



O impacto da judicialização do Sistema Único de Saúde

The impact of judicialization of the Unified Health System

El impacto de la judicialización del Sistema Único de Salud

Trícia Bogossian¹

ORCID: 0000-0002-33580-3618

¹Universidade Santa Úrsula. Rio de Janeiro, Brasil.

*Autor correspondente: E-mail: tricia.bogossian@hotmail.com

Resumo

Objetivou-se discutir o direito à saúde, contrapondo a saúde coletiva à individual e analisando o impacto da judicialização sobre o Sistema Único de Saúde (SUS). Para tanto, aborda o direito à saúde, apresentando seu conceito e conteúdo mínimo; discute o princípio da integralidade; discorre sobre o controle judicial das políticas públicas procedendo a uma ponderação entre a reserva do possível e o mínimo existencial; e defende a priorização de políticas públicas que beneficiem a coletividade. Como metodologia adotou-se a pesquisa bibliográfica a partir da revisão literária em livros, artigos e legislações que se dedicam à temática com o intuito de buscar soluções para reduzir os gastos com a judicialização.

Descritores: Direito à Saúde; Judicialização da Saúde; Saúde Pública; Política de Saúde; Enfermagem.

Como citar este artigo:

Bogossian T. O impacto da judicialização do Sistema Único de Saúde. Glob Clin Res. 2022;2(1):e23.

Editor Chefe: Caroliny dos Santos Guimarães da Fonseca

Editor Executivo: Kátia dos Santos Armada de Oliveira

Submissão: 18-08-2021

Aprovação: 15-09-2021



Abstract

The aim was to discuss the right to health, opposing collective health to individual health and analyzing the impact of judicialization on the Unified Health System (SUS). To this end, it addresses the right to health, presenting its concept and minimum content; discusses the principle of integrality; discusses the judicial control of public policies, carrying out a balance between the reserve of the possible and the existential minimum; and defends the prioritization of public policies that benefit the community. As a methodology, bibliographic research was adopted from the literary review in books, articles and legislation that are dedicated to the theme in order to seek solutions to reduce expenses with judicialization.

Descriptors: Right to Health; Health's Judicialization; Public Health; Health Policy; Nursing.

Resumén

El objetivo fue discutir el derecho a la salud, oponiendo la salud colectiva a la salud individual y analizando el impacto de la judicialización en el Sistema Único de Salud (SUS). Para ello, aborda el derecho a la salud, presentando su concepto y contenido mínimo; discute el principio de integralidad; discute el control judicial de las políticas públicas, realizando un balance entre la reserva de lo posible y el mínimo existencial; y defiende la priorización de políticas públicas que beneficien a la comunidad. Como metodología se adoptó la investigación bibliográfica a partir de la revisión literaria en libros, artículos y legislación que se dedican al tema con el fin de buscar soluciones para reducir gastos con la judicialización.

Descriptor: Derecho a la Salud; Judicialización de la Salud; Salud Pública; Política de Salud; Enfermería.

Introdução

Entre os direitos sociais garantidos pela Carta de 1988, a saúde pública pode ser considerada inserta no mais ambicioso projeto das diretrizes programáticas da nova estrutura constitucional: a universalização do acesso à saúde, com financiamento integral pelo poder público, jamais antes garantida no Brasil.

No entanto, o que se tem observado é que frente à ineficiência do poder público em fornecer os serviços, procedimentos e medicamentos que a população necessita para fazer valer seu direito à saúde assegurado pela CRFB/1988, um elevado número de demandas judiciais tem sido proposto pleiteando a satisfação de necessidades individuais dos cidadãos.

Objetiva-se discutir o direito à saúde, contrapondo a saúde coletiva versus a individual e analisando o impacto da judicialização sobre o SUS. O estudo se justifica tendo em vista a necessidade de esclarecer pontos ainda obscuros no debate sobre a judicialização bem como compreender a forma como a universalização do sistema de saúde pode impactar negativamente a saúde coletiva, quando processos judiciais individuais comprometem o recurso global dedicado ao SUS. Como metodologia, foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros, artigos e legislações que se dedicam ao estudo do tema em análise.

