saúde	72
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a obrigatoriedade para os entes federados de ofertar à população serviços públicos de saúde de qualidade em seu artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Disso implica que todos têm direito a assistência e tratamentos adequados fornecidos pelo poder público, pois, ao se prever no texto constitucional que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a Constituição cria para os governos o dever de efetivar o direito à saúde por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Assim, o objetivo do sistema de saúde pública no Brasil passa a ser não somente a recuperação da saúde, mas também a promoção e a proteção. O acesso à saúde pública universal e gratuita é, portanto, um dos marcos sociais mais importantes delineados pela Constituição Federal. Com o advento das tecnologias informacionais, a população começou a ficar a par de seus direitos com relação ao tema saúde pública, ocasião em que se verificaram muitas demandas jurisdicionais a esse respeito em busca da efetivação do direito à saúde.

O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas.

Neste sentido, o que se tem observado, não só no estado de Goiás, mas no cenário nacional, é que o Poder Público não tem conseguido atender todas as demandas por saúde, quer porque haja falta de interesses dos governos por implementação de políticas públicas voltadas para o problema, ou porque os recursos financeiros são insuficientes para atender mesmo os casos mais urgentes. Isso faz crescer a demanda pela judicialização da saúde.

Apesar do avanço das políticas públicas em saúde pública, na atualidade ainda se vivencia um fenômeno novo na sociedade na busca pela efetivação do direito à saúde. Infelizmente, os poucos direitos garantidos para a população em termos de saúde pública

ainda precisam ser judicializados, sendo as demandas mais comuns as que se relacionam com procedimentos clínicos e medicamentos considerados fundamentais para assegurar uma vida saudável e digna.

Entretanto, o que se tem observado, não só no estado de Goiás, mas no cenário nacional, é que o Poder Público não tem conseguido atender todas as demandas por saúde, quer porque haja falta de interesses dos governos por implementação de políticas públicas voltadas para o problema, ou porque os recursos financeiros são insuficientes para atender mesmo os casos mais urgentes, o que faz crescer a demanda pela judicialização da saúde. Porém, essa atuação excessiva do judiciário acaba por gerar graves problemas estruturais para o atendimento da demanda e implementação do objetivo constitucional.

Uma das críticas mais frequentes se assenta na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática, posto que a Constituição prevê claramente que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. Com isso, se entende que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que gerencia tanto os recursos disponíveis quanto as necessidades a serem supridas de modo global.

Também se questiona a legitimidade democrática quanto à prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Além disso, também é considerada a questão financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. Sendo os recursos públicos insuficientes para atender às necessidades sociais, ao Estado sempre é reservada a tomada de decisões difíceis, ou seja, decidir qual setor merece investimentos em detrimento de outros. Ainda tem se considerado que as decisões judiciais tendem a provocar desorganização administrativa no controle do atendimento.

Dada a força da decisão judicial, que geralmente vem acompanhada de instrumentos que tendem a coagir o administrador ao cumprimento, mediante imposição de sanções, especula-se que o governo tende a atender o litigante individual que obteve a decisão favorável em detrimento daquele que segue regularmente na fila de prioridade por critérios técnicos. Desse modo, essas decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão submetido a critérios técnicos. Portanto, tais decisões podem atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Fato é que algumas questões de larga repercussão política e social têm sido submetidas à apreciação do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais como os Poderes Executivo e o Legislativo. Assim, as demandas por questões de saúde pública têm aumentado na justiça e, uma vez acionado, ao Poder Judiciário cumpre posicionar e decidir o caso, demonstrando o seu protagonismo.

Por isso, pretendemos aqui analisar: até que ponto a judicialização da saúde no Estado de Goiás e os seus impactos financeiros no orçamento público impõem a necessidade de criação de uma política pública socioeconômica em saúde, a fim de se atender a reserva do possível e o mínimo existencial? Assim, por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, analisa-se aqui a questão das decisões do Poder Judiciário sobre a saúde e a ordem econômica no Estado de Goiás. Reflete-se sobre a necessidade de o Poder Executivo ter que atender a demanda da saúde por parte da população, visto ser este um direito fundamental humano, e cumprir, ao mesmo tempo, o contingente orçamentário do Estado. Verifica-se a possibilidade de se atender a esses dois requisitos com uma metodologia preventiva de trabalho que considere a elaboração de políticas públicas em saúde com um viés verdadeiramente socioeconômico. Isso implica dizer também: políticas públicas em saúde que com um fulcro maior na coletividade, a fim de se evitar a judicialização da saúde. O Poder Judiciário não pode ser usado como via para se resolver a celeuma entre o cidadão e o Estado no tocante à saúde.

Para tanto, o objetivo geral desta pesquisa é o de se analisar os impactos das decisões judiciais sobre o direito a leitos hospitalares na ordem econômica do Estado de Goiás, sugerindo uma política pública socioeconômica em saúde que seja mais voltada para a coletividade. Como objetivos específicos, temos os de analisar a saúde como um direito social humano fundamental ao cidadão, apresentar dados estatísticos a respeito da judicialização à saúde no Estado de Goiás, e avaliar os impactos das decisões do Poder Judiciário à ordem econômica do referido Estado, propondo uma política pública em saúde que atenda ao orçamento público estatal e à população.

Vale lembrar que este estudo é extremamente relevante, tendo em vista que, dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde figura entre os mais debatidos nos âmbitos acadêmico, doutrinário e judicial. Porém, nem sempre esse Direito é respeitado em sua plenitude, pois muitas das vezes não são ofertados como deveriam. O que se observa sempre é o embate entre a população carente, que necessita de brevidade dos serviços, e o poder público, que, na maioria das vezes, reluta em despendar o quantitativo monetário suficiente para ofertar uma saúde pública

de qualidade. Consequência disso é a judicialização da saúde pública no Brasil, tendo o judiciário o condão de obrigar o poder público a ofertar o que seria dever legal, e o poder público se utilizando do argumento de que não dispõe de recursos suficientes para uma melhor qualidade na oferta de saúde à população.

De sorte, essa pesquisa encontra-se organizada da seguinte maneira: inicialmente se abordam questões relativas aos direitos fundamentais, com conceitos gerais e fundamentação básica a respeito dos direitos sociais, mais especificamente sobre o direito à saúde. Em seguida, explica-se a sistemática organizacional do sistema de saúde pública no Brasil e no Estado de Goiás, apresentando-se dados acerca da judicialização da saúde. Ao final, tem-se a análise da necessidade de se elaborar uma política pública socioeconômica em saúde que atenda ao mínimo existencial e a reserva do possível, pautada na hipótese de que o Estado deve cumprir a atenção à saúde da população. Para tanto, será realizado um estudo bibliográfico e documental a respeito da temática, com a consulta a obras remissivas e analíticas sobre o assunto, e o uso de técnicas de documentação indireta. A pesquisa apresenta um cunho qualitativo e descritivo-exploratório, quanto aos seus objetivos, e o uso do método da análise econômica do direito de maneira predominante.

É importante se constatar que este estudo parte da hipótese de que as políticas públicas elaboradas sem a preocupação com o fenômeno constitucional econômico não garantem às pessoas o acesso à saúde em sua plenitude, situação expressa pelos números da judicialização da saúde na atualidade. É preciso que a saúde pública seja atendida por ser um direito humano fundamental, ao mesmo tempo em que o orçamento público não pode ter os seus valores extrapolados dos previamente aprovados pelo poder executivo.

Em última análise, esta dissertação não tem a pretensão de esgotar o assunto, tampouco se apresentar como uma obra pronta e acabada, mas almeja contribuir com o debate acerca das interfaces entre o direito e a saúde pública no Estado de Goiás e os seus reflexos nos direitos fundamentais da população goiana e na ordem econômica do Estado.

1 DIREITOS SOCIAIS

Este capítulo reflete sobre o direito à saúde como um direito social fundamental humano econômico. Para isso, apresentam-se informações gerais sobre os direitos sociais, como história, conceito e exemplos. É fundamental esse entendimento para se conceber o assunto da saúde aqui estudado como pertencente aos preceitos fundamentais

constitucionais, assim como a ordem econômica nacional, e se perceba que ambas devem estar imbrincadas nas análises dos poderes executivo e judiciário.

Também se descreve aqui a legislação pertinente à saúde, assim como os dados exorbitantes da justiça em demandas relativas à saúde. Mostra-se que o poder público, mais especificamente o Estado de Goiás, tem feito melhorias para enfrentar o problema, mas a judicialização da saúde ainda é problema corriqueiro no TJGO.

1.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

Os direitos sociais estão elencados na Constituição (1988) como sendo a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Estão inseridos no título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Esses direitos foram conquistados às custas de muita exploração das pessoas ao longo da história e tudo se iniciou com a Revolução Industrial (Ismail Filho, 2019).

A Revolução Industrial foi um evento marcante não só para o avanço tecnológico e consolidação do capitalismo, mas também para o surgimento de direitos dos cidadãos. O fato de os trabalhadores terem sido substituídos por máquinas gerou uma onda de desemprego, deixando grande número de pessoas vivendo na linha da miséria. Por outro lado, crescia um pequeno grupo: os donos dos meios de produção na época. Estes, que eram a minoria, enriqueciam com a pobreza da maioria, aguçando, assim, o aumento das desigualdades sociais (Aquino, 2009).

O Estado se deparou com uma situação preocupante: o volumoso número de pessoas na extrema pobreza. Tratava-se da mão de obra capitalista excedente, necessária para o funcionamento do sistema. Essas pessoas passaram a viver abaixo das condições mínimas para a sustentação do sistema capitalista e isso gerou um grande ônus ao Estado. Assim, o Estado passou a promover programas de assistencialismo aos desvalidos, proporcionando um mínimo de proteção a essas pessoas (Ismail Filho, 2019).

Essa situação político-econômica possibilitou uma conquista gradual e consecutiva de direitos: na Europa, no século XVIII, conquistou-se o direito civil; no século XIX, vieram os direitos políticos; e no século XX, os direitos sociais. O somatório dessas três conquistas é o que se conhece hoje por cidadania (Ismail Filho, 2019).

Neste sentido, direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em

um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social (Ismail Filho, 2019, p. 36). Está no preâmbulo da Constituição (1988) que somos um:

Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Dentre esses direitos, encontra-se o Direito à Saúde, objeto do *corpus* deste estudo. Este direito foi discriminado e tratado nos art. 196 a 200, na Seção II, da Saúde, da CF/88, além de estar também englobado no Art. 6º, ao ser tratado como um direito social ao lado de outros como a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (Brasil, 1988)

Vale introduzir que aqui muito vem se mencionando sobre saúde e é preciso, então, defini-la. Trata-se de:

(...) um conceito histórico, político e social construído principalmente por médicos. O aspecto jurídico desse conceito expresso especialmente na Constituição Federal de 1988 é resultado dessa construção histórica, política e social, bem como da trajetória da Medicina como profissão legalmente instituída para definir o que é saúde, o que é doença e o que é tratamento prescrito para uma doença (Carlini, 2018, p. 45).

De tal modo, também se pode considerar a saúde como “uma questão de cidadania e de justiça social, e não um mero estado biológico independente do nosso status social e individual” (Ventura et al, 2010, p. 81.). Saúde é a pessoa humana exercer o seu direito de ser servido pelo setor público no âmbito sanitário, de maneira digna e justa, podendo confiar em sua rápida recuperação e ser grato pelo que usufrui no momento em que mais precisou em sua vida. Trata-se de “interesses difusos, assim entendidos (...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art. 81).

Com a redemocratização, após a ditadura militar, a Constituição da República de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, firmou valores, princípios e direitos fundamentais inéditos na sociedade brasileira, aliando-se aos paradigmas celebrados pelo Neoconstitucionalismo. Pela primeira vez, a Carta Magna traçou direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, em suas diversas dimensões, como garantias (Ismail Filho, 2019).

Cunha Júnior (2012) e Padilha (2012) entendem que todos os direitos dessa natureza são de eficácia imediata, sendo exigíveis de plano, independentemente da elaboração posterior de leis ou regulamentos. Verifica-se que, para melhor organizar e promover o cumprimento de tais previsões constitucionais, os Poderes Legislativo e Executivo instauram regras e políticas públicas, como é o caso do Sistema Único de Saúde (SUS) e das listas de fornecimento obrigatório de medicamentos, procedimentos clínicos e hospitalares pelos hospitais e clínicas dessa rede, com a subdivisão da responsabilidade entre os entes federativos, a depender da complexidade e custo.

Uma vez implementadas tais políticas públicas, o orçamento do Estado é previamente alocado na quantidade necessária para provê-las, bem como a estrutura física dos hospitais, clínicas e postos de saúde, sendo preparada para tal. Pressupõe-se que, ao desenvolver tais políticas e regras, os Poderes Executivo e Legislativo levam em consideração as necessidades da população, não somente quantitativas, mas também qualitativas (Cunha Júnior, 2012; Padilha, 2012).

Apesar de todo um planejamento prévio e de todo o montante dos recursos gastos com os serviços públicos de saúde, é fato público e notório que a saúde pública no Brasil não vem sendo capaz de atender toda a população que dela necessita. A precariedade da estrutura física de atendimento, a ausência dos profissionais e, principalmente, de medicamentos e procedimentos clínicos prejudicam milhares de pessoas diariamente, levando ao ajuizamento de milhares de demandas na busca por atendimento/tratamento.

O Poder Judiciário, então, vem sendo cada vez mais instigado a se manifestar e apresentar alguma solução nesses casos concretos, ainda que, *a priori*, não tenha competência para modificar ou transpor leis, regulamentos e políticas públicas preexistentes, uma vez que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, tomar tais medidas. Baumol (2012) defende que, em termos econômicos, a tendência é a sociedade ter que alocar cada vez mais recursos financeiros para custear a saúde, porém tais recursos só serão suficientes desde que bem administrados e manejados pelo Poder Público e pelos cidadãos individualmente. Assim, apesar de a saúde ser um dos ramos de

custo sempre crescente, em paralelo, em outras áreas a produtividade tem se elevado de forma tão rápida e seu custeio tem caído tanto, que a matemática permite que sobrem recursos suficientes para que toda a população tenha acesso à saúde de qualidade.

Tese oposta é defendida, em termos jurídicos, por Ferraz e Vieira (2009), que em seus estudos apontam para a impossibilidade fática de o Estado jamais vir a ter recursos suficientes para custear a saúde pública integral para toda a sua população, uma vez analisadas as necessidades de investimento em diversas áreas, não só na saúde, mas também na educação, transporte, segurança, lazer, dentre outras. O PIB nacional e os custos para se promoverem a prevenção e o tratamento para todas as doenças existentes, para os milhões de habitantes do país, mostram-se insuficientes para tal.

Por outro lado, Alexy (2011) e Cunha Júnior (2012) frisam a eficácia imediata do direito fundamental à saúde, justificando o ativismo judicial nos processos que visam o fornecimento de medicamentos e tratamentos em geral. Afinal, mesmo com a existência de políticas públicas, leis e regulamentos, as necessidades da população não vêm sendo supridas satisfatoriamente. Em contrapartida, o Poder Judiciário não pode, em respeito ao Princípio da sua Inafastabilidade, negar-se a apresentar soluções sempre que provocado.

Em última instância, sua atuação diligente, ainda que casuística, serve para provocar revisões na lista dos medicamentos fornecidos pelo SUS e tantos outros procedimentos médicos necessários à população. Chama-nos também a atenção para tratamentos repetidamente demandados judicialmente; a necessidade de adequação e ampliação da estrutura geral de atendimento, etc. se mostra urgente. Assim, a judicialização das demandas de saúde demonstra a ineficiência das atuais políticas públicas e regras acerca do tema.

1.2 A SAÚDE NO BRASIL

O SUS - Sistema Único de Saúde - nasceu em meio à pressão dos movimentos populares de reafirmar a saúde como um direito de todas e todos. É a partir da Constituição de 1988 que ele é criado com objetivo de universalização da prestação dos serviços de saúde. Além da Constituição, o SUS é estruturado a partir de outras duas leis, a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. No § 1º do art. 1º desta última está disposto o que se segue:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

As instituições que integram o SUS, destacadamente, são o Ministério da Saúde, o CONASS e o CONASEMS. A partir de março de 2020, quando a pandemia da Covid-19 começou a atingir mais seriamente o Brasil, as atenções da sociedade brasileira e do sistema político voltaram-se para esses órgãos, especialmente para o SUS, tanto para o atendimento aos enfermos, quanto para a vacinação da população, ou mesmo para o controle de qualidade das vacinas realizado pela ANVISA. Foi um período extremamente penoso e pesaroso para prestadores de serviços e usuários do SUS, como de resto tem sido tempos difíceis em todo o mundo (Genbran Neto; Schulze, 2024).

Desde longas décadas, o SUS passa por um conjunto de estereotipação política que tenta degradá-lo cada vez mais em busca de sua privatização. Trata-se de um marketing político pesado contra as empresas públicas e com o objetivo de se reforçar cada vez mais a economia neoliberal no Brasil por meio das privatizações. É sabido por todos que as privatizações que vêm ocorrendo no Brasil estão sendo feitas em empresas públicas que sempre deram lucro ao país, mas que, a partir de agora, passam a dar lucro para setores privados da economia. Com o SUS também ocorre o mesmo.

Por isso que o SUS deve ser defendido, principalmente contra a retirada de investimentos, por ser uma importante ferramenta para assegurar o direito à vida, compreendendo o acesso à saúde como forma de cidadania. Foi ele que deu conta de todos os brasileiros na pandemia de 2022. Se não o fez melhor, é porque nenhum sistema de saúde público mundial estava preparado para solucionar os problemas de uma pandemia como a da covid-19. Qualquer pandemia é algo avassalador em termos de saúde pública.

Assim, embora se reclame bastante do SUS, ele é, segundo Simeon (2020), “o único sistema de saúde público do mundo que atende mais de 200 milhões de pessoas, sendo que 80% delas dependem exclusivamente dele para qualquer atendimento de saúde”. Sem o SUS, a maior parte da população brasileira não teria acesso à saúde:

Uma pesquisa de 2018, feita pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), mostrou que 69,7% dos brasileiros não possuem plano de saúde particular – seja individual ou empresarial. Esse percentual é ainda maior entre as pessoas das classes C, D e E, atingindo 77%. Segundo a pesquisa, R\$ 439,54 é o valor mensal médio que o brasileiro paga pelo plano de saúde privado. De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), do universo populacional brasileiro,

composto por mais de 200 milhões de pessoas, apenas 47,4 milhões têm um plano de saúde privado. Todos os brasileiros utilizam o SUS de alguma forma, pois o sistema também realiza parcerias com instituições e redes privadas de saúde (Simeon, 2020, p. 07).

Não é sem razão que o SUS realiza mais de um bilhão de procedimentos por ano:

Segundo dados do Mapa Assistencial, publicado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), foram realizados pelos SUS 1,57 bilhão de procedimentos como consultas, exames e internações somente no ano de 2018. Na segmentação de assistência médica, a realização de exames complementares somou o maior número de procedimentos no ano, totalizando 861,4 milhões. Na sequência vem consultas, com 274,3 milhões, depois procedimentos odontológicos, com 176,1 milhões, consultas e sessões com psicólogo e fisioterapeuta, com 164,2 milhões, terapias, com 93,4 milhões, e internações, com 8,1 milhões de ocorrências ao longo de 2018. Para isso, existem mais de 45 mil equipes de Saúde da Família, formadas por médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e agentes comunitários de saúde que atendem a população nos serviços de atenção primária. A atenção primária é a porta de entrada do SUS. Neste nível de atenção é possível resolver até 80% dos problemas de saúde das pessoas (Simeon, 2020, 08).