Direito à saúde

A concepção dos direitos fundamentais remonta à necessidade encontrada, por parte dos cidadãos, em impor limites referentes aos abusos cometidos pelo Estado ante à utilização indiscriminada de seus poderes, através de suas autoridades constituídas. Desse modo, os direitos fundamentais surgem em um contexto em que se buscava a garantia de direitos aos cidadãos em detrimento do poder

exacerbado do Estado, pautando-se em princípios norteadores como o da igualdade e da legalidade, fundadores do Estado Constitucional. Nesse sentido, apesar da existência de doutrinadores que defendiam que as origens dos direitos fundamentais remontam há mais de 2000 anos antes de Cristo, nas civilizações antigas e medievais, é certo que somente podemos falar em direitos fundamentais a partir da existência de um Estado, na acepção moderna do termo¹.

A concepção moderna de direitos fundamentais origina-se com a consolidação do Estado Democrático de Direito, com expansão dos ideais liberais, implicando controle e limitação da atuação estatal. Embora prestações governamentais possam, certamente, ser identificadas em comunidades mais antigas, a luta por direitos a ser garantidos pelo Estado se identifica, de modo bastante evidente, com o moderno constitucionalismo, aqui entendido como o movimento que, a partir do século XVIII, dedicou-se a pactuar a delegação do poder ao soberano, enquanto se estabeleciam limites para a atuação estatal².

Desse modo, conforme explicado em estudo, para se falar em direitos fundamentais se torna necessário a coexistência de três elementos: o Estado, os indivíduos e o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos³.

Tais condições apresentaram-se reunidas apenas na metade do século XVIII, quando tomaram a feição de importantes documentos históricos, como a Carta Magna (1215), na Inglaterra; a *Petition of Rights* (1628); o *Habeas Corpus Act* (1679); o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Além disso, a Declaração de Direitos da Virgínia já proclamava, expressamente, algumas espécies de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Caminhando no mesmo sentido, a Constituição



dos Estados Unidos da América (1791), ao garantir direitos como a liberdade religiosa, inviolabilidade domiciliar, devido processo legal, julgamento pelo Tribunal do Júri, entre outros¹.

Apesar dessa evolução encontrada diante da promulgação de diversos documentos estatais em defesa dos direitos fundamentais, considera-se que foi na França, em 1789, que ocorreu a consagração normativa desses direitos, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, visto como um marco ampliador do rol de direitos protegidos juridicamente. Nesse documento, destaca-se, por exemplo, a proteção do direito à segurança, à resistência, à opressão, à associação política, ao princípio da presunção de inocência, à livre manifestação de pensamento, entre outros¹.

Nessa época, os direitos eram considerados negativos, pois vedavam, ao Estado, intervir na liberdade de agir – e de contratar, possuir e dispor de bens – dos cidadãos. As liberdades públicas, assim, são direitos subjetivos, oponíveis ao Estado, o que, antes de 1789, era desconhecido no direito positivo⁴.

Direitos fundamentais são limitações impostas aos poderes do Estado, incluso nas declarações universais e reconhecidos pelas sociedades civilizadas, tendo, como fundamento de validade, o consenso dos homens acerca dos mesmos.

No cenário brasileiro, a Constituição de 1824 e, posteriormente, a de 1891 já continham previsões de diversos direitos fundamentais em seu texto constitucional, sendo o rol ampliado com a Constituição de 1937 – em que foram acrescentados direitos como a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, à segurança, à integridade do Estado, à guarda e ao emprego da economia popular. Já a Constituição de 1946 inovou, ao estabelecer diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e aos empregados, sendo seguida pelas Constituições de 1967 e pela Emenda Constitucional 1, de 1969, que, em contrapartida, estabeleceu uma ampla gama de restrições aos direitos e garantias fundamentais. Por fim, a CRFB/1988 e conhecida como Constituição Cidadã, ampliou o escopo e a relevância conferida aos direitos fundamentais protegidos¹.