Outro ponto importante que deve ser mencionado para se verificar a dimensão da importância do SUS para a população brasileira diz respeito ao seu raio de alcance:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é usado como modelo de referência internacional por conta do seu alcance e multiplicidade de serviços de saúde. É de responsabilidade do SUS todas as ações da Vigilância Sanitária, como o controle de qualidade da água potável que chega à sua casa, na fiscalização de alimentos nos supermercados, lanchonetes e restaurantes que você utiliza diariamente, além da fiscalização de espaços públicos como aeroportos e rodoviárias. Outro serviço é a Vigilância Sanitária de Zoonoses, com a imunização de animais, castração, controle de pragas, prevenção e controle de doenças de animais urbanos e rurais, entre outras ações do tipo. Também são de responsabilidade do SUS as campanhas como as de vacinação, doação de sangue e de leite materno, que acontecem o ano todo. Outra competência do SUS é a prevenção, controle e tratamento de doenças crônicas por meio das equipes da Estratégia da Saúde da Família (ESF), além do tratamento oncológico (de câncer) nos seus mais diversos níveis. O SUS também determina as regras de vendas de medicamentos genéricos e procedimentos médicos como a doação de sangue, a doação de leite humano (por meio de Bancos de Leite Humano), a quimioterapia, os transplantes de órgãos, entre outros. Internacionalmente, o SUS é exemplo de excelência na assistência e tratamento de pessoas com Aids/HIV (Simeon, 2020).

O SUS também é o único a chegar em lugares que não seriam contemplados pelos sistemas de saúde privado por não darem lucro para as empresas:

O SUS também é responsável por atender os povos do campo, dos rios e das florestas. Alguns dos exemplos são as Equipes de Saúde Fluvial, as Unidades Básicas de Saúde (UBS) Fluviais, o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena

e as Unidades Básicas de Saúde Indígena, que atendem populações ribeirinhas e indígenas em regiões de difícil acesso do país. Outro exemplo são as UBS's nas zonas rurais, com a Estratégia de Saúde da Família Rural. Esses serviços ainda não cobrem a totalidade da população ao qual são destinados, por isso há a necessidade no aumento de investimentos (Simeon, 2020).

O SUS possui um Programa de Farmácia Popular que vem sofrendo radicais cortes financeiros e isso vem prejudicando a entrega gratuita de medicamentos à população. Algo a se pensar, neste momento, é: compensa deixar a população sem acesso a medicamentos e ter que atendê-la por meio da judicialização desse direito? Financeiramente, talvez até compense, mas em termos de garantia de um direito humano fundamental, não. É realmente preciso se escolher governantes comprometidos com questões sociais do país.

O SUS também é responsável por oferecer um sistema de vacinação extremamente eficaz: “São mais de 300 milhões de doses disponibilizadas todos os anos. Ao todo estão disponíveis 42 tipos de imunobiológicos e 25 vacinas que atendem a população nas diferentes faixas etárias: crianças, adolescentes, adultos e idosos” (Simeon, 2020, p. 13). Infelizmente se verificaram muitas falhas na administração pública brasileira nesse período de pandemia, fato que dificultou um pouco o acesso à vacinação em massa de maneira rápida.

A Emenda Constitucional 95, sobre o Teto dos Gastos, apresentada como Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 241 na Câmara dos Deputados, e PEC 55 no Senado Federal, foi aprovada em 2017, durante o governo Temer. Essa medida ultraneoliberal destruiu direitos conquistados pelo povo brasileiro e assegurados pela Constituição Federal de 1988 – com o pacto de justiça social. A aprovação significou um congelamento, por 20 anos, de investimentos em áreas fundamentais como saúde e educação. Para se ter uma ideia, “(...) somente em 2019, o SUS deixou de receber R\$ 20 bilhões do orçamento federal. A estimativa é que em 20 anos até R\$ 400 bilhões deixem de ser repassados para a saúde pública” (Simeon, 2020, p. 14).

O Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS – possui dados de que:

no ano 2000, o governo federal respondia por 72% dos recursos da saúde pública, cabendo a estados e municípios os 28% restantes. Em 2019, a proporção seria outra: 42% da União e 58% de estados e municípios. Em 2019 o SUS recebeu R\$ 147,43 bilhões em investimentos, enquanto, segundo o Tesouro Nacional, foram destinados R\$ 373,4 bilhões somente para o abatimento de juros da dívida pública em 2018 – mais que o dobro do valor -, uma nítida priorização dos interesses do capital financeiro/especulativo, em detrimento das vidas e dos direitos do povo brasileiro.

É preciso apenas que a população lute em defesa do SUS, assim como lutou para a sua criação. Precisa-se, por exemplo, lutar pela revogação dessa emenda constitucional por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Atualmente, existe a “(ADI) 5.658, que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF). A ação tem como finalidade revogar o teto de gastos imposto pela EC 95 e tornar inconstitucional qualquer outra medida que retire investimentos da saúde” (Simeon, 2020, p. 15). Não se pode dizer que não se gosta de política, porque é com ela que se pode garantir a efetivação de dos direitos.

O grande problema é que o Brasil sempre foi um país submetido a uma corrupção endêmica e institucionalizada sem precedentes. O advento da Constituição Cidadã, trazendo um desejo e um espírito de mudanças civis, políticas, sociais e administrativas que paira sobre a população, passa a ter em suas mãos uma arma importantíssima para o implemento de mudanças no sistema político: o direito de voto. É por meio do voto que exercemos a cidadania.

A cidadania é o conjunto de direitos civis, políticos e sociais de que goza o indivíduo através do seu vínculo interativo com o Estado. Cidadania é a expressão material do exercício da democracia. Ser cidadão pressupõe um agir no sentido de participar ativamente das discussões políticas acerca dos problemas da cidade - difere, portanto, do indivíduo inerte. Não basta para a sua caracterização uma noção formal de meros direitos postos no ordenamento jurídico. Hoje a cidadania é um conceito amplo e deve ser analisada sob uma perspectiva prática: o cidadão deve conhecer seus direitos e deveres, e utilizá-los no dia a dia, protagonizá-los politicamente, seja debatendo, discutindo, buscando e propondo soluções para os problemas da cidade, do estado e do país (Benevides, 2013, p. 57).

Desde seus primórdios até o requintado capitalismo financeiro global que hoje conhecemos, a humanidade experimentou progresso notável. Mas nesse caminhar em direção ao futuro, calcado sobretudo no avanço tecnológico e científico, rompem-se com valores do passado e negligenciam-se as questões éticas. Globalizados e desiguais como nunca, é imperativo à própria sobrevivência que se pense num programa de reconstrução ética do mundo: quem somos nós, afinal, e o que faremos com a capacidade crescente de interferir na biosfera e na evolução do gênero humano? (Comparato, 2014, p. 66).

Comparato (2014, p. 82) reflete que os princípios e as instituições que deverão nortear a fundação do que chama de "sociedade universal do gênero humano" é o da ética. Para ele, somente ela há de nos indicar o caminho da plenitude da vida e de uma maior

igualdade entre os homens. É com esse espírito que surge o *compliance*, que designa um modo de fazer em conformidade com leis e regulamentos externos e internos. O termo é muito associado ao justo cumprimento dos deveres morais da sociedade. As decisões políticas na sociedade devem estar pautadas nessa valorização de valores morais e éticos (IBGC, 2017). É esse espírito de licitude pelo qual a sociedade clama hodiernamente.

Infelizmente, esse espírito de imoralidade e antieticidade se devem, em parte, à própria formação social. Darcy Ribeiro (2019) concebeu estudos fundamentais a respeito de pontos nodais da gênese da sociedade brasileira. A luta dos indígenas para manter viva sua cultura, as agruras sofridas pelos povos africanos aqui escravizados, os dramas vivenciados durante o século XX para a constituição da democracia no Brasil foram alguns dos dilemas históricos abordados pelo Mestre. Em *O Povo Brasileiro*, ele expõe as agonias e os êxitos da formação brasileira de maneira simples e objetiva. Nele, observa-se que a nação brasileira adquiriu plenas condições para lidar com as adversidades e diferenças e para se constituir como um modelo de civilização por ter enfrentado brava e criativamente enormes desafios em sua história.

É possível se combater a corrupção sem destruir o país. Quando Walfrido Warde radiografa os efeitos devastadores dos crimes de colarinho branco no Brasil e analisa os equívocos do sistema criado para enfrentar a roubalheira, em sua obra *O Espetáculo da Corrupção*, explica que não se precisa destruir o capitalismo brasileiro para se combater a corrupção. Não se precisa destruir as empresas para punir os empresários corruptos, e, tampouco, se precisa destruir a política para prender os políticos corruptos (Warde, 2018).

Caio Prado Júnior, em *Formação do Brasil Contemporâneo*, explica que existem muitos desafios tenazes, ainda hoje abertos à sociedade. Sua tese fundamental é a de “sentido da colonização”, que expressa a reiteração, mesmo após a independência política, do papel do Brasil como fornecedor de produtos primários demandados pelo mercado externo. Apesar das mudanças em curso desde então, e das novas configurações da cada vez mais complexa dialética entre centro e periferia, talvez bastasse constatar a importância no Brasil de hoje das *commodities* agrícolas e minerais para sugerir a atualidade da análise central do livro. Isso significa que é preciso que se valorizem e acreditem nas potencialidades do país. É preciso que se dispa do pensamento de que existe sempre um lado que irá suprir outro mais forte, e que o Brasil foi e deve continuar sendo o lado que supre os mais fortes. Internamente, dispe-se do ideário de uns explorarem os outros.

É por isso que Lília Moritz Schwarcz e Heloísa Murgel Starling (2018) traçam um retrato do país, defendendo que o Brasil bem merecia uma nova história. Elas propõem uma nova (e pouco convencional) história do Brasil. Nessa travessia de mais de quinhentos anos, se debruçam não somente sobre a "grande história", mas também sobre o cotidiano, a expressão artística e a cultura, as minorias, os ciclos econômicos e os conflitos sociais (muitas vezes subvertendo as datas e os eventos consagrados pela tradição). No fundo da cena, mantêm ainda diálogo constante com aqueles autores que, antes delas, lançaram-se na difícil empreitada de tentar interpretar ou, pelo menos, entender o Brasil. A história que surge dessas páginas é a de um longo processo de embates e avanços sociais inconclusos, em que a construção falhada da cidadania, a herança contraditória da mestiçagem e a violência aparecem como traços persistentes. A democracia é posta em xeque, assim como os desdobramentos das manifestações populares e o impeachment de Dilma Rousseff, entre outros acontecimentos marcantes dos últimos anos.

Vale ressaltar ainda que o francês Thomas Piketty (2014) apresenta excelentes considerações acerca da concentração de riqueza e da evolução da desigualdade no mundo. O livro se apoia em dados que remontam ao século XVIII, provenientes de mais de vinte países, para chegar a conclusões explosivas. O crescimento econômico e a difusão do conhecimento impediram que fosse concretizado o cenário apocalíptico previsto por Karl Marx no século XIX. Porém, os registros históricos demonstram que o capitalismo tende a criar um círculo vicioso de desigualdade, pois, no longo prazo, a taxa de retorno sobre os ativos é maior que o ritmo do crescimento econômico, o que se traduz numa concentração cada vez maior da riqueza. Uma situação de desigualdade extrema pode levar a um descontentamento geral e até ameaçar os valores democráticos.

Mas Piketty (2014) lembra também que a intervenção política já foi capaz de reverter tal quadro no passado e poderá voltar a fazê-lo. Ele deseja renovar inteiramente a compreensão sobre a dinâmica do capitalismo ao colocar sua contradição fundamental na relação entre o crescimento econômico e o rendimento do capital.

Todo esse panorama brasileiro é apresentado para se tentar entender que a saúde no Brasil, assim como vários outros direitos sociais, sofre com a corrupção deslavada no sistema administrativo público. Deseja-se urgentemente a ética nos sistemas morais elaborados pelos seres humanos, clama-se por licitude como nunca antes na história da humanidade. O legislativo pode modificar radicalmente as prioridades na política de um país. É preciso que a saúde esteja em primeiro lugar no país.

Assim, entende-se que o sistema público de saúde no Brasil precisa estar revestido de um arcabouço de licitude e ética, distanciando-se do ideário de que ele é um campo fértil para a corrupção. Esse já seria um grande passo contra a judicialização da saúde no Brasil.

1.2.1 Direito à saúde em números

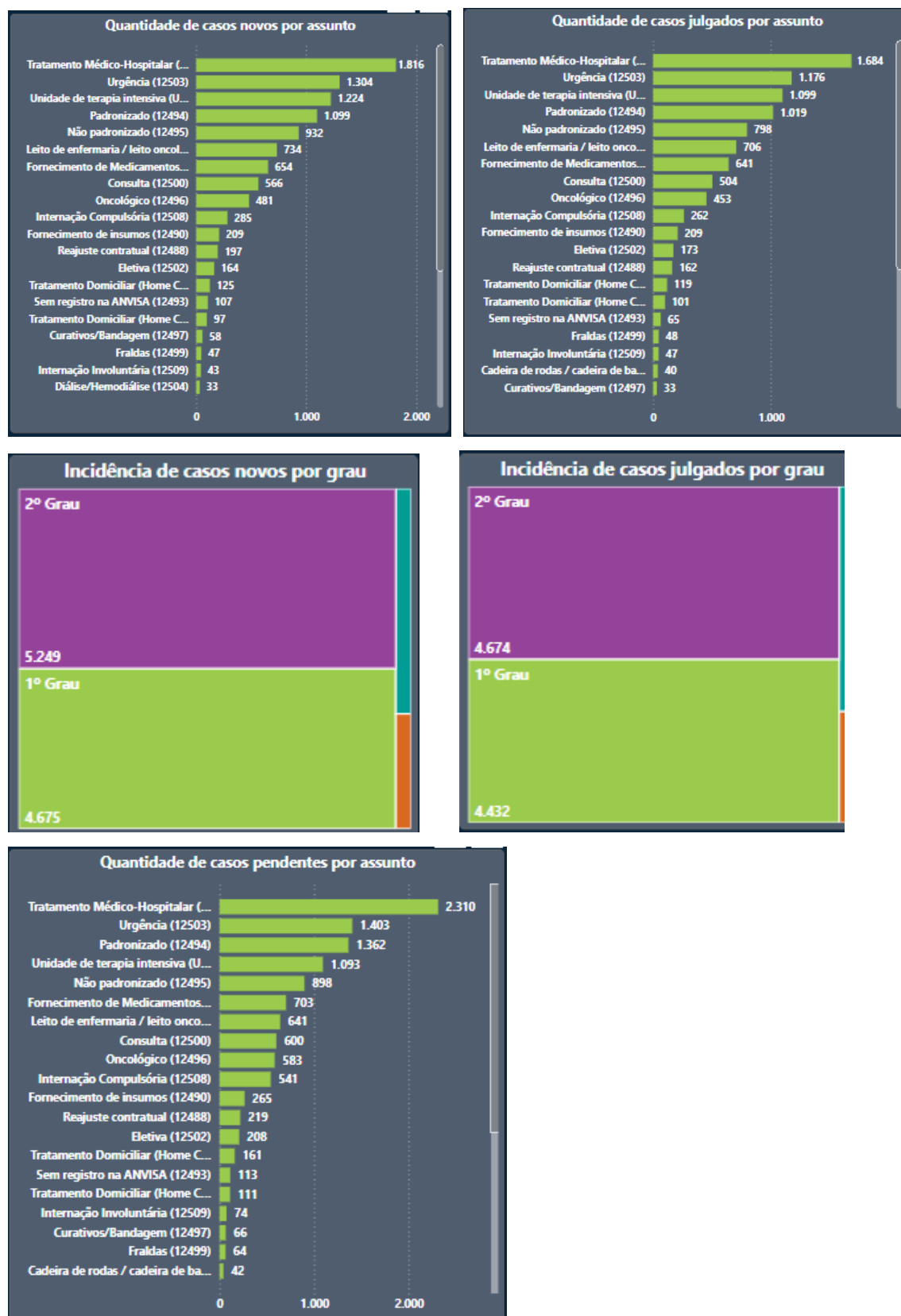
A judicialização da saúde é uma prática que começou a partir da década de 1980, quando iniciaram a implementação de políticas públicas na área da saúde e, conseqüentemente, emergiram as dificuldades do governo em atender o que era prometido. Outros motivos que ajudaram a amplificar a procura são o envelhecimento da população, a crise econômica e os cortes na saúde. Os dois últimos foram conseqüências diretas para o aumento de usuários da rede pública de saúde. Atualmente, cerca de 70% de brasileiros dependem exclusivamente do sistema (Ventura, 2010, p. 47).

O TJGO, com sede em Goiânia e jurisdição em todo o território estadual, é o órgão máximo do Poder Judiciário e compõe-se de 78 (setenta e oito) desembargadores nomeados na forma da Constituição e das Leis. Sua missão é realizar justiça, assegurando à sociedade um serviço acessível, ágil, eficaz e efetivo, que resguarde a todos o direito, a dignidade e a cidadania, a fim de ser reconhecido como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social. Seus valores institucionais são os da credibilidade, celeridade, modernidade, acessibilidade, imparcialidade, transparência e controle social, ética, probidade e responsabilidade socioambiental.

O TJGO está engajado na necessidade de se sistematizarem mecanismos que promovam um ambiente de apoio à gestão para que ele possa contribuir em mudar a concepção de corrupção estrutural arraigada à sociedade. Ações de sucesso devem ser difundidas para outros tribunais em atenção ao desenvolvimento da justiça no país. De acordo com os dados observados na figura 2, notamos que de 2015 para 2020, o número de casos novos em saúde subiu em 5x. Trata-se de dados alarmantes, que sobrecarregam a estrutura do judiciário.

Neste sentido, o CNJ (2024) aponta a seguinte gestão processual de casos em saúde no TJGO:

FIGURA 1 – GESTÃO PROCESSUAL DO TJGO 2024 DE CASOS EM SAÚDE



FONTE: CNJ, 2024.

Os números da judicialização da saúde no TJGO até julho de 2024 são alarmantes: atualmente existem 10.321 casos novos, tendo sido julgados 9.508 até julho. Há atualmente 11.703 casos pendentes (CNJ, 2024).

A figura acima traz um panorama atual sobre os dados em saúde no Estado de Goiás contado até julho do ano de 2024. A primeira figura da esquerda apresenta os casos novos em saúde por assunto, destacando-se tratamento médico-hospitalar com 1.816 casos, urgências com 1.304 e UTI com 1.224. Os casos julgados para essas três principais questões foram, respectivamente, 1.684, 1.176 e 1.099, e pendentes até julho de 2024 são, respectivamente, 2.310, 1.403 e 1.362 (CNJ, 2024).

A incidência de casos novos na justiça de primeiro grau é de 4.675 casos, ao passo que a de segundo grau é de 5.249. Os casos julgados foram, respectivamente, 4.432 e 4.674 (CNJ, 2024).

Por grau, chega-se a ter os dados da figura a seguir:

FIGURA 2 – CASOS NOVOS POR MÊS DE SAÚDE NOS TRIBUNAIS



FONTE: CNJ, 2024.

No Brasil, os números de casos novos que chegam aos tribunais, por mês, são alarmantes: até julho de 2024, os dados chegam a dobrar, se comparados com os do momento da pandemia. Em 2020, havia 31.209 casos novos por mês, em oposição a 61.896 de 2024.

O aumento dessa procura impacta diretamente os cofres públicos. Até 2023, os dados apresentados pelo TCU GO são de R\$ 3.774.931.646,44 em despesas líquidas com saúde, tendo sido pagas R\$ 2.118.452.810,59. Restam ainda R\$ 1.860.327.145,12 a serem pagas.

O que se observa é que há interesse público em se aumentarem os investimentos em saúde, como no exemplo do Estado de Goiás, que em 2023 teve um investimento de R\$ 886,4 milhões em atenção básica à saúde, enquanto em 2024, o montante previsto é de R\$ 1,1 bilhão. Isso representa um aumento de 30% em relação ao ano anterior. Em âmbito nacional, o repasse em 2024 foi 28% maior que no ano passado - para este ano, está previsto um repasse de R\$ 35 bilhões, frente aos R\$ 27,3 bilhões executados em 2023. Todavia, são números ainda insuficientes frente a demanda da população (MS, 2024).

Esse aumento vertiginoso de processos é o que se chama de judicialização da saúde e isso se deve porque o acesso universal e igualitário à saúde é uma garantia da Constituição Federal Brasileira. Todavia, o Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro não contempla os quase 190 milhões de brasileiros que atende, já que nem todos os tratamentos são disponibilizados pelo serviço. O Poder Público tenta pagar o que deve, como visto, mas os valores ultrapassam os limites orçamentários dos Estados. Isso causa um descontrole nas políticas públicas estipuladas para o SUS.

Por trás do funcionamento do Sistema Único de Saúde há uma política estruturada, discutida em todos os níveis da administração pública e com a participação da comunidade. Há uma política pública programada para atender a saúde de mais de 210 milhões de brasileiros. O orçamento público está organizado para atender ao que fora planejado.

Todavia, para o Estado atender a demanda judicial, parte do orçamento previamente planejado pelo SUS precisa ser deslocado. Isso gera um abismo financeiro nas ações em saúde pública que haviam sido estipuladas com aquele orçamento que agora está destinado às demandas judiciais. Por conseguinte, novas ações judiciais em saúde poderão vir a surgir por conta disso. Cria-se um efeito dominó na saúde, que nunca se é sanado.

Era preciso explicar a que este trabalho veio: tentar apresentar uma proposta viável para essa problemática.

Ademais, a saúde, como dimensão da vida do indivíduo ou coletividade, inter-relacionada com os outros setores (político-econômico) da vida em sociedade e indissociável da ideia de qualidade, teve, nas últimas décadas, conceitos e demandas significativamente ampliados, com reflexos nos cenários decisório, regulatório e científico. Dentre os fatores motivadores dessa expansão, destacam-se as demandas sociais das populações (aumento da expectativa de vida e envelhecimento, aumento da carga de doenças, particularidades do estilo de vida moderno, etc.) e a abundante oferta

de novas tecnologias em saúde. Estas têm exigido, cada vez mais, recursos, comprometendo (ainda mais) a sustentabilidade do orçamento da saúde (Scaff, 2018).

No Brasil, a judicialização da assistência à saúde é um tema de relevância crescente. Afora os motivos explicitados até o momento para essa realidade, há ainda as lacunas nas políticas públicas de saúde ou falhas em sua execução. Isso é preocupante porque, embora as políticas públicas sejam, por um lado, consideradas uma via de reivindicação social, por outro podem aprofundar as desigualdades no acesso aos cuidados em saúde.

Esse aprofundamento das desigualdades no acesso aos cuidados acaba interferindo, também, em um princípio constitucional econômico relevante que é o da necessidade de redução das desigualdades sociais previsto no art. 170, inciso VII da CF/88, que será melhor estudado no próximo capítulo.

A saúde é um direito humano fundamental indispensável à vida das pessoas. Ele deve ter toda a atenção do Poder Público em busca de seu efetivo cumprimento. Todavia, não é o que se tem verificado.

O fenômeno da judicialização da saúde é crescente em todo o Brasil, como visto nas figuras. No Estado de Goiás, os dados são alarmantes de pessoas que ingressam com pedidos dos mais diversos relativos ao atendimento de direito à saúde. Gastos públicos não previstos para se atenderem a essas demandas judiciais acabam gerando um descontrole nas finanças públicas do Estado. Tudo isso acabada ocasionando impactos estruturais gritantes na administração pública e princípios fundamentais constitucionalmente previstos ficam ameaçados de serem efetivados, como os relativos à seara econômica.

A judicialização da saúde no Estado de Goiás envolve questões na ordem do planejamento financeiro e orçamentário da Administração Pública Estadual, o cumprimento efetivo de direitos fundamentais, e a programação de ações e serviços públicos em saúde previstos para o SUS. Nota-se a intenção do Poder Judiciário em dar efetividade aos direitos sociais inscritos na Constituição, mas isso acaba impactando as finanças públicas. Ademais, a individualização das demandas termina por favorecer apenas aqueles com fácil acesso ao Judiciário, e, portanto, não conduz a uma efetiva transformação social.

Mas antes de se refletir sobre qual norte se dará a esse problema, é preciso continuar. A seguir, tem-se uma explanação sobre os mecanismos de proteção da saúde.

1.3 LEGISLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988 foi detalhista na conformação do direito à saúde no país. Seus artigos 23, II, e 24, XII dispõem sobre as competências dos entes federativos em matéria de proteção e defesa da saúde (BRASIL, 1988). Assim, o artigo 23, II, dispõe ser competência comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências”.

Pela competência comum fixada na CF/88, todos os entes federativos são responsáveis pela execução de ações e serviços destinados a cuidar da saúde e devem se articular em um federalismo cooperativo. Logo em seguida, a Constituição prevê, em seu artigo 24, XII, a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal em matéria de proteção e defesa da saúde. Dispõe o texto constitucional: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre (...) previdência social, proteção e defesa da saúde”.

Nesse aspecto legislativo, o papel dos municípios é suplementar, na medida em que o artigo 30, II, estabelece ser competência dos municípios “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. Ainda na Constituição de 1988 encontramos normas jurídicas específicas de reconhecimento e proteção do direito à saúde, expressas nos artigos 6º, 194 e 195, que tratam da seguridade social, e, em especial, nos artigos 196 a 200, que tratam especificamente da saúde e fornecem a base jurídico-constitucional da proteção do direito à saúde no país.

As referidas normas dispõem sobre os princípios básicos que devem reger as ações e serviços públicos de saúde (artigo 198, caput, I a III) e sobre os deveres do poder público (artigos 196 e 197); organizam o SUS e definem suas competências (artigo 200); estipulam os patamares mínimos de financiamento das ações e serviços públicos de saúde (artigo 198, parágrafos 1º, 2º e 3º); e definem os critérios da participação da iniciativa privada na assistência à saúde (artigo 199). Estas normas oferecem, enfim, ao direito à saúde as grandes bases de sua proteção.

Esse conjunto normativo oferece as bases legislativas de reconhecimento e proteção do direito à saúde no Brasil. Dentre outras disposições, apresentam um conceito de saúde, detalham o dever do Estado com relação ao direito à saúde, por meio de dispositivos que estruturam o sistema público de saúde, e tornam claros seus princípios, diretrizes, objetivos, competências e fontes de financiamento, assim como orientam a

organização, direção e gestão do sistema e a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder.

Destaque-se a Lei n. 8.142/1990, que inovou em termos de gestão participativa do Estado e criou instituições participativas e democráticas para atuarem de forma integrada com o Estado, tais como os conselhos de saúde e as conferências de saúde. Após as reformas reguladoras realizadas no país no final dos anos 1990 (a maioria das quais, ligada a planos de privatização ambiciosos), o setor de saúde começou a ser supervisionado por duas agências reguladoras estatais, criadas nos anos de 1999 e 2000: a ANVISA e a ANS.

A função básica dessas duas agências reguladoras brasileiras é a de proteger o direito à saúde de acordo com os poderes previstos pelo Congresso. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei n. 9.782, de 1999, como uma instituição independente, vinculada ao Ministério da Saúde. O objetivo institucional da ANVISA é promover e proteger a saúde da população. Para tanto, ela emite normas, controla e supervisiona produtos, substâncias e serviços ligados à saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma agência independente, vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei n. 9.961, de 2000. Ela regula o setor de saúde privado (também conhecido como setor suplementar da saúde), estabelecendo normas e fiscalizando e controlando empresas privadas que oferecem serviços de saúde. Sua função inclui controle de preços e supervisão da qualidade e eficiência dos serviços.

Merece destaque também a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Ela se apresenta como uma das principais legislações que regulamentam o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. Conhecida como a Lei Orgânica da Saúde, estabelece as bases para a organização e o funcionamento do SUS.

A referida lei tem como objetivo do SUS a promoção, proteção e recuperação da saúde, garantindo acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Ela estabelece ainda princípios como a universalidade, integralidade e equidade no atendimento à saúde, e define diretrizes como a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, e a participação da comunidade.

A lei acima ainda detalha a estrutura organizacional do SUS, incluindo as atribuições das três esferas de governo (federal, estadual e municipal) na gestão e execução das ações e serviços de saúde. O financiamento do SUS é feito por recursos da seguridade social, além de outras fontes como impostos e contribuições sociais. O

conjunto de ações e serviços que compõem o SUS abrange desde a atenção básica até a alta complexidade, além de vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental.

Essa lei também permite a participação complementar da iniciativa privada no SUS, desde que respeitadas as diretrizes do sistema público. Quanto ao controle social, ela estabelece mecanismos como os conselhos de saúde, que permitem a participação da sociedade na formulação e fiscalização das políticas de saúde.

A Lei 8.080 é fundamental para garantir o direito à saúde como previsto na Constituição Federal de 1988, estruturando o SUS para atender às necessidades de saúde da população brasileira de forma integral e gratuita.

Para complementar a visão sistemática da ordem jurídica sanitária, impera destacar o Decreto Federal n.º 7.508/11, que regulamenta a Lei n.º 8.080/90, e, ao tratar da organização do SUS, disciplina a hierarquização e a regulação do SUS, estabelecendo que o acesso ordenado ao sistema público de saúde se iniciará pelas portas de entrada do SUS e se completará nas redes de atenção à saúde. Neste sentido, embora o número de demandas judiciais em saúde esteja aumentando vertiginosamente, o SUS continua a exercer a sua função com maestria.

Nota-se que o Poder Legislativo (por meio de Lei) e o Poder Executivo (por meio de Decretos/Portarias/Resoluções) normatizam a área da saúde, seja criando regras de conduta, seja criando políticas públicas e deveres mais específicos para as autoridades públicas no que se refere à efetivação do direito à saúde. Vale reforçar que o direito da saúde no Brasil, embora dotado de um conjunto expressivo de leis e dispositivos constitucionais, é consolidado e constituído majoritariamente por meio de normas infralegais.

Essas normas infralegais desempenham um papel crucial na regulamentação da saúde no Brasil por várias razões: a) permitem uma atualização mais ágil e flexível das regras e diretrizes de saúde. Isso é essencial em um setor como a saúde, onde novas tecnologias, tratamentos e desafios sanitários surgem frequentemente; b) trazem um detalhamento técnico, pois, muitas vezes, as leis são gerais e não entram em detalhes técnicos específicos. Assim, as normas infralegais complementam a legislação ao fornecer diretrizes mais detalhadas e específicas, necessárias para a implementação prática das políticas de saúde; b) conferem mais rapidez na implementação das ações em saúde no caso, uma vez que não exigem o mesmo processo legislativo complexo e demorado que as leis, permitindo uma resposta mais rápida a emergências de saúde pública ou a necessidades específicas do sistema de saúde; c) geralmente são elaboradas

por órgãos técnicos e especializados, como o Ministério da Saúde ou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), garantindo que as regulamentações sejam baseadas em conhecimentos científicos e técnicos atualizados; d) e, por final, servem para complementar e detalhar as leis existentes, assegurando que os objetivos das políticas públicas de saúde sejam alcançados de maneira eficaz e eficiente (BARROSO, 2018).

Essas normas são fundamentais para garantir que o sistema de saúde brasileiro funcione de maneira organizada, eficiente e capaz de responder às necessidades da população. A seguir, elencam-se as principais delas:

FIGURA 3 – NORMAS INFRALEGAIS EM SAÚDE

NORMA JURÍDICA INFRALEGAL	CONTEÚDO
Portaria n. 2.203, de 5 de novembro de 1996.	Norma Operacional Básica – NOB 1/96 do Sistema Único de Saúde (SUS) -
Portaria n. 373, de 27 de fevereiro de 2002.	Norma Operacional da Assistência à Saúde / SUS - NOAS-SUS 01/02 -
Portaria n. 399, de 22 de fevereiro de 2006.	Pacto pela Saúde.
Decreto n. 7.508/2011.	Regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.
Portaria n. 2.488, de 21 de outubro de 2011.	Política Nacional de Atenção Básica e Estratégia Saúde da Família
Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998.	Política Nacional de Medicamentos
Portaria GM/MS n. 01/2015.	Relação Nacional de Medicamentos (RENAME)
(DOU – suplemento em 03/10/2017) Portaria de Consolidação n. 1.	PRC-1: CONSOLIDAÇÃO, PORTARIA NORMATIVA, DIREITO À SAÚDE, USUÁRIO DO SUS, ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO, FUNCIONAMENTO, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). (DOU – pag. 1) [Acesso à Matriz de Consolidação: Compêndio com informações estruturadas em abas - Atual. até 28.09.2017]
(DOU – suplemento em 03/10/2017) Portaria de Consolidação n. 2.	PRC-2: CONSOLIDAÇÃO, PORTARIA NORMATIVA, POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). (DOU – pag. 61) [Acesso à Matriz de Consolidação: Compêndio com informações estruturadas em abas - Atual. até 28.09.2017]
(DOU – suplemento em 03/10/2017) Portaria de Consolidação n. 3.	PRC-3: CONSOLIDAÇÃO, PORTARIA NORMATIVA, REGULAMENTAÇÃO, REDE DE ATENÇÃO À SAÚDE, REDE DE SERVIÇO DE SAÚDE, REDES ESTADUAIS, REDES REGIONAIS, REDES TEMÁTICAS DE ATENÇÃO À SAÚDE. (DOU – pag. 192) [Acesso à Matriz de Consolidação: Compêndio com informações estruturadas em abas - Atual. até 28.09.2017]
(DOU – suplemento em 03/10/2017) Portaria de Consolidação n. 4.	PRC-4: CONSOLIDAÇÃO, PORTARIA NORMATIVA, ADMINISTRAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMAÇÕES, PLANOS DE SISTEMAS DE SAÚDE, SISTEMA DE CONTROLE, SISTEMA DE INFORMAÇÃO AMBULATORIAL, SISTEMA DE INFORMAÇÃO EM SAÚDE (SIS), SISTEMA DE SAÚDE, SISTEMA INTEGRADO DE SAÚDE, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). (DOU – pag. 288) (Alterada: Pt 2733 em 20/10/2017- pag. 126) [Acesso à Matriz de Consolidação: Compêndio com informações estruturadas em abas - Atual. até 28.09.2017]

(DOU – suplemento em 03/10/2017) Portaria de Consolidação n. 5.	PRC-5: CONSOLIDAÇÃO, PORTARIA NORMATIVA, AÇÕES DE SAÚDE, AÇÕES DE VIGILÂNCIA, PREVENÇÃO E CONTROLE, SERVIÇOS DE SAÚDE, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), PROGRAMAS NACIONAIS DE SAÚDE. (DOU – pag. 360) [Acesso à Matriz de Consolidação: Compêndio com informações estruturadas em abas - Atual. até 28.09.2017]
(DOU – suplemento em 03/10/2017) Portaria de Consolidação n. 6.	PRC-6: CONSOLIDAÇÃO, PORTARIA NORMATIVA, FINANCIAMENTO DA SAÚDE, FINANCIAMENTO DO FUNDO DE AÇÕES ESTRATÉGICAS E COMPENSAÇÃO (FAEC), TRANSFERÊNCIA DE RECURSO, TRANSFERÊNCIA FUNDO A FUNDO, RECURSOS FEDERAIS, SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). (DOU – pag. 569) (Alterada: Pt 2663 em 16/10/2017- pag. 36) [Acesso à Matriz de Consolidação: Compêndio com informações estruturadas em abas - Atual. até 28.09.2017]

Figura 72: Normas jurídicas infralegais estruturantes do direito da saúde brasileiro

FONTE: CNJ, 2024.

É importante que se apresente este panorama das leis em saúde no Brasil, para que se entenda que o problema da judicialização da saúde não se deve em razão da falta de legislação para o caso. Isso reforça ainda mais o que se pretende afirmar ao final: a necessidade de um planejamento de ações das políticas públicas baseada em protocolos que envolvam um viés social e econômico. Acredita-se, aqui, que deve haver uma ponderação de ações neste sentido. No último capítulo, melhor se explica este fato.

O próprio Estado de Goiás também apresenta uma estrutura em saúde a contento para a realidade econômica do Estado, como se verá a seguir.

1.4 ESTRUTURA EM SAÚDE NO ESTADO DE GOIÁS

O Estado de Goiás tem se mostrado adequado a todas as exigências em saúde, fato que se comprova com a sua estrutura do SUS. A Secretaria de Estado da Saúde (SES/GO) é um órgão da administração direta do Poder Executivo do Estado de Goiás, criado pela Lei n. 3.999, de 14 de novembro de 1961, item 2, inciso I, art. 6º. A Estrutura Organizacional da SES/GO segue o disposto na Lei da Reforma Administrativa do 1º Governo do Dr. Ronaldo Caiado nº 20.491/2019 e suas alterações. A SES em 2022 estava dividida em 01 (uma) subsecretaria e 08 (oito) superintendências responsáveis por atender ao cidadão por meio de suas atividades (GO, SSE, 2022).

Compete à Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Goiás (DECRETO Nº 9.595, de 21 de janeiro de 2020):

- I – a formulação e a execução da política estadual de saúde pública;
- II – o exercício do poder de polícia sobre as atividades relacionadas com serviços de saúde, produção de alimentos, drogas e medicamentos;
- III – a gestão, a coordenação e a fiscalização do Sistema Único de Saúde no

Estado;

IV – a administração dos sistemas de vigilância epidemiológica, sanitária, ambiental em saúde, de saúde do trabalhador e da rede estadual de laboratórios de saúde pública;

V – a promoção da pesquisa científica e da educação profissional e tecnológica, visando à formação, à capacitação e à qualificação para o serviço público na área da saúde.

Sua missão é a de liderar a Política Estadual de Saúde com ênfase na Regionalização, promovendo maior satisfação e melhoria da saúde da população no Estado de Goiás. A visão organizacional da Secretaria de Saúde é a de ser referência na regionalização, na regulação do acesso e na eficiência operacional e financeira em saúde até 2024.

Vale ressaltar aqui que a Lei Complementar nº 141/2012, em seu artigo 6º, dispõe que os Estados e o Distrito Federal, anualmente, devem aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação de impostos em ações e serviços públicos de saúde. Assim sendo, o Estado de Goiás, por meio da Secretaria de Estado da Saúde, investiu 13,62% de sua arrecadação na área da Saúde (GO, SSE, 2024).

Ademais, os hospitais estaduais são geridos por Organizações Sociais de Saúde (OSS) e Organizações da Sociedade Civil (OSC) conveniadas ao Governo do Estado por meio de um contrato de gestão e por termo de colaboração e/ou fomento. Atualmente, o Estado de Goiás implementa diversos programas de saúde com o objetivo de melhorar o atendimento à população e promover a saúde em diversas áreas: (i) Programa Saúde da Família (PSF): Focado na atenção primária, o PSF busca ampliar o acesso da população aos serviços básicos de saúde, promovendo ações de prevenção, diagnóstico e tratamento. As equipes de saúde da família atuam diretamente nas comunidades, realizando visitas domiciliares e acompanhando a saúde das famílias; (ii) Rede de Atenção à Saúde (RAS): Estruturada para integrar os diferentes níveis de atenção (primária, secundária e terciária), a RAS visa garantir a continuidade do cuidado, facilitando o acesso a serviços especializados quando necessário; (iii) Programa de Imunização: Goiás participa do Programa Nacional de Imunizações, promovendo campanhas de vacinação para prevenir doenças como gripe, sarampo, poliomielite, entre outras. A vacinação é uma prioridade para o estado, especialmente em tempos de pandemia; (iv) Saúde Mental: O estado possui iniciativas voltadas para a saúde mental, com centros de atenção psicossocial (CAPS) que oferecem suporte a pessoas com transtornos mentais e dependência química; (v) Programa de Controle de Doenças Endêmicas: Goiás realiza ações para o controle e prevenção de doenças endêmicas, como dengue, zika, chikungunya e leishmaniose,

através de campanhas de conscientização e combate aos vetores; (vi) Saúde da Mulher e da Criança: Programas específicos visam garantir o atendimento integral à saúde da mulher e da criança, incluindo o pré-natal, parto humanizado, e acompanhamento do desenvolvimento infantil; (vii) e Telemedicina e Telessaúde: Com o objetivo de ampliar o acesso a especialistas, especialmente em áreas remotas, Goiás tem investido em tecnologias de telemedicina, permitindo consultas e diagnósticos à distância.