A localização, após o preâmbulo e os princípios constitucionais, sua inclusão no rol de cláusulas pétreas e sua aplicabilidade imediata são exemplos da relevância constitucional conferida aos direitos fundamentais pela CRFB/1988. Conforme assevera em estudo, essa relevância atribuída aos direitos fundamentais, em nossa atual Magna Carta, diz respeito ao fato de ela ter sido precedida por um período autoritarista, sendo certo que “a relevância aos direitos fundamentais, o reforço ao seu regime jurídico e a configuração de seu conteúdo são fruto da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição de liberdades fundamentais”⁵.

Direito fundamental à saúde: conceito e conteúdo mínimo

A conceituação do direito à saúde não pode ser compreendida de forma estática, sendo um processo em

permanente evolução; de caráter sistêmico, inter-relacionado com uma variedade de outros direitos e que se modifica constantemente, com a própria evolução histórica⁶.

A primeira noção histórica do tema relaciona a saúde como a ausência de doenças, sendo que, no final do século XIX, esse conceito ganha um viés liberal, ao compreender esse estado de doença do indivíduo como elemento prejudicial ao funcionamento das indústrias, já que o trabalhador não poderia participar do processo produtivo⁷.

O desenvolvimento desse conceito passa a agregar a noção de saúde preventiva, como forma de evitar doenças através de medidas de assistência, principalmente sanitárias. Nesse tema, há de se ter, como matriz, a conceituação dada pela OMS acerca de saúde, aduzindo que a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”, abrangendo um equilíbrio entre o homem, em uma dimensão física e psicológica, e englobando o meio ambiente em que se encontra inserido⁸.

Na verdade, a conceituação do direito à saúde encontra diversas dificuldades, que vão desde a definição dos critérios a serem utilizados, passando pela escolha dos meios para seu alcance e pela relação com outros ramos do Direito, além de possuir uma dimensão individual e outra coletiva.

O direito à saúde tem, assim, duas facetas: uma relacionada à sua preservação e outra, à sua recuperação. O direito à preservação da saúde tem, em contrapartida, as políticas que visam à redução do risco de doença, através de uma prevenção genérica, não individualizável, da doença, enquanto o direito à recuperação da saúde visa a proporcionar uma prestação positiva estatal, de cunho assistencialista, a fim de restabelecer a saúde do indivíduo⁹.

A concepção moderna de saúde possui uma dimensão coletiva, permitindo a divulgação e a disseminação de práticas preventivas, corretivas e assistenciais nas mais diversas localidades, englobando o maior número de destinatários possíveis, através da premissa da universalidade que norteia a garantia desse direito. O modelo assistencial contemporâneo não mais prioriza ações individuais, mas sim passa a visar à sociedade e a suas necessidades quanto à saúde pública.

Assim sendo, a prevenção, em todas as suas formas, desde a promoção de um ambiente salubre e digno aos cidadãos – com condições adequadas de sobrevivência, saneamento básico e alimentação saudável – passaram a ser considerados na promoção desse direito.

O direito à saúde tornou-se uma garantia social, valorizando-se um conceito individual e coletivo, além do entendimento de que ele depende de fatores diversos, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, bem como as múltiplas necessidades de ações intersetoriais que integram os planos propostos.

É importante destacar que o cenário de ocupação urbana nas cidades, com polos de riqueza e pobreza, estando, de um lado, o alto padrão econômico, com acesso a todos os meios e recursos necessários para a qualidade de



vida, e de outro, concentrações de miséria e desprezo à dignidade humana possui relação direta sobre o perfil das doenças e no próprio conceito contemporâneo do direito à saúde.

Desprende-se, portanto, que direito à saúde possui um amplo conceito, que tem dimensão social, econômica, cultural e mental, ultrapassando a visão biogenética, sendo, na realidade, o resultado da qualidade de vida das pessoas e da comunidade. A análise dessa qualidade se dá sob uma perspectiva preventiva e repressiva de doenças.

No Brasil, a classificação do direito à saúde como direito fundamental ocorreu com a promulgação da CRFB/1988, constituindo-se em um dos maiores avanços da nossa Carta Magna, estando inserido entre os direitos fundamentais sociais, ou prestacionais, exigindo do Estado uma atuação que propicie condições para sua concretização e efetivação.

Ao estabelecer a saúde como um direito social, a Constituição considerou esses direitos como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, tendendo a realizar a igualização de situações sociais desiguais¹⁰.