Esses programas são parte dos esforços do governo estadual para melhorar a qualidade de vida e a saúde da população em Goiás (Secretaria de Estado da Saúde de Goiás, 2024). Todavia, pelos dados vistos nas figuras do TJGO a respeito das demandas judiciais novas no Estado, ainda é preciso se fazer mais. Surge então um questionamento: por que o poder executivo não faz esse a mais, para que as demandas judiciais no Estado diminuam? Trataremos sobre isso mais adiante.

Portanto, a saúde é um direito social humano fundamental, com status de preceito fundamental por estar imbrincada aos direitos humanos. Trata-se de um direito previsto constitucionalmente e que deve, obrigatoriamente, ser atendido por parte do poder público.

Existe legislação pertinente para a saúde, e a administração pública cumpre. Esta tem procurado, a cada ano, investir mais em saúde, a exemplo da excelente estrutura apresentada pelo SUS.

Todavia, os números de demandas judiciais apresentados pelo CNJ sobre os casos novos em saúde a cada ano e mês têm demonstrado que ainda é preciso fazer mais. O TJGO possui várias demais pendentes e julgadas, e o número continua elevado.

É preciso se investigar o que está faltando para se resolver este problema da judicialização da saúde no Brasil. É isso que se continuará a investigar no capítulo seguinte.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

Este capítulo aborda uma das temáticas mais debatidas no mundo jurídico na atualidade: a judicialização da saúde. Trata-se de um fenômeno em que indivíduos ou grupos recorrem ao Poder Judiciário para garantir o acesso a tratamentos médicos, medicamentos e outros serviços de saúde que não são fornecidos pelo Estado ou por

planos de saúde. Este processo envolve a intervenção judicial em questões que, em princípio, deveriam ser resolvidas pelas políticas públicas de saúde.

O Direito Constitucional Econômico se apresenta aqui como bastante pertinente para tentar dirimir a questão. O método da análise econômica do direito fornece subsídios necessários para se constatar a racionalidade dos agentes públicos, a eficiência de suas ações, o custo de oportunidade das mudanças necessárias para se enfrentar a judicialização da saúde, externalidades, e distribuição de recursos e incentivos envolvidos na temática.

É sobre essas questões que iremos nos aprofundar neste momento.

2.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

A judicialização da saúde refere-se ao uso do sistema judiciário para reivindicar direitos relacionados à saúde. No Brasil, este fenômeno é particularmente relevante e crescente devido ao artigo 196 da Constituição Federal de 1988 garantir a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, e não se atender efetivamente a todos os cidadãos: “os juízes tendem a desconsiderar o impacto orçamentário de suas decisões e entendem que todos os entes da federação podem ser igualmente responsabilizados pelo fornecimento de qualquer item pedido pelo paciente” (Wang, 2014, p. 1).

Historicamente, a judicialização da saúde ganhou força no Brasil a partir dos anos 2000, com um aumento significativo no número de ações judiciais relacionadas à saúde, conforme apresentado no capítulo anterior. Este crescimento está associado a diversos fatores, incluindo a maior conscientização dos direitos dos cidadãos, a insuficiência das políticas públicas de saúde e a atuação de advogados e organizações não governamentais (Wang, 2014).

Os gráficos do capítulo anterior mostraram que as principais causas da judicialização da saúde são as deficiências no sistema de saúde, a falta de medicamentos e tratamentos e a demora no atendimento. Muitas vezes, o Sistema Único de Saúde (SUS) não consegue fornecer todos os medicamentos e tratamentos necessários, levando os pacientes a recorrerem ao Judiciário. Longas filas e atrasos no atendimento médico incentivam os cidadãos a buscar soluções rápidas através da justiça, por meio das liminares.

A figura 1 bem delimitou os principais assuntos das demandas judiciais em saúde sendo tratamento médico-hospitalar e domiciliar, urgências, UTI, leitos, medicamentos e

insumos, consultas e internação compulsória. Trata-se de assuntos com elevados índices de pedidos de atenção básica no TJGO, que, em geral, são atendidos em 95% dos casos. Nessa lista, destacam-se o tratamento médico-hospitalar com 1.816 casos, urgências com 1.304 e UTI com 1.224. Os casos julgados para essas três principais questões foram, respectivamente, 1.684, 1.176 e 1.099, e pendentes até julho de 2024 são, respectivamente, 2.310, 1.403 e 1.362.

No Brasil, os números de casos novos da judicialização espantam, como também visto na figura 1: em 2020, havia 31.209 casos novos por mês, em oposição a 61.896 de 2024, praticamente se dobrando o valor. Não é sem razão que o Direito Médico é um dos ramos do Direito que mais têm crescido. Atualmente existem 10.321 casos novos, tendo sido julgados 9.508 até julho, havendo atualmente 11.703 casos pendentes.

A incidência de casos novos na justiça de primeiro grau é de 4.675 casos, ao passo em que a de segundo grau é de 5.249. Os casos julgados foram, respectivamente, 4.432 e 4.674.

Nota-se um ativismo judicial marcante dentro da questão da judicialização do direito à saúde. O ativismo judicial é um conceito que se refere à atuação proativa do Poder Judiciário na interpretação e aplicação das leis, especialmente quando os juízes tomam decisões que influenciam diretamente políticas públicas ou questões sociais amplas. Esse termo pode ter conotações positivas ou negativas, dependendo do contexto e da perspectiva adotada (ABBOUD, 2022, p. 23).

Abboud reconhece que o ativismo judicial pode ser uma ferramenta essencial para a proteção de direitos fundamentais, especialmente em contextos onde há inércia ou omissão dos outros poderes. Trata-se de um momento em que o judiciário também pode intervir em áreas tradicionalmente reservadas aos poderes Executivo e Legislativo, como saúde, educação e meio ambiente, determinando a implementação de políticas específicas. Todavia, esse mesmo ativismo pode provocar debates sobre a separação de poderes, levantando questões sobre o equilíbrio entre o Judiciário e os demais poderes do Estado (Abboud, 2022, p. 34).

Acredita-se aqui que o ativismo judicial relativo à judicialização do direito à saúde tem sido positivo no sentido de corrigir omissões legislativas e garantir direitos que, de outra forma, seriam negligenciados, como as decisões relativas ao atendimento à saúde. Não se acredita aqui que ele leve a um excesso de poder por parte do Judiciário, nem usurpe funções dos outros poderes, desrespeitando a vontade popular expressa pelas leis. Não é sem razão que, no Brasil, o ativismo judicial tem sido objeto de intenso debate,

especialmente em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que impactam diretamente políticas públicas e questões sociais.

Retomando a questão da judicialização da saúde, ela pode ser fator preocupante porque pode gerar um impacto financeiro no orçamento público. Decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer tratamentos caros podem comprometer o orçamento destinado à saúde, afetando a sustentabilidade financeira do sistema. Trata-se de um aspecto que afeta, assim, dois dos princípios da ordem econômica e financeira nacional: a defesa do meio ambiente. Também gera consequências que interferem em outro princípio da ordem econômica e financeira nacional: a desigualdade social e regional.

Neste momento, é preciso se esclarecer questões relacionadas à ordem econômica e financeira para podermos dar prosseguimento às análises, explicando, mais à frente, os princípios da ordem econômica e financeira atingidos pela judicialização da saúde.

2.2 ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NACIONAL

A ordem econômica e financeira nacional é um complexo de normas que comandam o sistema econômico do Brasil. Trata-se, mais especificamente, do conjunto de normas, positivadas ou não, que regulam o comportamento dos agentes econômicos - pessoas jurídicas ou físicas que, através de suas ações, contribuem para o pleno funcionamento do sistema econômico - famílias, empresas, mercado, Estado e o mundo. Cada um desses agentes econômicos possui uma importância específica na economia de um país, sendo alguns relevantes para a demanda e outros para a oferta (Ulen; Cooter, 2010).

Ao longo dos tempos e nas sociedades, não foi fácil a implantação do viés econômico nas constituições. A seguir, vê-se a evolução delas no mundo e no Brasil.

2.2.1 Histórico Das Constituições Econômicas

O disciplinamento econômico não apareceu pari passu com o surgimento da teórica sobre a constituição econômica, sua gênese remonta a séculos anteriores. A constituição econômica é um debate do século XX, na busca pela realização de seu conteúdo. Essa compreensão passa também pela observação de que as constituições dos séculos XVIII e XIX já traziam o tratamento da questão produtiva, apresentando normas

com conteúdo econômico. Isso significa que as características indelévels das Constituições – supremacia, suprallegalidade e imutabilidade relativa – forneceram as condições para o desenvolvimento e consolidação do Direito Econômico (Souza, 1980).

Entretanto, a informação complementar que precisa ser esclarecida é sobre a abordagem dada à matéria econômica nessas Constituições que carregavam um aspecto completamente liberal, interpretando esse conteúdo por uma via econômica natural, sem atender à necessidade de um regramento mais eficiente por parte dos órgãos estatais. Somente com o constitucionalismo social, no século XX, é que houve o entendimento de que uma constituição não deve recepcionar uma ordem econômica de modo passivo, mas, pelo contrário, deve tentar modificá-la, quando necessário. Nesse sentido, não se concebe mais a ideia de um mercado que funciona espontaneamente, parte-se, então, da percepção de que ele necessita de uma regulação, para seu desenvolvimento eficiente e com o fim de alcançar os objetivos propostos. Passou-se a exigir um comportamento positivo, dirigido à consecução de programas, com o objetivo de alcançar determinadas metas previamente estipuladas.⁷ Verifica-se o caráter transformador do Direito, não mais de viés conservador, que visa manter inalteradas as relações existentes.⁸ Trata-se agora de um ordenamento jurídico que não se contenta apenas com o ser, mas que, opostamente, também estimula a concretização de um dever-ser, auferindo standards que foram traçados pelo legislador constituinte (Souza, 1980, p. 56).

2.2.1.1 Constituições Econômicas Mundialmente

Uma constituição é considerada econômica quando possui em seu bojo assuntos de ordem jurídica sendo tratados sob o ponto de vista econômico. A Constituição do México, de 1917, foi a primeira a abordar elementos de ordem econômica: atribuía a qualidade de direitos fundamentais ao direito trabalhista, liberdades individuais e direitos políticos (Bercovici, 2022).

Todavia, a primeira Constituição genuinamente Econômica a surgir no mundo foi a de Weimar, em 1919, Alemanha. É nela em que se observa o Direito Econômico pela primeira vez na história: o Estado passaria a ditar as regras e princípios para que o fenômeno econômico no mercado encontrasse limites e garantias para atender a sociedade e assegurar a justiça social. É assim que surge a teoria jurídica do mercado (Bercovici, 2022).

A Constituição de Weimar tenta conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas, ou liberais-capitalistas, na época da sociedade industrial. Em sua primeira parte, ela aborda a organização do Estado, e na segunda, a declaração dos direitos e deveres fundamentais. É nesta segunda parte onde se encontra sua inovação e contribuição para o mundo jurídico: o Estado teria o dever de agir positivamente, por meio de políticas públicas e programas de governo na seara dos direitos sociais; e não

apenas as pessoas, de maneira individual, deveriam lutar por seus direitos e deveres (Ihering, 1999).

Assim, tem-se a exigência de grupos sociais, a intervenção do Estado na livre iniciativa da competição nos mercados e na redistribuição da renda pela forma de tributos, com políticas de investimentos e distribuição de bens. Isso é um caminho inovador de se pensar o Estado, modo diferente do que o liberalismo da época apregoava. Os liberais propagam o individualismo, o indivíduo como tendo que requisitar os seus direitos, em vez de o Estado ser obrigado a ofertar esses direitos. Weimar cria então um novo sistema econômico para os Estados (Ihering, 1999).

A partir de então, o mercado passaria a ter as suas falhas corrigidas e, por meio do seu funcionamento, os resultados demandados pela sociedade seriam alcançados a partir de objetivos e metas programáticas estabelecidos pelo Estado. É o que se denominam de Constituições-Programa, porque o fenômeno econômico está no plano político do Estado. Isso se diferencia das Constituições-Garantia, como a dos EUA, de 1787, e França, de 1789, em que o fator econômico reside em garantias aos indivíduos do exercício da liberdade econômica enquanto agente econômico apto a decidir quanto aos recursos escassos e a sua alocação no mercado (Ihering, 1999).

Vale pontuar alguns momentos de questões jurídico-econômicas na Constituição de Weimar, a fim de que se exemplifique o que se disse até o momento. O artigo 151 da Constituição de Weimar consagra como princípio o *limite à liberdade de mercado* com a finalidade de preservar um nível de existência em atenção à dignidade da pessoa humana. O ordenamento econômico tem como finalidade garantir a todos uma existência digna. Somente com essa mentalidade foi possível garantir os direitos capitalistas de liberdade e, portanto, os direitos de propriedade privada, de liberdade contratual e de indústria (Ihering, 1999).

No artigo 153, alínea segunda, ainda da Constituição de Weimar, tem-se o surgimento da função social da propriedade. A propriedade está obrigada a possuir uma função social, podendo ser desapropriada, a qualquer tempo, caso não cumpra o dispositivo, e até mesmo sem indenização. A propriedade, assim, deixa de ser um direito inviolável. Os direitos trabalhistas e previdenciários passam a ser tratados, a partir do art. 157, em esfera constitucional, como direitos fundamentais, destacando-se o dever do Estado em desenvolver a política de pleno emprego. A partir do artigo 165 em diante, tem-se a possibilidade de os trabalhadores participarem da regulação estatal econômica, juntamente com os empregadores, por meio dos Conselhos de Empresa (Heller, 2007).

Todavia, é preciso destacar que a Constituição do México, de 1917, exerce um grande marco na questão trabalhista: ela reconhece o que hoje se denomina por hipossuficiência do trabalhador. Ocorre a desmercantilização do trabalho: o trabalho não mais é visto como uma mercadoria. Isso faz surgir a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e a proibição da exploração dos trabalhadores (Heller, 2007).

A Constituição do México também foi decisiva para o surgimento do moderno Estado Social de Direito. É importante que se deixe claro que essas Constituições, apesar de conter a presença do Estado mais forte no sistema econômico do país, não representa uma constituição socialista. Ela ainda privilegia o capitalismo como centro das ideias políticas de uma nação. Todavia, ela inaugura um constitucionalismo social e econômico. O que confere natureza social a determinado ordenamento constitucional é o reconhecimento manifestado pelo Estado – e expresso no texto de sua Lei Fundamental – no sentido de que, além de garantir, aos cidadãos, o respeito às liberdades clássicas de que são titulares, a sua intervenção no seio da sociedade é desejada e necessária para que os indivíduos possam melhor desfrutar de seus direitos e de suas garantias (Heller, 2007).

Alguns exemplos de Constituições Liberais que continham dispositivos sociais: Constituição da Venezuela de 1812, (Constituição da Província de Barcelona), art. 23 (proteção ao trabalho e “seguro-desemprego”), Constituição Francesa de 1848, art. 13 (assegurou o direito ao trabalho e a garantia ao trabalho), Constituição Suíça de 1874, art. 34 (previa o direito da Confederação, e não dos Cantões, de editar normas uniformes sobre o trabalho das crianças nas fábricas, jornada de trabalho dos adultos e proteção ao trabalhador nas hipóteses de exercício de atividade perigosa ou insalubre) (Moraes, 2016).

2.2.1.2 Constituições Econômicas Brasileiras

O Brasil também seguiu os rumos sociais e econômicos das Constituições ao longo das transformações que ocorriam aqui.

A Constituição de 1824, outorgada em 25 de março de 1824, foi a primeira Constituição do Brasil e foi elaborada para atender aos interesses do imperador D. Pedro I em não ter os seus poderes limitados pelo Legislativo. Essa Constituição foi elaborada por um pequeno conselho, depois que a Carta proposta pela Constituinte havia sido rejeitada pelo imperador (Carvalho; Braga, 2019).

Nessa Constituição, de conformidade com o pensamento liberal que dominava no século passado nos países ocidentais, o Brasil não incluiu nenhum dispositivo de

ordem econômica, além da garantia do direito de propriedade “em toda a sua plenitude”, com a “única exceção” da exigência do bem público, para o seu “uso” pelo Estado, devendo o cidadão ser “previamente indenizado do valor dela” (art. 179. XXII) (Carvalho; Braga, 2019).

A Constituição de 1891 foi a segunda da história brasileira e a primeira do período republicano. Foi promulgada em fevereiro de 1891, como uma consequência direta da alteração da forma de governo. Ela implementou mudanças significativas para o Brasil, ratificando o sistema republicano presidencialista, implantando o federalismo e determinando a separação entre Estado e Igreja (Carvalho; Braga, 2019).

Nessa Constituição a situação se mantém praticamente a mesma. Ela também se limita a dizer que “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Já agora, surge a figura da desapropriação por duas formas, e a preocupação com a propriedade das minas, as quais pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas por lei, a bem de exploração deste ramo da indústria” (art. 72 § 17). Além disto, surge a referência ao “comércio internacional”, que o Congresso Nacional deve privativamente “regular”, modificada a redação deste dispositivo (art. 34 § 5*), pela emenda de 1926, para: “legislar sobre o comércio exterior, e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público e sobre o alfandagamento de portos, e a criação ou supressão de entrepostos” (Carvalho; Braga, 2019).

A primeira Constituição Econômica no Brasil foi a de 1934. A partir de então, o fator econômico foi se aperfeiçoando nas demais constituições brasileiras. A Constituição de 1934 incorporou a matéria em 28 artigos: (i) a organização da ordem econômica em conformidade com “os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (art. 115); (ii) o monopólio “por motivo de interesse público” — autorizada a União em lei especial — de determinada indústria ou atividade econômica (art. 116); (iii) “o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito”, e “a nacionalização das empresas de seguro” (art. 117); (iv) “a propriedade das minas e riquezas do sub-solo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo” (art. 118); (v) ‘ a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água” (art. 119 § 4’); (vi) o reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais” (art. 120); (vii) todos os atuais direitos dos trabalhadores, em longo artigo de oito parágrafos (art. 121); (viii) “a justiça do trabalho, desvinculada do poder judiciário, e constituídos os tribunais

e comissões de conciliação, por eleição das associações de empregados e empregadores (art. 122); (ix) assistência social em larga escala; (x) e, finalmente, no capítulo “Dos direitos e das Garantias Individuais”, o direito de propriedade “que não poderá ser exercido contra o interesse social e coletivo”, passível de “desapropriação por necessidade ou utilidade pública” e sujeita a propriedade, “em caso de perigo iminente” ao uso, pela autoridade, “até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior” (art. 103, § 17); (xi) institui a representação política dos grupos profissionais (lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos) na proporção de um quinto da representação popular (art. 22).

Historicamente, isso foi possível porque a conturbação causada pela Revolução Constitucionalista de 1932 forçou o governo provisório de Getúlio Vargas a tomar medidas que dessem normalidade ao regime republicano. Dessa maneira, o governo criou uma nova Lei Eleitoral e convocou eleições que foram realizadas no ano posterior. A partir de então, uma nova assembleia constituinte tomou posse em novembro de 1933 com o objetivo de atender os anseios políticos defendidos desde a queda do regime oligárquico (Villa, 2011).

Em 16 de julho de 1934, foi noticiada uma nova constituição com 187 artigos. Em termos gerais, essa nova carta ainda preservava alguns pontos anteriormente lançados pela constituição de 1891. Entre muitos itens foram respeitados o princípio federalista que mantinha a nação como uma República Federativa; o uso de eleições diretas para escolha dos membros dos poderes Executivo e Legislativo; e a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário (Villa, 2011).

Na questão trabalhista, a Carta Magna proibia qualquer tipo de distinção salarial baseada em critérios de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil. Ao mesmo tempo, ofereceu novas conquistas à classe trabalhadora com a criação do salário mínimo e a redução da carga horária de trabalho para 8 horas diárias. Além disso, instituiu o repouso semanal e as férias remuneradas, a indenização do trabalhador demitido sem justa causa e proibiu o uso da mão de obra de jovens menores de 14 anos (Villa, 2011).

Com relação à economia, a Constituição de 1934 tinha claras preocupações com respeito à adoção de medidas que promovessem o desenvolvimento da indústria nacional. As novas leis permitiam a criação de fundações, institutos de pesquisa e a abertura de linhas de crédito que viabilizassem a modernização da economia por meio da expansão do parque industrial. Na agricultura, o governo tomou medida semelhante ao favorecer a variação dos itens da pauta de exportações agrícola (Carvalho; Braga, 2019).

Outros exemplos podem ainda ser esmiuçados:

no art. 115, assegurou a liberdade econômica, mas estabeleceu três condicionantes 87a tal liberdade: I) aos princípios da justiça; II) às necessidades da vida nacional; III) ao propósito de assegurar uma existência digna para todos. Em outras palavras, a liberdade econômica ficou submetida a limites, que poderia levar a uma severa intervenção na vida econômica. A Constituição criou ferramentas para que a ordem econômica fosse colocada a serviço do interesse geral e não meramente do conceito máximo do capitalismo, o lucro. Nesse sentido foi também tratada a concessão ou delegação de serviços públicos. A Estatização de Indústria ou atividade⁸⁸ ficou autorizada, posto que pelo art. 116, poderia a União, por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, portanto, para assegurar a ordem econômica dentro dos limites propostos, instituir monopólio de determinada indústria ou atividade econômica, mediante indenização devida (Carvalho; Braga, 2019, p. 46).

A Carta Constitucional de 1937 inseriu o fenômeno econômico em 20 artigos:

A Constituição de 1937 direcionou a organização da economia da população para corporações colocadas sob assistência e proteção do Estado, como órgãos com funções delegadas. Indicou o fomento da economia popular por meio da lei assegurando-lhe garantias especiais, equiparando os crimes contra a economia popular aos crimes praticados contra o Estado. Atribuiu à lei o dever de cominar penas graves e julgamentos adequados à pronta e segura punição dos crimes contra a economia popular, ao mesmo tempo em que reafirmou a punição da usura; (...) tentou organizar a economia do país em torno das corporações. A previdência social que veio a ser criada, por exemplo, não era universal, mas abrangia a cada segmento dos trabalhadores. De observar como relevante para a política econômica foi a criação do Conselho de Economia Nacional, que tinha como uma de suas atribuições “promover a organização corporativa da economia nacional; O Conselho da Economia Nacional, ao lado do Presidente, foi tratado, no art. 57, como órgão colaborador do Poder Legislativo, que era exercido pelo Parlamento (Câmara dos Deputados e Conselho Federal), significando que, na prática, toda a política econômica nacional partia da Presidência da República, que era auxiliado pelo Conselho da Economia Nacional (Carvalho; Braga, 2019, p. 54).

O fato de a Constituição de 1937 apontar a intervenção do Estado no domínio econômico como justificável só para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação representados pelo Estado não impediu que se implantasse no país um Estado Intervencionista e Empreendedor, até porque, esse foi um modelo de desenvolvimento adotado em muitos países (Carvalho; Braga, 2019).

A Constituição de 1946 abordou a economia em 17 artigos. Ela foi a quinta constituição brasileira, sua quarta republicana e terceira de caráter republicano-democrático, promulgada após a queda do Estado Novo em 1945. Um texto

redemocratizador, a Carta de 1946 espelhava a derrocada dos regimes totalitários na Europa e o retorno, ainda que tênue, dos valores liberais no mundo (Villa, 2011).

De certo modo, ela tratou de restabelecer os valores democráticos e republicanos da Constituição de 1934, como as liberdades de expressão e as eleições diretas para os principais cargos do Executivo e Legislativo, e de instituir alguns novos preceitos, como a ampliação do voto feminino para todas as mulheres e a inviolabilidade dos sigilos postais. No entanto, indicando tendências centralistas do Poder Executivo, esta Constituição também manteve algumas prerrogativas do período getulista, a exemplo do corporativismo sindical. Sua vigência durou até a Constituição de 1967, mas, na prática, ela virou "letra morta" nas mãos dos governantes militares logo após o Golpe de 1964 (Villa, 2011).

A Constituição de 1946 submeteu a ordem econômica aos princípios da justiça social, assentada na conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Por isso, o objetivo da ordem econômica ficou estabelecido como bem-estar social, que obviamente seria calcado na produção de riqueza e na prosperidade nacional (Carvalho; Braga, 2019).

O uso da propriedade passou a estar condicionado ao próprio bem-estar social, determinando-se política distributiva da propriedade, com igual oportunidade para todos. Havia autorização para a desapropriação de quaisquer propriedades. Essa política distributiva, que muitos consideravam aplicável somente às terras rurais, contudo, não chegou a deslanchar, até porque, em oposição a essa política era arguido o direito individual de propriedade assegurado no art. 141 § 16 (Carvalho; Braga, 2019).

De outro lado, ainda como contorno da ordem econômica, o constituinte de 1946 estabeleceu a repressão ao abuso de poder econômico. Enfim, a ordem econômica veio a ser considerada na conciliação dos opostos liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, para obtenção da justiça social. O trabalho continuou a ser tratado como obrigação social (Carvalho; Braga, 2019).

A Constituição de 1967 enfatizou a economia em 9 artigos, estando a Ordem Econômica e Social delineada nos artigos 157 a 166. Pretendeu-se distinguir a finalidade da ordem econômica (realizar a justiça social) e os princípios (liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico, repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos

mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros) (Carvalho; Braga, 2019):

A ordem econômica com a finalidade de realizar a justiça social já era uma indicação das Constituições anteriores. O desenvolvimento econômico, categorizado como princípio, na realidade não o é. Mas, acertadamente, é um outro fim a ser perseguido através do ordenamento da economia. O desenvolvimento econômico pode ser configurado como crescimento com qualidade, distribuído igualitariamente de modo a proporcionar melhoria do nível de vida e bem-estar geral (Carvalho; Braga, 2019, p. 66).

Vale destacar que a liberdade de iniciativa, ou livre-iniciativa, consiste na permissão de a pessoa, livre de embaraços, poder se dedicar a qualquer atividade econômica por sua conta e risco, sujeita exclusivamente aos regramentos ou restrições gerais determinadas pelo Estado. A livre iniciativa consagra o reconhecimento da individualidade e mais longinquamente, pode-se dizer que é corolário da própria democracia. Num sistema econômico a livre-iniciativa é compatível com um sistema de economia privada (Carvalho; Braga, 2019).

Na Constituição de 1967, finalidade da ordem econômica é o desenvolvimento nacional e a justiça social, assentando-se na liberdade de iniciativa, valorização do trabalho, na função social da propriedade, na harmonia e solidariedade entre as categorias sociais, isto é, trabalhadores e empregados, na repressão ao abuso do poder econômico e na expansão de oportunidade de emprego (Carvalho; Braga, 2019).

2.2.1.2.1 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Direito Econômico

A ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica; opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde ao do neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa; (note-se que a ausência do vocábulo ‘controle’ no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição; a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada

à ideologia neo-liberal; a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor; a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (Grau, 2005).

A evolução das relações de produção, a necessidade de melhorar as condições de vida dos trabalhadores e o mau uso da liberdade conferida aos empresários no sistema capitalista (no qual é falaciosa a “harmonia natural dos interesses” de empresários e trabalhadores) fizeram surgir mecanismos de condicionamento da atividade privada, com o objetivo de ser realizada a justiça social. Nessa perspectiva é que deve ser o texto do art. 170 da Constituição Federal compreendido: trata-se de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo (Grau, 2005).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta uma estrutura diferente das Constituições anteriores. É composta de 250 artigos distribuídos em nove títulos que tratam: I- Dos Princípios Fundamentais; II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais (dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais dos trabalhadores, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos) III- Da Organização do Estado (estrutura da federação e seus componentes); IV- Da Organização dos Poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário (seguido de um capítulo sobre as funções essenciais à Justiça); V- Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; VII- da tributação e do orçamento; VIII- Da Ordem Econômica e Financeira; IX- Da Ordem Social; X- Das Disposições Constitucionais Gerais. Segue-se a essa estrutura mais 94 artigos a título de Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Constituição de 1988 integrou o sistema financeiro nacional à Ordem Econômica, passando a ser regulado no Título VII, sob a denominação de Ordem Econômica e Financeira. Conferiu autonomia à Ordem Social, ampliando a matéria, que passou a ser integrada pela Seguridade Social, Saúde, Previdência Social, Assistência Social, Educação, Cultura e Desporto, Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Meio Ambiente, Família, Criança e Adolescente, Idosos e Índios regulamentada em Título próprio – Título VIII. Os direitos dos trabalhadores, que nas Constituições anteriores compunham a Ordem Social, foram deslocados para o campo dos Direitos Sociais, localizados no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Nove princípios informam a concepção constitucional da Ordem econômica. A doutrina classifica esses princípios de diferentes maneiras, e aqui se opta pela divisão

apresentada por Barroso (2003). Ele os divide em duas categorias: princípios de funcionamento da ordem econômica ou de princípios-fins da ordem econômica.

O referido autor classifica como princípios de funcionamento os que estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar e que se referem à dinâmica das relações produtivas, às quais todos os seus agentes estão vinculados, constantes dos incisos I a VI do art. 170 da CF (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente). Na categoria de princípios-fins classifica os princípios que descrevem realidades materiais que o constituinte deseja que sejam alcançadas, ou seja, os objetivos que como produto final a ordem econômica como um todo deverá atingir. Esses objetivos figuram tanto no caput do art. 170 quanto em seus incisos finais. São eles: existência digna para todos, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, e a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (Barroso, 2003).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a atividade econômica está baseada na livre iniciativa. Isso significa que, como regra geral, o Estado não exercerá diretamente a atividade econômica: a atuação direta do Estado como agente produtivo é excepcional. Há limitações à atividade privada (poder de polícia), inclusive à atividade econômica exercida pelos particulares. Há princípios e regras para fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, são fundamentos da ordem econômica e do próprio Estado brasileiro (Grau, 2005).

O Estado brasileiro é agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. O planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A intervenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica pode ocorrer por direção ou por indução, que são duas modalidades de intervenção indireta (Grau, 2005).

O mais importante em toda essa trajetória vista até o momento nas constituições é que o Direito Econômico vem se ampliando cada vez mais na cultura jurídica. Entender o Direito de maneira coletiva é fundamental para a correta compreensão e inserção do Direito Econômico na legislação e jurisprudência pátria.

2.2.2 A Consagração do Direito Econômico na Constituição 1988

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 170, disciplina que a ordem econômica tem por fundamentos a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Isso significa dizer que cada cidadão brasileiro, ou residente no país, pode participar do mercado sem a necessidade de autorização ou aprovação do Estado: ou seja, se você tem a possibilidade de abrir uma empresa, vender um produto e negociar o preço que lhe for mais justo, deve isto ao princípio da livre iniciativa e pode assim o fazer. Existe no país apenas um controle sobre a concorrência, para que a economia não origine um capitalismo selvagem, com a exploração máxima do consumidor (Ulen; Cooter, 2010).

O objetivo da ordem econômica, ainda com previsão no artigo supra, é a existência digna a todos e a justiça social. Todos têm o direito de gozar de uma existência digna e justa socialmente. Ninguém pode ser explorado economicamente ao ponto de se privar de uma vida humana, socialmente falando:

A associação entre liberalismo econômico e justiça social forma as bases do verdadeiro Estado Social. Do ponto de vista de uma economia periférica, como a brasileira, esse modelo busca garantir que o desenvolvimento econômico esteja necessariamente associado à concretização dos direitos da pessoa humana (Tavares; Gama, 2022, p. 32).

Tavares e Gama (2022) relembram que a Constituição destina o título VII de seu corpo para introduzir a chamada Ordem Econômica e Financeira, trazendo ainda, no capítulo I, os princípios constitucionais da atividade econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Esses seriam, então, os fundamentos, finalidades e princípios da ordem econômica. E é nessa seara que reside o Direito Econômico. Trata-se de um ramo do Direito formado por normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços, com vista ao desenvolvimento econômico do país, principalmente no tocante ao controle do mercado interno, à luta e disputa lá estabelecida entre as empresas, bem como aos acertos e arranjos feitos para explorarem o mercado (Carvalhosa, 2013). A economia de um país possui regras naturais que não podem sofrer abuso do poder estatal no que se refere ao seu modo de acontecer.

O Direito Econômico debruça-se sobre os limites de intervenção do Estado na economia de um país. Vale lembrar que, quando se menciona meios de intervenção do Estado na economia, consideram-se as privatizações, o fomento, as parcerias entre o setor Público e o Privado e a desregulamentação.

Assim, o Estado estabelece políticas específicas - a exemplo da não taxação do IPVA de veículos automotores em prol do incentivo à sustentabilidade -, coibindo condutas - como a proibição de formação de cartéis, lucros arbitrários e abusivos, concentração de renda -, e prevendo as formas de fiscalização, regulação e participação do Estado na atividade - a divisão de competências tributárias dos entes federativos, por exemplo - que são fiscalizadas pelos órgãos competentes com base nos fundamentos do Direito Econômico dentre outros.

Também, somente na CF/88, o Direito Econômico foi nominal e positivamente incluído, em seu art. 24, inciso I, onde se aduz competir concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre ele:

Assim sendo, a União é competente para o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º), cabendo aos Estados a competência suplementar em tais casos (art. 24, § 2º). Em não havendo normas gerais sobre determinado tema, os Estados exercerão competência legislativa plena sob suas peculiaridades (art. 24, § 3º), sendo a eficácia da lei estadual suspensa quando da superveniência de lei federal (art. 24, § 4º) (Toledo Silveira, 1997, p. 98).

Sobre suas origens:

Alguns autores consideram o Direito Econômico como surgido na década de vinte, quando, após a Primeira Guerra, as condições econômicas dos países e, conseqüentemente, de sua população estavam completamente desfavoráveis, chegando este desequilíbrio a culminar na famosa crise de 29. Alternativas foram-se criando para o contorno daquela instabilidade financeira e recessão por que se passava. Dentre elas surgiram as socializações, a reforma agrária, o controle de preços e de câmbios. Todas essas situações tratavam de questões econômicas, não tendo sido cabíveis em nenhum dos ramos do Direito vigente à época. Seu agrupamento, apesar de não codificado, teria originado o Direito Econômico (Toledo Silveira, 1997, p. 78).

O Direito Econômico também possui um agrupamento de normas reguladoras ou disciplinadoras de construções culturais de natureza jurídica a que se denominam de institutos:

Trata-se da reunião de diversas normas que lidem, abordem, disponham sobre fatos concretos, reais, empíricos, interrelacionados entre si e que possuam alguma relevância jurídica. Através deste agrupamento de normas, cria-se uma

sistematização das mesmas, de forma a facilitar sua compreensão como características de determinado ramo do Direito. Assim como as regras de Direito Econômico, os institutos funcionam como importante mecanismo no qual o intérprete da lei pode-se pautar para a complementação e enriquecimento do conhecimento, de forma a se obter uma hermenêutica fundamentada (Toledo Silveira, 1997, p. 77).

Podem-se citar como esses institutos: intervenção, repartição (políticas econômicas são traçadas de forma a se atribuir a cada componente da sociedade uma parte da riqueza criada - renda (ganho sem trabalho), salário, lucro, juros -, planejamento (elaboração da 'peça técnica' até a sua transformação em Lei do Plano. Por ele, o Estado estabelece suas metas e os meios para as atingir), produção (matéria-prima, trabalho, capital e organização), circulação (mercado, procura e oferta de bens e serviços, moeda, crédito e preços) e consumo.

Ainda existem as regras do Direito Econômico, que aqui se citam apenas para fins didáticos: equilíbrio, equivalência, recompensa, liberdade de ação, primazia da realidade social, interesse social, indexação, utilidade pública, oportunidade, razão, irreversibilidade e precaução.

Como princípios do Direito Econômico, e aqui não se confunda com os princípios da ordem econômica, tem-se: Princípio da Economicidade - o Estado deve focar suas políticas públicas de planejamento em atividades economicamente viáveis (art. 70; 3º, II; 170, caput e 174, caput, CF/88); e Princípio da Subsidiariedade - Ao Estado só é permitido atuar na Economia subsidiariamente - está relacionado à intervenção do Estado no domínio Econômico em sentido estrito (art. 173 da CF/88) (Souza, 1980). Vale lembrar que, no princípio da economicidade:

Muitas vezes, a solução mais vantajosa para a situação não se trata daquela mais lucrativa em termos financeiros, capitalistas. Tudo dependerá da finalidade que se busca atingir. Se se almeja, por exemplo, o alcance da instalação telefônica em meios rurais de difícil acesso, apesar de ser uma obra extremamente dispendiosa e de pouco retorno financeiro, em se concretizando tal meta, o objetivo social terá sido realizado, embora não sejam auferidos lucros em matéria de rendas e sim de benefícios para a população (Toledo Silveira, 1997, p. 101).

Note-se uma:

necessidade de flexibilidade das normas de Direito Econômico face às diversas circunstâncias com que este se depara, ao longo da trajetória econômica de um país. Um mesmo fato em contextos distintos pode levar a decisões inteiramente contrárias, sem a ocorrência de qualquer contradição. Trata-se de simples ajuste ao dispositivo constitucional adequado para situações individualizadas,

realizado pelo instrumento harmonizador da economicidade. (...) Essa 'maior vantagem' há de ser adequada aos objetivos constitucionalmente definidos. Permite, destarte, a opção mais justa ou recomendável, em política econômica, a ser realizada pelo aplicador ou intérprete da norma, quando da realização concreta de situações hipoteticamente previstas. O ideal é que se consiga conciliar aquilo tomado como certo economicamente, com o considerado justo juridicamente. Em caso de incompatibilidade, deve prevalecer o justo. Afinal a 'linha de maior vantagem' é pautada em termos do 'valor justiça'. Restringe-se o arbítrio, o poder de decidir do aplicador, o qual se deve ater às disposições constitucionais e princípios hermenêuticos, preterindo-se qualquer subjetividade (Toledo Silveira, 1997, p. 83).

Observe-se a ponderação do princípio tomando-se como base, segundo Souza (1961), o fundamento e o objetivo da ordem econômica nacional vigente:

No caso brasileiro atual, a ideologia que se adotou com a Constituição Federal de 1988 foi a neo-liberal, isto é, conciliaram-se ditames puramente liberais com outros socializantes. Se se considerar a Constituição Federal de 1891, notar-se-á, claramente, a ideologia estritamente liberal da mesma (Toledo Silveira, 1997, p. 84).

Sobre os princípios constitucionais da ordem econômica, o art. 170 da CF/88 traz nove princípios constitucionais da ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, o já transcrito acima princípio da livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, que tenham sua sede e administração no país (Grau, 2005).

De todos eles, interessa a este estudo o princípio da redução das desigualdades sociais, explicitado mais adiante. Isso porque ele está sendo atingido pela judicialização da saúde, o que se mostra como mais problemático ainda, uma vez que é princípio fundamental, com status de preceito fundamental por pertencer igualmente à esfera dos direitos humanos. Tem-se, então, um caso em que se está descumprindo a Constituição de 1988, característica esta inaceitável para a existência do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/1988). A partir do momento em que uma pessoa tem o seu direito à saúde não atendido, fere-se a sua dignidade humana. A esse respeito, Ingo Sarlet (2011) explica que a cobertura dos direitos e garantias fundamentais são uma das principais inovações da Constituição Federal de 1988 e estão previstos em seu título II. Trata-se de direitos fundamentais inalienáveis do contrato social feito entre o indivíduo e

o Estado, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro não pode ser ignorada pelo Poder Estatal.

Os princípios fundamentais estão organizados na atual Constituição Federal por temas específicos que vão do art. 5º ao 17. São eles: direitos individuais e coletivos (artigo 5º da CF), direitos sociais (do artigo 6º ao artigo 11 da CF), direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13 da CF) e direitos políticos (artigos 14 ao 17 da CF). Os direitos fundamentais são disposições declaratórias, ou seja, prerrogativas reconhecidas pelo Estado como válidas. Por conseguinte, são normas com vantagens previstas no texto constitucional. Eles são ainda universais, imprescritíveis, inalienáveis, relativos, complementares, irrenunciáveis e históricos.

Assim, não se pode permitir que direitos sociais fundamentais e humanos não sejam atendidos pelo poder público, principalmente porque eles demoraram muito a ser implantado nas constituições econômicas mundiais e nacional, como visto anteriormente.