Em vista disso, a CRFB/1988, ao propor um sistema de otimização das normas de direitos fundamentais, impôs, ao poder público, de efetivá-los, através da implementação de políticas públicas concretas, sendo necessário que essas possuam a máxima eficiência e eficácia possível, para que alcancem seus objetivos e garantam, de fato, o direito protegido.

O direito à saúde teria, de acordo com estudos, duas dimensões: defensiva e prestacional, esta imputando um dever ao Estado de executar medidas de efetivação da saúde, e aquela constituindo um aspecto negativo, de preservação da saúde⁵.

O direito à saúde é, assim, classificado como um direito fundamental de eficácia plena e imediata, universal, social e humana, pertencente ao rol daqueles relacionados ao mínimo existencial, de cunho assistencialista e preventivo, universalista e garantista, típico de um Estado do bem-estar social.

A definição e a natureza jurídica do direito à saúde possuem o intuito precípuo de promover condições dignas de acesso e de qualidade de vida aos indivíduos, tanto no que diz respeito à efetiva prevenção de doenças, tratamento ou cuidado com o meio ambiente que os cerca, como na prestação de serviços essenciais, sendo a criação do SUS uma consequência direta de todas as perspectivas doutrinárias acerca da proteção ao direito à saúde no Brasil.

Direito à saúde e o princípio da integralidade

A CRFB/1988, além de inovar, no sentido de inserir a saúde como um direito fundamental, criou as bases para a instituição do SUS no Brasil. A partir da sua criação, teve com o objetivo precípuo de promover o acesso universal e igualitário a todos os que se encontrem em território nacional e necessitam de atendimento médico-hospitalar, bem como de medicamentos, cirurgias, tratamentos e

outras políticas relacionadas à saúde pública, a fim de prevenir ou tratar doenças.

O SUS é o principal instrumento implantado pelo Estado brasileiro para buscar a efetivação para garantir a saúde pública aos indivíduos, propiciando, de forma gratuita, o acesso dos cidadãos aos serviços de saúde. Para tanto, concebeu-se um sistema presente em todos os entes federativos, de cunho predominantemente descentralizado e atuante na prevenção de doenças.

O SUS foi instituído pela Lei n.º 8.080/1990, possuindo, como incumbência inicial, a definição de quais ações e serviços de saúde serão capazes de garantir a integralidade da assistência à saúde, compatibilizando-as com as necessidades da população e suas fontes de financiamento.

Os princípios norteadores do SUS não constituem um rol taxativo, mas balizam toda a atuação desse sistema, em prol do usuário-cidadão. Além dos princípios que encontram previsão expressa no texto constitucional, existem outros princípios que se encontram implícitos no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da universalidade é a base do sistema, sendo decorrência de uma evolução histórica acerca das garantias de direitos aos cidadãos, típicas de um Estado do bem-estar social que ganhou ênfase com o Movimento de Reforma Sanitária na década de 1980 e ampliou a gama de destinatários do SUS, em contraposição ao modelo adotado anteriormente, em que apenas um grupo restrito de trabalhadores possuía amparo em questões relativas à saúde¹.

A garantia de universalidade, além de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, possui íntima relação com o princípio da igualdade, em sua tentativa de assegurar o direito fundamental à saúde, sem qualquer discriminação ou privilégio.

Não obstante, importante observar que, dentro da concepção da universalidade, o SUS estabeleceu alguns requisitos para a assistência farmacêutica, através do Decreto n.º 7.508/2011. Para o acesso universal ao sistema, na temática medicamentos, faz-se mister o cumprimento dos requisitos ali dispostos.

Ademais, diretamente relacionado a tal princípio, tem-se o princípio da equidade, que possui o objetivo de reduzir as disparidades sociais e regionais existentes no país, através das ações e serviços de saúde. As políticas públicas de saúde visam a proporcionar aos indivíduos um patamar mínimo de garantia, em que seja possível se estabelecer uma situação de dignidade e de redução de desigualdades em todo o país, expressando a ideia de justiça social.

Já no que concerne ao princípio da integralidade, explícito no texto constitucional, ressalta-se, inicialmente, que este não se confunde com o princípio do acesso universal, sendo que o primeiro significa que o serviço deve abranger todas as necessidades humanas, enquanto o segundo implica a atribuição a qualquer pessoa.