Como dito em outro momento, dentre os princípios da ordem econômica mais afetados com a judicialização da saúde se têm o princípio redução da desigualdade social e regional. Agora é hora de explicar esse pensamento no tópico seguinte.

2.2.3 Princípio da Redução da Desigualdade Social e Regional

A Constituição Federal do Brasil de 1988 aborda a redução da desigualdade social e regional em diversos dispositivos, refletindo a importância desse tema para o desenvolvimento do país. Inicialmente, trata-se de um objetivo fundamental da República: No artigo 3º, a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de "reduzir as desigualdades sociais e regionais". Isso demonstra o compromisso constitucional com a promoção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

A judicialização da saúde se relaciona com esse ponto porque interfere no desenvolvimento de regiões. Isso ocorre a partir do momento em que os recursos do orçamento público destinados a uma área precisam ser desviados para o atendimento das demandas judiciais em saúde. Uma demanda judicial em saúde, em geral, é individual. Isso significa que o Estado, em vez de atender a uma coletividade, está atendendo a uma pessoa em particular. Ademais, não está destinando os recursos financeiros necessários para o desenvolvimento daquela área específica que teve o orçamento desviado. Ao longo do tempo, isso acentua as diferenças regionais e sociais dentro do próprio Estado e entre os demais Estados. Tudo irá depender das demandas judiciais de cada Estado.

Nas políticas de desenvolvimento regional, o art. 43 da CF trata da criação de regiões administrativas para planejar e promover o desenvolvimento econômico e social, especialmente em áreas menos desenvolvidas. Atenção aqui para o objetivo primordial da Constituição, que é o de ascender, economicamente, as regiões menos favorecidas. Se há uma demanda judicial elevada em determinada região, que as figuras do CNJ já demonstraram que sim, há novamente a interferência da judicialização da saúde neste desenvolvimento econômica. Mais um artigo constitucional infringido então.

A Constituição prevê mecanismos de distribuição de recursos financeiros para reduzir desigualdades, como o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), que redistribuem parte das receitas federais com base em critérios que favorecem regiões menos desenvolvidas. Se há judicialização da saúde, esses recursos também precisam ser transferidos para se atender as demandas judiciais e, por conseguinte, o objetivo de se favorecer regiões menos desenvolvidas continua não sendo alcançado.

No tocante aos direitos sociais, nos artigos 6º e 7º a Constituição assegura direitos sociais como educação, saúde, trabalho, moradia e assistência social, fundamentais para a redução das desigualdades sociais. A judicialização da saúde também inviabiliza a efetivação desses direitos quando parte dos recursos que estavam previstos em políticas públicas à saúde precisam ser destinados aos atendimentos das demandas judiciais.

Também o SUS, previsto no artigo 196 da CF/88, visa garantir acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, contribuindo para a redução das desigualdades sociais. A judicialização da saúde impossibilita esse atendimento porque interfere na retirada de recursos das políticas públicas em saúde que estavam previstas para se atender a esse fim.

Assim, percebe-se que a redução da desigualdade social e regional é um desafio complexo que requer uma abordagem multifacetada, envolvendo políticas públicas eficazes e a colaboração entre diferentes setores da sociedade. Promover o desenvolvimento econômico em regiões menos favorecidas pode ajudar a reduzir as disparidades regionais. Isso pode incluir incentivos fiscais para empresas que se estabelecem em áreas menos desenvolvidas, investimentos em infraestrutura e a promoção de setores econômicos locais.

Outra forma de se efetivar a redução da desigualdade social e regional é pelo próprio acesso à saúde e serviços básicos. Garantir acesso universal a serviços de saúde,

saneamento básico, água potável e energia é essencial para melhorar a qualidade de vida e reduzir desigualdades.

A redução da desigualdade social e regional é um processo contínuo que exige compromisso e ação coordenada entre governos, empresas e sociedade civil. Cada uma dessas estratégias pode contribuir para um desenvolvimento mais equitativo e sustentável.

Essas ações refletem a intenção constitucional de promover a equidade social e o desenvolvimento equilibrado entre as diferentes regiões do país, buscando garantir melhores condições de vida para toda a população. A propósito, Sarlet (2011) comenta que se trata de uma noção inclusiva e ampliada de dignidade. Ele explica que se trata de uma noção de dignidade da vida e de efetivação do mínimo existencial.

Torna-se, agora, indispensável, uma breve análise acerca do mínimo existencial.

2.2.3.1 O Mínimo Existencial

Cabe, neste momento, um entendimento acerca do que seja o mínimo existencial. Seu conceito é, em linhas gerais, o conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana. Bonavides (2003) explica que o direito ao mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. É um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em parte nos direitos fundamentais sociais que estão presentes na Constituição de 1988 - saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc. -, estando também presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.

Pontes de Miranda se referiu à existência de um direito público subjetivo à subsistência dentre o elenco dos “*novos direitos do homem*” (SARMENTO, 2021, p.27), que compreenderia o que chamou de “*mínimo vital*”. Em suas palavras, citado por Sarmento (2021, p. 28-30):

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o standard of living segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período (...). O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. (...) Não

se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque este deve. Em vez da súplica, o direito.

Percebe-se o aspecto mutável do mínimo existencial, variando de acordo com o tempo, o espaço e o povo. Um exemplo disso é que a jurisprudência vem reconhecendo prestações ligadas ao mínimo existencial que não estão positivadas na Constituição. O STF, como exemplo, já se valeu do mínimo existencial para proteger o direito de acesso à água no semiárido nordestino por exemplo.

E é na democracia deliberativa que reside o conjunto de pressupostos e condições para as demandas políticas em prol da cooperação para a formação dessa vontade coletiva. Todavia, é fundamental a existência dos pressupostos de liberdade e igualdade para a cooperação na deliberação democrática, pois, só assim, há espaço para a inclusão de novos direitos sociais e a efetivação daqueles já existentes (RISSI, 2017). Na atual sociedade pós-pandêmica, pode-se dizer que o direito à vacina fez parte desse mínimo existencial. Tratava-se de uma questão de sobrevivência.

É importante que se diga que proporcionar condições dignas de vida para as pessoas é um direito fundamental que deve ser atendido pelo Estado. Não se trata, absolutamente, de uma ajuda, bondade, ou benefício concedido de modo paternalista por algum governante ou autoridade. É um direito das pessoas. Um direito básico.

Esta última visão foi claramente enjeitada pela Constituição de 1988, da qual se extrai a garantia do mínimo existencial como direito fundamental. Tal ideia provém não apenas da positivação dos direitos sociais no texto constitucional, como também da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira. A literatura jurídica nacional é praticamente unânime ao apontar o acolhimento do direito ao mínimo existencial, o mesmo ocorrendo com a nossa jurisprudência. Esta, porém, é relativamente recente, e vem se difundindo a partir da célebre decisão proferida pelo STF em 2004. Trata-se da ADPF 45 – MC, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004. Cuidava-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada contra o veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias que garantira recursos financeiros mínimos para a área da saúde.

Apesar do seu reconhecimento normativo, o mínimo existencial não é de fato assegurado a parcelas expressivas da população brasileira, que não desfrutam de acesso efetivo a bens e direitos essenciais para uma vida digna. Legiões de pessoas ainda vivem na mais absoluta miséria, expostas à insegurança alimentar, sem acesso à moradia adequada, sem saneamento básico, saúde e educação de mínima qualidade. À margem

das conquistas civilizatórias do Estado Democrático de Direito, ainda existe um Brasil escondido, onde a privação reina e os direitos não são para todos. Essa situação, além de acarretar injusto sofrimento às suas vítimas, gera um comprometimento das capacidades dessas pessoas que vivem à margem do Brasil, sem poderem exercer, de forma plena e consciente, os seus direitos civis e políticos, e muito menos, o seu direito à dignidade.

Deve-se ressaltar ainda que não é de todo nova a compreensão de que o Estado e a sociedade devem prover as condições materiais básicas para os necessitados que não tenham condições de se sustentar. Pisarello (2007, p.20) aludiu à existência, já na Antiguidade e na Idade Média, de “diferentes mecanismos institucionais, embora não necessariamente estatais, voltados a aliviar situações prolongadas de pobreza e a assistir aos grupos mais necessitados”. Há também quem localize a origem dessa noção nas *Poor Laws* inglesas, existentes desde o século XVI, especialmente a partir da *Speedhamland Law*, de 1795, que suprimiu o condicionamento ao trabalho obrigatório para a assistência social aos desamparados (PEREIRA, 2014, p. 103-106).

Também a constituição francesa de 1793 já proclamava, em seu artigo 21, o direito aos socorros públicos, e preceito similar foi reproduzido pela Carta brasileira de 1824 (art. 179, XXXI), o que levou Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 100) a apontarem a “sensibilidade precursora para o social” da nossa Constituição imperial. Foi, porém, a partir do constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, que a concepção de que cabe ao Estado garantir os direitos sociais ganhou contornos mais claros.

O conteúdo do direito ao mínimo existencial é bastante complexo. Sendo assim, é importante que se faça uma primeira observação no sentido de que existem variações socioculturais em relação ao que se concebe como necessidades básicas. Sociedades diferentes tendem a valorar de modo distinto certos bens, de modo que o acesso a eles pode se afigurar essencial para a vida digna das pessoas em algumas delas e não em outras (DWORKIN, 2002)

Além das variações culturais, tem de se levar em consideração também as necessidades de cada pessoa concreta. O mínimo existencial é uma categoria universalista, mas não remete ao universalismo abstrato, cego às diferenças e especificidades de cada sujeito. Dessa forma, uma determinada prestação pode integrar o mínimo existencial para uma pessoa, mas não para outra, tendo em vista a variação das respectivas necessidades básicas.

Como exemplo, pode-se citar o próprio direito à saúde. É certo que se trata de um direito universal (art. 196, CF), e que a gratuidade do SUS vale para todos (art. 43 da Lei nº 8.080/90). Porém, o não fornecimento de um medicamento indispensável para o tratamento de uma pessoa pobre, que não disponha dos recursos para adquiri-lo por conta própria, pode significar um abalo à sua saúde ou até mesmo um sacrifício à sua vida. Já no caso de outro indivíduo que tenha condições de custear o mesmo medicamento sem prejuízo da sua subsistência, a omissão estatal não terá efeitos similares.

Como dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao mínimo existencial possui caráter universal, sendo titularizado por todas as pessoas naturais, independentemente de qualquer condição. Em todos os ramos do Direito podemos encontrar um mínimo existencial renegado: no Direito Penal, por exemplo, temos o histórico exemplo do sistema penitenciário brasileiro, de onde se negam seus direitos mínimos e dignos básicos para o cumprimento de suas penas.

Os estrangeiros também são titulares do direito ao mínimo existencial. Consequência disso seria a inconstitucionalidade do art. 7º do Decreto nº 6.214/07, que, regulando o benefício de um salário mínimo mensal para pessoas com deficiência ou idosas em condições de miserabilidade – prestação prevista na Constituição (art. 203, V), que se enquadra no mínimo existencial -, limitou-o aos brasileiros natos ou naturalizados.

As pessoas jurídicas, entretanto, não são titulares do direito ao mínimo existencial, uma vez que não são “fins em si mesmas”, não possuindo dignidade intrínseca, o que as difere das pessoas naturais. De acordo com Sarmento (2020, p.213), “as decisões do STJ que aludiram ao mínimo existencial de pessoas jurídicas, desnaturando e inflacionando o conceito, devem ser criticadas”.

Essa preocupação com as especificidades de cada sujeito não infirma o foco no potencial de universalização do mínimo existencial - corolário do caráter igualitário do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o mínimo existencial deve possuir um conteúdo universalizável no sentido de que as suas prestações devem ser extensíveis a todos os que se encontrarem na mesma situação – aí considerados os aspectos objetivos como também os subjetivos.

A proteção do mínimo existencial não se esgota na garantia das necessidades humanas fisiológicas, sem as quais se inviabilizaria a própria sobrevivência física. O que se almeja assegurar não é apenas a sobrevivência física dos indivíduos, mas a sua própria dignidade. É o que vem entendendo a jurisprudência brasileira, que, em caso atinente ao direito ao atendimento em creche e pré-escola, deixou assentado que o mínimo existencial

não se resume ao mínimo vital. Para o Superior Tribunal de Justiça, o conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais que asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social.

No Brasil, a mais conhecida tentativa de definição dos direitos e prestações que compõem o mínimo existencial foi formulada por Ana Paula de Barcellos (2008) com o objetivo de fornecer parâmetros para a atuação judicial, ao preestabelecer quais seriam as prestações materiais que, independentemente de previsão legal e da existência de verbas orçamentárias correspondentes, poderiam ser asseguradas pelo Judiciário num cenário de escassez de recursos. A sua lista compreende a educação fundamental, a saúde básica – que abarcaria o saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica -, a assistência social aos desamparados e o acesso à justiça, visando a tutela dos demais direitos:

Não há como se definir um elenco fechado de direitos ou prestações componentes do mínimo existencial, é preferível preservar a abertura inerente à categoria, inclusive para que ela possa se estender a necessidades básicas cujo reconhecimento resulte de evoluções sociais no plano material ou cultural-valorativo. (SARMENTO, 2020, p.219).

Vale lembrar que, numa sociedade governada a partir da democracia deliberativa, a concretização de direitos ocorre de maneira satisfatória sem a necessidade de demandar à esfera judicial. Enquanto não se chega a esse nível, existe a Ação Civil Pública, instrumento judicial adequado para impulsionar a Administração Pública a executar políticas que concretizem os direitos sociais fundamentais, quando esses são negados ao cidadão.

Todavia, a teoria do mínimo existencial não é isenta de críticas. No Brasil, não têm maior relevo social, político ou jurídico as críticas conservadoras, contrárias à proteção constitucional do mínimo existencial. Entretanto, importante é a objeção proveniente do lado oposto do espectro político, que afirma que a teoria é conservadora e fica aquém da Constituição de 1988 no que concerne à proteção dos direitos sociais.

A crítica afirma que uma ordem constitucional justa deveria aspirar à justiça social, e não se contentar com a garantia do mínimo para aplacar a miséria. Nessa perspectiva, há quem associe o mínimo existencial a uma visão elitista e excludente, própria do neoliberalismo, que busca limitar a atuação do Estado no campo social e preservar a essência das estruturas econômicas do capitalismo. Nesse sentido:

fruto secular das sociedades divididas em classes – sejam elas escravistas, feudais ou capitalistas – a provisão de mínimos sociais, como sinônimo de mínimos de subsistência, sempre fez parte da pauta de regulações desses diferentes modos de produção, assumindo preponderantemente a forma de uma resposta isolada e emergencial aos efeitos da pobreza extrema” (PEREIRA, 2014, p. 15).

Segundo Sarmiento (2020, p.209) “ao invés de se contentar com migalhas, o jurista comprometido deveria usar as armas da Constituição para transformar o *status quo*, buscando muito mais do que a simples garantia das condições mínimas de subsistência”.

Esse é o primeiro ponto que deve ser esclarecido: o mínimo existencial não pode se limitar às condições necessárias à sobrevivência física. Ele tem de ser mais amplo para abarcar as condições básicas para uma vida digna, abrangendo também o “mínimo sociocultural” (SARLET, 2015, p. 21-22). Prestações materiais que não se afigurem indispensáveis para a sobrevivência física, mas sejam condições elementares para a vida digna, como, por exemplo, o acesso à educação básica, também devem estar abarcadas.

Por outro lado, é preciso compreender o papel do mínimo existencial na ordem constitucional brasileira. Em primeiro lugar, ela não define as prestações materiais que devem ser asseguradas pelo Estado a cada indivíduo em condição de vulnerabilidade, mas apenas estabelece um piso, abaixo do qual não se pode descer. O legislador tem ampla liberdade para ir além do mínimo existencial, buscando concretizar, pelos mais variados meios, uma realização mais plena da igualdade material.

Ademais, mesmo no plano constitucional, o mínimo existencial não pode ser empregado para justificar genericamente a denegação de prestações materiais previstas na própria Lei Fundamental, mas que nele não se insiram, como, por exemplo, benefícios previdenciários superiores ao salário mínimo, gratuidade das universidades públicas, 13º salário para trabalhadores e servidores públicos etc. O mínimo existencial não permite que o intérprete se converta em uma espécie de censor conservador do poder constituinte, com a faculdade de reduzir a proteção social conferida expressamente pela própria Constituição, para descartar ou negar eficácia a tudo aquilo que não repute tão essencial.

O mínimo existencial desempenha dois papéis muito importantes, e nenhum deles fragiliza a dimensão social da Constituição. O primeiro papel é o de fundamentar pretensões positivas ou negativas que visem a assegurar as condições materiais essenciais para a vida digna e que não estejam abrigadas por outros direitos fundamentais expressamente positivados. O outro papel é o de servir de parâmetro para a ponderação que é travada entre, de um lado, o direito reivindicado e, do outro, os princípios que com

ele colidirem. É que os direitos prestacionais, conquanto exigíveis, não são absolutos, configurando, em geral, direitos subjetivos garantidos *prima facie*. Por envolverem custos, eles dependem da alocação de recursos escassos, e é competência do legislador, também *prima facie*, a realização das escolhas sobre o que deve ser priorizado.

Adotadas essas perspectivas, não se pode dizer que o mínimo existencial fragiliza os direitos sociais ou dilua as pretensões emancipatórias da Constituição. Pelo contrário, a categoria fortalece e racionaliza o imperativo ético, constitucionalmente consagrado, de assegurar a todos as condições materiais básicas de vida.

Assim, deve o Estado garantir o mínimo existencial das pessoas. Todavia, o Estado responde, dizendo que não tem como infringir a reserva do possível. Torna-se, então, neste momento, importante se analisar o que vem a ser a reserva do possível. Isso é feito logo adiante.

2.2.3.2 A Reserva do Possível

A teoria da "reserva do possível", ou reserva de consistência, é um conceito jurídico que surgiu na Alemanha, durante o julgamento do caso conhecido como "*Numerus Clausus*" pelo Tribunal Federal da Alemanha, em 1972. No julgamento, foi discutido o acesso ao curso de medicina e a paridade de determinadas regras estaduais que delimitavam o acesso ao ensino superior com a Lei Fundamental (Barcellos, 2011).

A decisão do tribunal foi que a prestação que o Estado demandava deveria ser correspondente ao que o indivíduo poderia exigir da sociedade. O tribunal ainda entendeu que não seria procedente impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os indivíduos que desejassem cursar medicina. Neste caso específico, a reserva do possível foi relacionada à existência de prestações limitadas à coerência e não da falta de recursos, como acontece no Brasil. Portanto, o indivíduo poderia requerer do Estado a prestação dentro de um limite razoável (Barcellos, 2011).

A reserva do possível tem sido utilizado no Brasil em discussões sobre os limites das obrigações do Estado em garantir direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, como saúde, educação e assistência social. A ideia central da teoria é a de que o Estado tem a obrigação de garantir direitos fundamentais, mas essa obrigação está condicionada à disponibilidade de recursos financeiros (Barcellos, 2011). Em outras palavras, o Estado deve fazer o máximo possível para atender às demandas sociais, mas

suas ações são limitadas pela "reserva do possível", ou seja, pelos recursos que efetivamente possui.

No Brasil, a teoria da reserva do possível é frequentemente invocada pelo judiciário em ações onde se discute a implementação de políticas públicas ou o fornecimento de serviços e bens pelo Estado. Os tribunais, ao analisarem essas questões, muitas vezes ponderam entre a obrigação do Estado de assegurar direitos fundamentais e a realidade orçamentária e financeira, mas são unânimes em se fazer garantir os direitos fundamentais das pessoas previstos na Constituição.

A título de exemplo, tem-se o caso do RE 592581, do STF, que assevera que a supremacia da dignidade da pessoa humana e legitima a intervenção judicial contra a administração pública. Afirma-se que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar direitos previstos na Constituição. Ademais, não é oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Afirmam sempre que a reserva do possível não pode ser usada como justificativa para omissões administrativas.