Assim, conforme enunciado, o princípio do atendimento integral refere-se ao atendimento prestado pelo SUS, abrangendo, de modo prioritário, condutas preventivas, bem como condutas assistenciais. Vale destacar



que essa ação deve ocorrer da maneira mais abrangente possível, a fim de propiciar a todos os usuários o atendimento de suas necessidades, agindo de forma harmônica e articulada, observando os níveis de complexidades do SUS.

A integralidade, todavia, não significa acesso a todo e qualquer serviço e insumos de saúde, por qualquer cidadão. O emprego de recursos financeiros para o usuário tem de ser feito de forma proporcional, observando a equidade e a própria manutenção do sistema. A integralidade deve ser entendida como o mínimo existencial para a manutenção do SUS.

A integralidade está presente, ainda, na relação com os princípios da eficiência e da razoabilidade, com a inovação na gestão pública e da segurança, no sentido da prioridade das atividades preventivas, mas está limitada às competências do SUS, isto é, às atividades de assistência às pessoas, com ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, não sendo responsável por ações em outras áreas, mesmo relacionadas à qualidade de vida.

Registre-se, porém, que esse princípio só se aplica aos usuários do sistema. O atendimento integral é um direito dos usuários efetivos do SUS, isto é, daqueles que optam por utilizar o serviço público de saúde; pressupõe a vontade de querer utilizar o sistema. A integralidade exige ainda o envolvimento dos diversos atores do SUS em uma busca, através de uma interação democrática, de consensos para se alcançar a concretização do direito à saúde.

Outro princípio que rege o SUS é o da descentralização, compreendendo a saúde como um palco para soluções criativas e alternativas inovadoras que reflitam a realidade de cada região, sem seguir um modelo único.

A forma de organização do SUS pressupõe a criação de uma estrutura preponderantemente descentralizada, em que os Municípios recebem a importante incumbência de implantar políticas públicas, preventivas ou repressivas, que atendam às demandas da população local.

Desse modo, pode-se dizer que a efetivação do direito à saúde, ocorre preponderantemente, no âmbito dos Municípios brasileiros, que, por meio de recursos da União, dos Estados, e, até mesmo, provenientes de receitas próprias, investem nas políticas necessárias à população. A municipalização tornou esse ente o principal canal de escoamento das diretrizes do SUS.

Além disso, como decorrência direta do princípio da descentralização, tem-se o princípio da regionalização, que aduz que os serviços de saúde devem ser organizados em níveis de complexidade tecnológica crescente, dispostos em uma área geograficamente delimitada, devendo estar definida a população que receberá atendimento. A descentralização permite uma eficiência maior das políticas públicas, através da aproximação da realidade social de cada localidade.

Ademais, o SUS é uma rede hierarquizada, gerenciada pelo Ministério da Saúde, em âmbito federal, a partir da elaboração de diretrizes e de transferências de recursos aos demais entes federativos, através de consensos

administrativos, principalmente, das comissões intergestores tripartites e bipartites¹.

Apesar dessa atuação descentralizada, ressalta-se que o SUS é regido pelo princípio da unidade, que significa que ele é um sistema unitário, indivisível, buscando a preservação e o atendimento integral das necessidades da sociedade. Dessa forma, em cada esfera de atuação, o sistema busca, de modo homogêneo, a efetivação de políticas públicas.

No que se refere à participação da comunidade, essa é uma diretriz que determina aos agentes públicos a criação de meios de participação da comunidade na condução do SUS, seja na etapa de formulação, de gestão ou de execução dos serviços de saúde, concretizando-se, principalmente, na atuação dos Conselhos e Conferências de saúde.

Controle judicial das políticas públicas

Apesar do nível de exigência da sociedade contemporânea ser cada vez maior, no sentido da busca pelo atendimento das demandas sociais, constata-se a opção, pelo gestor público, em garantir o máximo em arrecadação, minimizando a realização destas postulações. Surge, assim, para o Judiciário, a necessidade de uma postura ativa com o escopo de solucionar esse problema, principalmente, ante à relevância dos direitos sociais. Nesse contexto, desponta uma das mais intensas discussões jurídicas da atualidade: o controle judicial das políticas públicas e a efetividade dos direitos fundamentais, em conflito com o princípio de separação de poderes.