Sabe-se que, em muitas das vezes, o Estado se utiliza da reserva do possível para justificar a má gestão dos recursos públicos. Apenas se o Estado demonstrar de forma transparente a real indisponibilidade de recursos, assegurando a eficiência na aplicação dos mesmos, é que seria plausível a aplicação da teoria da reserva do possível. Por isso que o principal desafio neste quesito é encontrar o equilíbrio entre a obrigação do Estado de garantir direitos fundamentais e as limitações práticas impostas por restrições orçamentárias. Isso requer uma gestão pública eficiente, planejamento adequado e, muitas vezes, intervenção judicial para assegurar que os direitos fundamentais não sejam negligenciados sob a justificativa da reserva do possível.

Na doutrina brasileira, vale destacar três posicionamentos em relação à reserva do possível que, de certa maneira, sintetizam grande parte dos direcionamentos descritivos dos juristas nacionais: Sarlet, Scaff e Torres. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a reserva do possível é conceito que se detém focado na correspondência entre a prestação reclamada o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, “mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (Sarlet, 2008, p. 265).

Já para Fernando Facury Scaff (2018, p. 102), o conceito de reserva do possível está casado com a progressividade na concretização dos direitos sociais. Assim:

Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado — o que não ocorre com outros direitos, tal como o de maioridade, a qual se obtém de um dia para outro — literalmente. Os direitos sociais são direitos implementados à prestação, de forma progressiva.

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, entende haver uma deturpação no sentido originário desse conceito quando de sua importação ao Brasil, afirmando ser impossível a reserva do possível em sua ordem fática. Dessa maneira, expõe que, no Brasil, a reserva do possível:

[...] passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática (2003, p. 75).

Vale também se referir aqui à lição de José Joaquim Gomes Canotilho, jurista português cuja influência doutrinária no Brasil é incontestável. Canotilho é um crítico da própria sustentação do conceito de reserva do possível, asseverando que:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (1998, p. 481).

O debate sobre a definição, o alcance e os limites da reserva do possível, encontra ampla literatura científica no Brasil. A maior parcela dos estudos apresentados se concentra na problemática da garantia e providência, ou não, de medicamentos, em especial os de alto custo, levantando outras questões transversais, como a possibilidade de o medicamento não ser autorizado pela Anvisa, sua previsão pelo Sistema Único de Saúde - SUS, ou inclusive a inexistência de remédios equivalentes e de menor valor.

Dessa maneira, o debate sobre a reserva do possível no Brasil tem seu enfoque na relação entre a necessária resposta a demandas individuais, muitas vezes girando em

torno da garantia à vida, e a dotação orçamentária comprometida para o atendimento da coletividade. O Estado afirma que dita dotação é prejudicada por conta das decisões judiciais procedentes ao aporte financeiro de medicamentos e tratamentos em espectros restritos a determinados sujeitos.

Em recente decisão envolvendo a reserva do possível e o fornecimento de medicamentos de alto custo em demandas ao Judiciário, O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, em 2020, entendeu que há impossibilidade de oferecimento de medicamento que não esteja contemplado pelo SUS, mas reconheceu que tal entendimento não é absoluto e deve admitir exceções, de acordo com ponderações e cada caso concreto.

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, salientou a necessidade do Poder Judiciário em se atentar a critérios como insuficiência econômica do pleiteante; impossibilidade de obtenção do medicamento em decorrência de decisão expressa de órgão competente; inexistência de medicamento equivalente; comprovação da eficiência do medicamento em questão para o adequado tratamento, e ajuizamento da ação contra a União.

Já o ministro Edson Fachin estabeleceu a necessidade de prévio requerimento administrativo negado pelo gestor público, da prescrição por médico do SUS ou a demonstração de sua impossibilidade, das razões pelas quais o remédio não é ofertado pelos serviços de saúde pública, e de laudo médico emitido pelo profissional responsável pela prescrição sobre os efeitos do medicamento. Em sentido bastante aproximado o ministro Gilmar Mendes exarou seu voto.

O que se percebe também é que essa questão da judicialização também envolve outro tema relevante que é o do ativismo judicial.

Portanto, a judicialização da saúde refere-se ao uso do sistema judiciário para reivindicar direitos relacionados à saúde ao poder público. Trata-se de uma questão que envolve o preceito fundamental da redução da desigualdade social e regional, assim como o direito à saúde.

Os direitos sociais humanos fundamentais que devem ser protegidos e atendidos pelo Estado, e não se pode utilizar a teoria da reserva do possível para tentar justificar a sua obstrução, assim como o é a saúde. O mínimo existencial deve ser garantido e as instâncias judiciárias tendem a proferir decisões neste sentido.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O ORÇAMENTO PÚBLICO: A NECESSIDADE DE UM EQUILÍBRIO

O viés da análise econômica do direito está aqui presente neste capítulo de análise da problemática em questão porque se segue a linha da visão do direito como algo coletivo, e não individual. Infelizmente, ainda, a maioria da comunidade jurídica analisa o Direito com a visão liberal do século XIX, fator este que dificulta a união do Direito com a Economia e a consequente inserção do Direito Constitucional Econômico na cultura jurídica.

Assim, refletir-se aqui sobre uma proposta de se solucionar a questão da judicialização do direito à saúde no Estado de Goiás, a fim de que ocorra um equilíbrio racional entre as necessidades orçamentárias do Estado e o direito social à saúde.

3.1 ATUALIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

A questão da judicialização da saúde é preocupante para a administração pública e sempre gera vários debates. A IV Assembleia do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) deste ano de 2024 teve como principal tema as ações judiciais relativas a medicamentos não incorporados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e o impacto para as secretarias estaduais.

A administração pública argumenta que o cumprimento de decisões judiciais no tocante ao atendimento do direito à saúde pode comprometer o funcionamento, planejamento e orçamento do SUS e de políticas públicas em saúde nacionais. Daí se depreende o conflito entre dois princípios: o dever de o Estado garantir aos indivíduos o mínimo existencial das pessoas em detrimento de sua atuação limitada diante da indisponibilidade de recursos financeiros, expressa pela reserva do possível.

Wang (2014) e Aith (2019) entendem que a judicialização da saúde representa violação ao princípio da separação dos poderes, previsão orçamentária e a reserva do possível. Todavia, Sarlet (2019), Barroso (2011) dentre outros pensam que negar esta obrigação do Estado teria como consequência a renúncia do reconhecimento da qualidade de verdadeiros direitos. A ineficácia do Estado em promover os serviços sociais básicos não está na falta de leis que os regulamente, mas sim na formulação, implementação e manutenção de políticas públicas.

Tomaremos como exemplo dessa situação o Estado de Goiás, uma vez que já se priorizou a apresentação de alguns dados relativos ao assunto em capítulo anterior.

3.1.1 Modelo Orçamentário Administrativo em Vigor no Brasil

Antes de iniciarmos a discussão sobre a questão da judicialização do direito à saúde para o Estado de Goiás, é preciso se esclarecer sobre o modelo orçamentário administrativo em vigor no Brasil. Ele tem como premissa o equilíbrio das contas públicas, em que, em regra, as despesas só podem ser executadas quando previstas na lei orçamentária e quando há receita suficiente. A fim de manter esse equilíbrio e de atender as necessidades públicas, a constituição de 1988 prevê um sistema orçamentário com três leis com objetivos e funções diferentes: a Lei do Plano Plurianual (PPA); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LOA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) (Sundfeld, 2006).

Posteriormente, entra em vigor a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar 101/2000, que contém regras de responsabilidade do gestor público, visando limitar os gastos públicos aos valores previamente definidos, de acordo com a previsão de receitas, conferir maior transparência na gestão das finanças públicas, bem como fazer cumprir as metas fiscais. O orçamento público deve, então, ser planejado de maneira responsável, permitindo que as despesas sejam realizadas de acordo com as receitas previstas a fim de obstar o endividamento dos entes. Assim, em tese, não há mais espaço para governanças irresponsáveis, que executam seu projeto político sem observar as contas públicas que devem ter as dívidas sanadas (Sundfeld, 2006).

O SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada, integrando as ações e serviços públicos de saúde, obedecendo às diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, sendo financiado com recursos do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, de acordo com os artigos 195 e 198 da CRFB/1988 (Sundfeld, 2006).

Acerca do planejamento da saúde e de seus recursos, a EC n. 86/2015, conhecida na época como PEC do Orçamento Impositivo, teve seu art. 2º alterado pela EC n. 95/2016, que fixou um piso a ser investido em saúde e estabeleceu regras para ampliar os investimentos nessa área (TCU, 2022).

A judicialização da saúde pode gerar altos gastos para o ente estadual, e esses valores gastos não estão previstos para o exercício. Outro agravante é que as contas

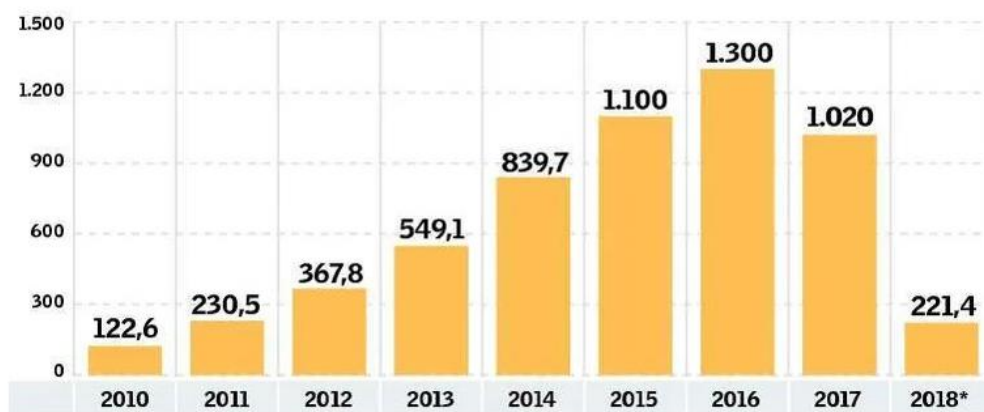
públicas do ente requisitado podem ser bloqueadas em caso de não cumprimento dos mandados. Ou seja: o impacto que a judicialização vem causando nos cofres públicos é preocupante, visto que a principal justificativa da negativa pela Administração ao fornecimento de medicamentos, tratamento, exames ou cirurgias é em razão da ausência de recursos financeiros. Com o crescimento desordenado desse fenômeno, o déficit nos cofres públicos é ainda maior, sendo que entre os anos de 2010 e 2017, o Ministério da Saúde, por exemplo, desembolsou R\$ 5 bilhões para cumprir determinações de compra de medicamentos, insumos e suplementos alimentares - R\$ 3,42 bilhões só nos últimos três anos (TCU, 2022).

A figura abaixo mostra dados do Ministério da Saúde acerca do assunto:

FIGURA 4 – GASTOS PÚBLICOS COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Gastos crescentes

Desembolsos da União para cumprir determinações judiciais - R\$ milhões



Fonte: Ministério da Saúde. *Até abril

O Tribunal de Contas da União (TCU, 2022) realizou, em 2019, levantamento, para avaliar a sustentabilidade da prestação de serviços públicos de saúde de forma universal, gratuita e integral pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Entre 2014 e 2018, a União gastou, em média, R\$ 1,1 bilhão por ano no atendimento das demandas judiciais, valor que agrega aquisições dos insumos estratégicos para saúde e depósitos judiciais. A perspectiva era de aumento desses dispêndios, que passaram de R\$ 845 milhões, em 2014, para R\$ 2,04 bilhões, em 2021.

Projeções realizadas, baseadas nos critérios inflacionários e de envelhecimento populacional, apontam para tendência de elevação dos gastos com saúde pública no Brasil. Em 2017, os dispêndios federais em saúde foram de R\$ 115,3 bilhões. Estima-se que, em 2030, esses dispêndios cheguem a R\$ 219,48 bilhões. Considerando os valores necessários para cobrir o déficit assistencial estimado, a necessidade de recursos federais para 2030 será de R\$ 277 bilhões (TCU, 2022).

Esse resultado implica na necessidade de aumento de gastos com ações e serviços públicos de saúde ou diminuição do nível de assistência, o que pode colocar em risco 70% da população brasileira que depende exclusivamente do SUS, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2022).

Importante ressaltar que, em 2017, o Banco Mundial estimou o desperdício anual de recursos com saúde no Brasil em R\$ 22 bilhões, sendo R\$ 9,3 bilhões na atenção primária e R\$ 12,7 bilhões na atenção de média e alta complexidade. Esse valor representa, aproximadamente, 20% de todo o gasto nacional com saúde realizado naquele ano (TCU, 2022).

Essas foram algumas constatações de auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (2022) que identificou o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde. No trabalho, o TCU também investigou a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos dos três poderes para reduzirem os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde.

Na avaliação do Tribunal, os tipos de ações judiciais versam, predominantemente, sobre mecanismos curativos de saúde, como medicamentos e tratamentos, e não em mecanismos preventivos. As disputas judiciais são predominantemente individuais e a taxa de sucesso é alta, pois algumas se referem a itens que deveriam ser fornecidos regularmente pelo SUS.

Já em termos de quantidade, a maior parte dos processos judiciais referentes à saúde concentra-se nos estados. Entre os tribunais estaduais com maior número de processos, estão São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. As causas envolvem valores acima de 40 salários mínimos, enquanto na Justiça Federal esse valor passa para 60 salários (TCU, 2022).

A auditoria também avaliou as ações tomadas pelos entes públicos para reduzir o impacto da judicialização em seus orçamentos e constatou que elas são insuficientes, tanto no Ministério da Saúde quanto na maioria das secretarias de saúde analisadas. Não há, por exemplo, rotinas de coleta, processamento e análise de dados que permitam o

dimensionamento da judicialização da saúde para subsidiar a tomada de decisão. Inexistem, ainda, mecanismos de detecção de fraudes por cruzamento de dados para identificação de padrões e inconsistências (TCU, 2022).

A falta desses mecanismos é particularmente importante, visto que há indícios de fraudes no âmbito da judicialização da saúde. Estudos apontam haver uma rede entre pacientes, associações, médicos e advogados, com ações articuladas para obtenção de benefícios indevidos, a exemplo da repetição sistemática de prescrições pelos mesmos profissionais de saúde (TCU, 2022).

A título de exemplo, a operação policial ‘Garra Rufa’, no Estado de São Paulo, descobriu que este Estado foi compelido judicialmente a fornecer medicamentos para pacientes que não eram portadores da doença ou para aqueles em que o grau da doença não justificava o uso da medicação. Nessa fraude, a maioria dos pacientes desconheciam que estavam entrando com ação contra o estado e muitos sequer possuíam a doença. Em ambos os casos, havia ligação entre associação de pacientes e determinados médicos e advogados (SP, 2008).

Embora a judicialização da saúde possa ser vista como uma ferramenta para garantir direitos fundamentais e corrigir falhas do sistema de saúde, ela pode fazer com que parte relevante dos orçamentos das entidades federativas fique retida por decisões judiciais excessivas e desproporcionais. Isso pode comprometer políticas públicas importantes, de modo a drenar recursos escassos e criar privilégios não universalizáveis sem o devido respaldo técnico e legal.

É preciso haver estudos mais detalhados sobre os impactos financeiros gerados pela judicialização da saúde nos Estados. No último documento do CNJ acerca da temática, o Estado de Goiás não enviou os dados. Encontramos alguns poucos estudos sobre os impactos financeiros da judicialização em algumas prefeituras do Brasil, mas não ao nível estadual.

Todavia, decisões do STF já demonstraram que a reserva do possível não possui relevância maior do que o mínimo existencial.

3.1.2 Ponderação do Mínimo Existencial com a Reserva do Possível

Equilibrar a reserva do possível e o mínimo existencial na questão da judicialização da saúde não é tarefa fácil. É preciso a utilização do método da ponderação,

que deve ser aplicado no alcance da melhor interpretação e aplicação do direito para se atingir a justiça das decisões.

Robert Alexy (2001), um dos mais influentes filósofos alemães contemporâneos na Ciência do Direito, entende que, em caso de colisão de princípios, o conflito deve ser solucionado pelo método da ponderação. Cabe averiguar, neste momento, o que vem a ser essa ponderação. A técnica de balanceamento, de sopesamento, ou mesmo da ponderação, como é mais conhecida, foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso, para resolver um conflito entre direitos fundamentais. Neste caso, decidiu-se que a ponderação seria um “método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão” (CARDOSO, 2016, p. 146).

No momento pós-positivista de discurso jurídico, a teoria da ponderação de princípios (e interesses) assume uma posição de destaque no circuito acadêmico jurídico. Ela foi fruto de uma teoria sobre a estrutura do direito orientada a partir de Ronald Dworkin e de uma teoria da argumentação jurídica orientada pela teoria do discurso de Jürgen Habermas - a teoria discursiva do Direito habermasiana defende que a legitimidade do ordenamento jurídico somente pode ser atingida mediante processos de validação discursiva com a participação de todos os afetados pelo ordenamento jurídico (BELTINE, 2021).

Autores pós-positivistas, como Jürgen Habermas (2005), entende que a teoria proposta por Dworkin é uma tentativa de combater as falácias realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, por meio de critérios deontológicos, a satisfação das exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional.

A teoria da ponderação é um método de sopesamento de princípios e regras que percorre o caminho da proporcionalidade para se chegar à decisão sobre a prevalência de um princípio ou regra sobre o(s) outro(s). É essa presença dos princípios que limitará o poder discricionário dos magistrados.

Nesse caminho, analisam-se a adequação ao caso concreto, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A essência da ponderação está na proporcionalidade em sentido estrito, mas é necessário se passar pelas duas etapas iniciais para se chegar até ele. A opção por uma ponderação fundada na proporcionalidade deve ser, ela própria, racionalizada em termos justificativos, em particular nos casos em que se escolhe o afastamento de uma linguagem dos direitos (em termos liberais), ainda logicamente

invocável, preferindo-se o controle de constitucionalidade menos denso permitido pela linguagem dos princípios (MARIANA CANOTILHO, 2021).

Alexy (2006, p. 35) esclarece que:

Um dos mais importantes princípios consagrados pelo pós-positivismo foi o princípio da proporcionalidade, pois exerce papel imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. A harmonia entre os direitos fundamentais só pode ser alcançada através da aplicação da proporcionalidade, uma vez que o intérprete se depara com uma constituição que representa um conjunto axiológico plural, cujos princípios entram em embates a todo instante. O melhor caminho encontrado pelo direito para solucionar estes confrontos é a utilização da proporcionalidade.

Todavia, se não for possível essa ponderação, faz-se como tem feito o STF: o mínimo existencial prevalece, sobressaindo-se, por conseguinte, o princípio fundamental do direito à saúde.

A administração pública evita decisões contrárias aos seus interesses se elaborar uma política pública socioeconômica em saúde que considere aspectos sociais e econômicos em seu processo de elaboração. A seguir, apresenta-se uma proposta.

3.1.3 A Necessidade de uma Política Pública Socioeconômica em Saúde

Mesmo com os impactos financeiros gerados pela judicialização da saúde, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 13) afirmam que:

Filósofos e juristas têm defendido a tese de que o Estado deve garantir o "mínimo existencial", ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde.

A noção de mínimo existencial vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e pode ser entendido como a satisfação das necessidades básicas do cidadão ao qual o Estado está obrigado. Os conceitos do mínimo existencial foram absorvidos pela Constituição de 1988, mesmo não tendo previsão expressa. Já o princípio da dignidade da pessoa humana está prevista no art.1º da Lei maior: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-

se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

As primeiras preocupações com o mínimo existencial iniciaram após a Revolução Francesa, ressurgindo após a segunda metade do século XIX em caráter mais intervencionista. Na Alemanha foi estabelecido que o Estado deveria garantir o auxílio social econômico aos que não tivessem condições de ter o mínimo para vida digna (Sarlet; Figueiredo, 2008).

Ingo Wolfgang Salet conceitua dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (2008, p. 45)

O direito ao acesso à saúde de qualidade faz parte do mínimo existencial, ao qual é garantido ao cidadão. O conceito de saúde, definido desde 1948 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), envolve o bem-estar físico, mental, social do indivíduo, sendo este um direito fundamental do ser humano e que deve ser garantido pelo Estado. No ensinamento de Bulos (2003 p. 1291), a “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e, não apenas, a ausência de afecções e doenças”. O conceito de saúde é mais complexo do que a simples ausência de afecções, é necessário um completo bem-estar que envolve saúde física e mental do indivíduo.

Em correspondência com parte da doutrina, o Estado deve garantir ao cidadão o mínimo dos direitos essenciais. Já existe jurisprudência confirmando tal entendimento, conforme esclarece a Ministra Carmen Lúcia (STF):

A noção de "mínimo existencial", 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.

O direito à saúde, devido a sua grandeza, é pressuposto fundamental à vida, sendo esta o bem jurídico mais relevante para o Direito. Poderíamos dizer que se trata do mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. Não é sem razão que foram criadas pela Constituição diversas garantias jurídicas de alta relevância operacional para a definição do conteúdo do direito à saúde e a sua efetiva proteção. São garantias obrigacionais (e.g., saúde como dever do Estado fixado pelo Art. 196 da CF); garantias financeiras (e.g., vinculação orçamentária fixada pelos §§ 1o a 3o do Art. 198 da CF); garantias institucionais (e.g., criação do Sistema Único de Saúde pelo Art. 198, caput) e, inclusive; garantias de abrangência do conteúdo jurídico do direito à saúde (e.g., princípios da universalidade e integralidade dos serviços públicos de saúde fixados pelos arts. 196 e 198 da CF).

Todavia, seguindo o entendimento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2008), o atendimento à saúde por meio da judicialização sem uma efetiva observação criteriosa da demanda pode redundar em efeitos negativos para todo o sistema de saúde pública e causar uma disfunção em todo o sistema. É por isso que, a seguir, apresentam-se discussões sobre como poderia ser uma política pública socioeconômica em saúde pública.

Trata-se de uma proposta de política pública com visão dentro do direito constitucional econômico. Isso é o que garante a eficácia da mesma, uma vez que o direito é visto de uma maneira mais coletiva, imbricada com o fenômeno econômico constitucional. Com a ajuda de diretrizes do TCU, é possível se chegar às conclusões a seguir.

Antes de tudo, é preciso dizer que se faz de extrema relevância a utilização de um sistema informatizado para coleta, processamento e análise de dados relativos à judicialização da saúde nos tempos atuais. Isso possibilita também a detecção de indícios de fraudes em ações judiciais (TCU, 2022).

A partir daí, deve-se criar indicadores globais para avaliar a qualidade e o nível de cobertura assistencial do SUS. Esses indicadores deverão identificar carências assistenciais do sistema, retratar diferenças regionais, conter indicadores de acesso e resultado e permitir aferição de índice de resultado global. Adicionalmente, conforme deliberação do TCU, é importante regulamentar critérios legais para rateio dos recursos federais vinculados à saúde, de modo a reconsiderar competências federais, estaduais e municipais no âmbito do SUS (TCU, 2022).

Essa medida é necessária para integrar incentivos financeiros oferecidos pelo Ministério da Saúde, reduzindo o excesso de normas existentes nas transferências financeiras federais; detalhar, de maneira suficiente, competências dos três níveis de governo – evitando sobreposições de responsabilidades e possibilitando identificação precisa das responsabilidades executivas e financeiras de cada ente, em relação às ações – e dos serviços de saúde; e considerar fragilidades técnicas e financeiras da maior parte dos municípios brasileiros (TCU, 2022).

Em relação às pactuações realizadas entre os entes, deve-se considerar o estabelecimento de sanção para União e estados, no caso de inadimplemento de responsabilidades assumidas; estruturar o processo de gestão de riscos na implementação nas regiões de saúde; aprimorar a orientação aos municípios e estados sobre o processo de regionalização; e estabelecer o diagnóstico sobre as necessidades de saúde (mapa da saúde), como referência prioritária para emendas parlamentares relativas a recursos vinculados à saúde (TCU, 2022).

Também é necessário definir, com clareza, o papel do Ministério da Saúde sobre os serviços de saúde prestados por hospitais; fixar as atividades de monitoramento, sistemáticas e úteis, para a tomada de decisão; e aprimorar o funcionamento do DENASUS. Deve haver também procedimentos sistematizados e regulados pelo Ministério da Saúde para a realização de ressarcimento financeiro a estados e municípios - ocorre que, por decisões judiciais, esses entes custeiam algumas ações e serviços de saúde de competência federal (TCU, 2022).

Na decisão proferida na ADPF MC 45 pelo Ministro Celso de Mello, ressalta-se que o Judiciário, ao impor satisfação do direito à saúde no caso concreto, não exerce senão o controle judicial de omissões administrativas.

Em resumo, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental, que tem enorme potencial para a proteção da personalidade humana em todas as suas dimensões, inclusive no que diz respeito à garantia do mínimo existencial. Entretanto, o princípio não pode continuar sendo usado como fórmula retórica flácida, maleável de acordo com as preferências do intérprete, nem tampouco como artifício para a imposição de modelos de “vida boa” às pessoas, ou para a preservação de privilégios e hierarquias entrincheiradas.

Tal princípio, corretamente compreendido e aplicado, converte-se em um poderoso instrumento em favor da inclusão e do respeito a todas as pessoas nas estruturas sociais e nas relações intersubjetivas. Todavia, seria inocente supor que a correta

interpretação do princípio constitucional seja, por si só, capaz de equacionar todos os gravíssimos problemas que afetam a dignidade humana no Brasil. Afinal, tais problemas não são apenas jurídicos, pois estão profundamente enraizados em nossa cultura e nas estruturas sociais, econômicas e políticas do país.

Contudo, se o Direito Constitucional não é onipotente, ele tampouco é desprovido de força, inclusive para interferir na cultura e nas estruturas. O seu poder maior não vem da coerção jurídica, mas da capacidade de inspirar os sonhos individuais e coletivos. A dignidade humana é uma ideia poderosa, que fala aos corações e à imaginação moral. Ela pode fazer as pessoas sonharem e eventualmente até marcharem juntas.

Em algum lugar do futuro, com a dose adequada de idealismo e de determinação política, a dignidade humana se tornará a fonte do tratamento especial e elevado destinado a todos os indivíduos: cada um desfrutando o nível máximo atingível de direitos, respeito e realização pessoal. Todas as pessoas serão nobres. Aqui e agora, todavia, temos um desafio aparentemente mais singelo: construir uma sociedade em que todos sejam tratados como gente. Pode parecer pouco, mas, pelo menos no Brasil, é uma enormidade.

Por tudo isso, o direito à saúde deve sempre predominar sobre os limites orçamentários do Estado. O problema da judicialização da saúde não se deve em razão da falta de legislação para o caso. Isso reforça ainda mais o que se pretende afirmar ao final: a necessidade de um planejamento de ações das políticas públicas baseada em protocolos que envolvam um viés social e econômico. Acredita-se, aqui, que deve haver uma ponderação de ações neste sentido.

Todavia, importante se frisar neste momento também que, por mais que as Políticas Públicas estejam bem desenhadas e implementadas pelas leis e pelo Poder Executivo, sempre poderá haver uma necessidade de saúde específica a demandar uma ação estatal que não se encontra, ainda, devidamente regulada em termos coletivos por meio de leis, normas ou serviços específicos. E a saúde do cidadão e da sociedade, bem como o fornecimento de serviços públicos adequados às suas necessidades de saúde, devem ser objetivos do Estado precípuos para a garantia da vida das pessoas humanas.

CONCLUSÃO

A saúde é um direito social humano fundamental, com status de preceito fundamental por estar imbrincada aos direitos humanos. Trata-se de um direito previsto

constitucionalmente e que deve, obrigatoriamente, ser atendido por parte do poder público. Existe legislação pertinente para a saúde, e a administração pública cumpre. Esta tem procurado, a cada ano, investir mais em saúde, a exemplo da excelente estrutura apresentada pelo SUS.

Todavia, os números de demandas judiciais apresentados pelo CNJ sobre os casos novos em saúde a cada ano e mês têm demonstrado que ainda é preciso fazer mais. O TJGO possui várias demandas pendentes e julgadas, e o número continua elevado.

A judicialização da saúde refere-se ao uso do sistema judiciário para reivindicar direitos relacionados à saúde ao poder público. Trata-se de uma questão que envolve o preceito fundamental da redução da desigualdade social e regional, assim como o direito à saúde.

Os direitos sociais humanos fundamentais que devem ser protegidos e atendidos pelo Estado, e não se pode utilizar a teoria da reserva do possível para tentar justificar a sua obstrução, assim como o é a saúde. O mínimo existencial deve ser garantido e as instâncias judiciárias tendem a proferir decisões neste sentido.

Percebe-se, assim, que a judicialização da saúde é um fenômeno de elevada complexidade. A literatura científica diverge sobre quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), diverge sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental, que tem enorme potencial para a proteção da personalidade humana em todas as suas dimensões, inclusive no que diz respeito à garantia do mínimo existencial. Entretanto, o princípio não pode continuar sendo usado como fórmula retórica flácida, maleável de acordo com as preferências do intérprete, nem tampouco como artifício para a imposição de modelos de “vida boa” às pessoas, ou para a preservação de privilégios e hierarquias entrincheiradas.

Tal princípio, corretamente compreendido e aplicado, converte-se em um poderoso instrumento em favor da inclusão e do respeito a todas as pessoas nas estruturas sociais e nas relações intersubjetivas. Todavia, seria inocente supor que a correta interpretação do princípio constitucional seja, por si só, capaz de equacionar todos os

gravíssimos problemas que afetam a dignidade humana no Brasil. Afinal, tais problemas não são apenas jurídicos, pois estão profundamente enraizados em nossa cultura e nas estruturas sociais, econômicas e políticas do país.

Por tudo isso, o direito à saúde deve sempre predominar sobre os limites orçamentários do Estado. O problema da judicialização da saúde não se deve em razão da falta de legislação para o caso. Isso reforça ainda mais o que se pretende afirmar ao final: a necessidade de um planejamento de ações das políticas públicas baseada em protocolos que envolvam um viés social e econômico. Acredita-se, aqui, que deve haver uma ponderação de ações neste sentido.

Todavia, importante se frisar neste momento também que, por mais que as Políticas Públicas estejam bem desenhadas e implementadas pelas leis e pelo Poder Executivo, sempre poderá haver uma necessidade de saúde específica a demandar uma ação estatal que não se encontra, ainda, devidamente regulada em termos coletivos por meio de leis, normas ou serviços específicos. E a saúde do cidadão e da sociedade, bem como o fornecimento de serviços públicos adequados às suas necessidades de saúde, devem ser objetivos do Estado precípuos para a garantia da vida das pessoas humanas.

Por isso que a elaboração de políticas públicas em saúde com critérios constitucionais e econômicos podem trazer uma melhoria para a questão. Isso porque é uma proposta que fortalece o SUS e melhora a gestão dos recursos de saúde para reduzir a necessidade de judicialização. Nesse gerenciamento da questão, é fundamental se adotarem critérios técnicos e científicos nas decisões judiciais relacionadas à saúde.

A resposta às questões jurídicas levantadas pelo reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental é evidentemente complexa e deve ser buscada por meio de uma análise abrangente dos sistemas jurídicos modernos. A incorporação e a proteção de um direito humano fundamental são feitas no âmbito dos sistemas jurídicos seguindo ao menos três fases bem definidas. A primeira fase de proteção de um direito humano é o seu reconhecimento formal pelo sistema jurídico, que pode ser feito por meio de adesão a tratados internacionais, por meio de reconhecimento constitucional ou ainda por meio de leis ou normas infralegais. A proteção de um direito humano, no entanto, não é garantida apenas com o reconhecimento formal deste direito pelas letras frias das leis.

Para que um direito humano fundamental seja de fato protegido como tal, a segunda fase de proteção necessária é a criação de garantias jurídicas que possibilitem a plena fruição do direito reconhecido pelas pessoas. Sendo assim, a partir do reconhecimento formal de um direito humano, este deve ser protegido por meio da criação

de garantias jurídicas, tais como a vinculação orçamentária, o reconhecimento de direito público subjetivo, a possibilidade de participação na formulação e execução das políticas públicas, o controle social sobre o Estado no que se refere à prestação dos serviços públicos associados ao direito protegido, dentre outras.

A terceira fase de efetivação do direito à saúde é a fase destinada a concretizar as garantias jurídicas criadas, por meio da efetiva disponibilização de recursos pelo Estado, pela criação de um sistema público de saúde eficiente, pela disponibilização de serviços públicos de saúde seguros, de qualidade, eficazes e adequados às necessidades dos cidadãos, pelo respeito individual e coletivo às regras protetoras da saúde, enfim, por uma série de ações concretas que devem ser colocadas em prática pelo Estado, pelas empresas, pelas famílias e pelos indivíduos, visando à plena realização do direito à saúde.

A efetivação do direito à saúde passa, portanto, pela formulação e execução de políticas sociais e econômicas capazes de assegurar de forma universal o acesso às ações e serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da saúde, conforme expressamente previsto pelo Art. 196 da CF.

Políticas públicas bem planejadas e executadas, no âmbito de um Sistema Único de Saúde coordenado e articulado federativamente, são garantias essenciais para a proteção do direito à saúde. Em realidade, são essas políticas que definem o conteúdo jurídico concreto do direito à saúde, ao definirem quais os serviços e produtos que estarão disponíveis para o cidadão promover, proteger e recuperar a sua saúde.

A compreensão desta dinâmica de proteção dos direitos humanos nas sociedades modernas é fundamental para que se possa compreender o significado do direito à saúde no âmbito do direito interno brasileiro. Um olhar acurado sobre as garantias jurídicas do direito à saúde é fundamental na medida em que são as garantias jurídicas oferecidas que darão a exata medida da extensão que a proteção de um direito humano tem em um determinado Estado.

A proteção do direito à saúde depende, portanto, não apenas de seu reconhecimento expresso pela Constituição, mas principalmente da definição de garantias jurídicas eficazes, capazes de organizar um sistema de defesa do direito que assegura ao cidadão, quando necessário, o acesso ao direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abboud, Georges. **Ativismo Judicial**. São Paulo: RT, 2022.

Aith, Fernando Mussa Abujamra. **Manual de direito sanitário com enfoque em vigilância em saúde**. Brasília, DF: CONASEMS, 2019.

Alexy, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Aquino, Rubim Santos Leão. **História das Sociedades**. São Paulo: Imperial Novomilenio, 2009.

Bagnoli, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. São Paulo: Atlas, 2022.

Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Barcellos, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dinidade da pessoa humana. – 3º ed. Revista e atualizada. **Renovar**: Rio de Janeiro, 2011.

_____. 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**. nº 3 (jul.-set./2006), p. 17-54. Disponível em: https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_de_mocr%C3%A1tico. Acesso em: 25 de abril de 2023.

Barroso, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 13 de agosto de 2024.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

Brasil. Constituição (1988). Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2023.

BRASIL. Ação Civil Pública, Processo nº 0801023-42.2021.8.18.0031, publicada em 12/03/2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478 Piauí. Relator(a): Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-ordena-restabelecimento-leitos-uti.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2023.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório_Judicializacao-e-Sociedade-16072021.pdf . Brasília: CNJ, 2024. Disponível em cnj.jus.br Acesso em 30 de junho de 2024.

_____. _____. Justiça em Números 2024. Brasília: CNJ. Disponível em cnj.jus.br Acesso em 10 de setembro de 2024.

Baumol, W. **The cost disease**: why computers get cheaper and health care doesn't". New Heaven: Yale University Press, 2012.

Benevides, Maria Victoria. Cidadania e Direitos Humanos. **Instituto de Estudos Aplicados – USP**. 2013. Disponível em <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/benevidescidadaniaedireitoshumanos.pdf> Acesso em 30 de junho de 2024.

Bercovici, G. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2022

Binenbonjm, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3.ed. São Paulo: Renovar, 2014.

Carlini, Angelica. **Judicialização da saúde pública e privada**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2018.

Carvalhosa, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: RT, 2013.

Comparato, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

Cunha Júnior, Dirley da. **Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais**. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. rev., atual. Ampl. Bahia: Juspodivm, 2012.

Diniz, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Krell, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

Faraco, Marina. Poder Judiciário e crise hídrica no Brasil: o protagonismo judicial no controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 9, n. 33, set./dez. 2015.

Ferraz, O. L. M.; Vieira, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Manual de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Juspodvim, 2022.

FIOCRUZ. **Medidas de controle e organização dos sistemas e serviços de saúde**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/medidas-de-controle-e-organizacao-dos-sistemas-e-servicos-de-saude>. Acesso em: 25 de abril de 2023.

Grau, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da Saúde e Sociedade:** o novo projeto do CNJ. 2017. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/judicializacao-e-sociedade-gebran-e-clenio.pdf> Acesso em 30 de junho de 2024.

GOIÁS. **Secretaria de Saúde do Estado**. Prestação de Contas Ordinária. Disponível em <https://goias.gov.br/saude/wp-content/uploads/sites/34/files/instrumentos-de-planejamento/gestao-atividades/gestao-atividades-2022.pdf> Acesso em: 30 de junho de 2024.

_____. **Governo do Estado de Goiás**. DECRETO Nº 9.595, DE 21 DE JANEIRO DE 2020. Disponível em <https://goias.gov.br/saude/institucional/> Acesso em: 30 de junho de 2024.

INSPER. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO. 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf> Acesso em: 30 de junho de 2024.

HELLER, Hermann. Teoria del Estado. Espanha: Fondo del Cultura Economica, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. Compliance à Luz da Governança Corporativa. 2017. Disponível em legiscompliance.com.br/images/pdf/ibgc_orienta_compliance_a_luz_da_governaca.pdf Acesso em 30 de junho de 2024

ISMAIL FILHO, Salomão. **Direitos Sociais**: das origens à universalidade. São Paulo: Juruá, 2019.

MACHADO, José Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 30.ed. Salvador: Juspodvim, 2024.

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 9-28, abr./jun. 2007.

PADILHA, R. **Direito Constitucional Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6.ed. São Paulo: Cortez, 2014.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus Garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. São Paulo: Intrínseca, 2014.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional**. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Global, 2019.

RISSI, Rosmar. **Teoria do Mínimo Existencial**. São Paulo: Juruá, 2017.

SÃO PAULO. Governo do Estado. Polícia prende quadrilha que fraudou R\$ 63 milhões do Estado. 2008. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/policia-prende-quadrilha-que-fraudou-r-63-milhoes-do-estado/> Acesso em 10 de agosto de 2024.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana** – conteúdo, trajetórias e metodologia. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

_____. **Mínimo Existencial**. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26034/19156> >. Acesso em: maio/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 25 de abril de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível - formato PDF. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2023.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa. **Brasil: uma nova Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Serag, Mandouh Salem. **Cultura Ambiental: homem e meio ambiente**. São Paulo: Nosso Conhecimento, 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, Jul./set. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 25 de abril de 2023.

SIMEON, Yuri. **10 Razões para Defender o SUS**. 2020. Disponível em <https://mst.org.br/2020/03/20/10-razoes-para-defender-o-sus/> Acesso em 30 de junho de 2024.

Sundfeld, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. **O STF e a Constituição Econômica: casos e funções**. São Paulo: Intersaberes, 2022.

TCU. **Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal – 2022**. Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário. Disponível em https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sistema_unico_de_saude_acesso_e_sustentabilid

ade.html#:~:text=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%3A%20Entre%202014,para%20sa%C3%BAde%20e%20dep%C3%B3sitos%20judiciais. Acesso em 10 de agosto de 2024.

TOLEDO SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. **Direito Econômico e Cidadania**. 1997. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/silveira_dir_ec_cidadania.htm. Acesso em: 11 de julho de 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Jusfundamentabilidade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2003. v.12.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: www.scielo.org/article/physis/2010 Acesso em 30 de junho de 2024.

VILLA, Marco Antônio. *História das Constituições Brasileiras*. São Paulo: Lélia, 2011.

WANG, Daniel. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. 2014. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rap/a/5YcctKRJTVmQnp5mRHkBBcj/abstract/?lang=pt> Acesso em: 11 de julho de 2024.

WARDE, Walfrido. **O Espetáculo da Corrupção**. São Paulo: Leya Casa da Palavra, 2018.