As normas de direito social são, em regra, preceitos vagos e carentes de precisão, tendo, como destinatário, o Poder Público e necessitando dele para a execução de políticas públicas e da prestação dos serviços estipulados.

Essa atuação suplementar do Judiciário, contudo, não poderia ocorrer de modo livre e incondicional. É necessário que tenha ocorrido um desvio do natural curso do interesse público na administração ou no Legislativo¹¹.

Dentro dessa visão, entre as atividades do Poder Judiciário está o controle das políticas públicas, seja no âmbito normativo ou administrativo, permitindo uma ampla discussão no seio da sociedade sobre as decisões que interessam à coletividade bem como sobre a extensão do controle por parte do Judiciário¹².

A jurisprudência brasileira, pouco a pouco, evolui no que se refere à matéria, reconhecendo o papel do Judiciário como garantidor desses direitos, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, mas isso não retira a necessidade de um debate específico sobre o tema, principalmente, no tocante à capacidade técnica do magistrado em lidar com demandas tão complexas e com efeitos sistêmicos como as políticas públicas. Talvez esse seja o maior desafio no estudo da relação entre o Judiciário e as políticas públicas.

O Judiciário assume não um papel substitutivo do Executivo e Legislativo, mas complementar, cumprindo a sua função constitucional de intervenção nas políticas públicas, quando comprovada a omissão do poder público em assim agir.



Registre-se que essa atuação e o crescimento do Judiciário vem sendo objeto de grandes críticas, muitas delas corretas, como bem pontuado em estudo, que destaca a visão restrita do órgão judicial como elemento prejudicial a sua atuação no âmbito das políticas públicas, ressaltando que a sua suposta incapacidade de fazer apreciações macroestruturais, já que seu ofício é lidar com conflitos intersubjetivos, a chamada microjustiça¹³.

Essas restrições não retiram ou restringem a legitimação do Judiciário, mas alertam sobre a necessidade de sua atuação criteriosa, atento aos papéis dos demais poderes e observando as determinações constitucionais.

Não é função do órgão judicial criar ou alterar políticas públicas através de suas concepções pessoais, mas tão somente controlar sua execução.

Ora, se o Executivo se omite na função de cumprimento dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário conferir efetividade ao mesmo, sob pena de tornar o comando constitucional parte integrante de um mero discurso político.

Não se defende a superioridade de um poder perante outro, mas sim sua atuação quando da inércia ou ação equivocada, desde que devidamente comprovadas dentro de um processo judicial, contribuindo no cenário da efetivação das políticas públicas.

A reserva do possível e o mínimo existencial

A segunda metade do século passado assistiu a um multifacetado questionamento acadêmico do purismo jurídico, surgindo difusos movimentos de pesquisa sob a fórmula “*Law and*”. Apesar de as aproximações mais criativas – tais como direito e música, direito e cinema, direito e olfato e, até mesmo, direito e mágica – ainda estarem em incipiente desenvolvimento, a submissão das categorias jurídicas a métodos de outras áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Antropologia e a Psicologia, possui sólida literatura e importantes contribuições bibliográficas. A sociologia do direito, a antropologia jurídica e a psicologia forense, por exemplo, contribuíram para a assimilação crítica das rápidas transformações do fenômeno legal após a Segunda Guerra Mundial e, muito especialmente, após o fim da Guerra Fria e o início de uma incerta nova ordem global¹.

Reforçado pela contemporânea supremacia do sistema econômico em tempos de globalização, o movimento de aproximação entre Direito e Economia, desde sua gestação na década de 1960, tem sido um dos mais prolíficos entre os novos métodos de observação do Direito. Desenvolvida a partir de textos dos Profs. Ronald Coase e Richard Posner, da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale, a análise econômica do direito pressupõe a submissão das normas a uma perspectiva econômica, analisando-se o comportamento dos indivíduos perante o direito e ponderando as vantagens de determinadas regras para a maximização da riqueza^{2,14}.

Conceitos típicos da economia, como preços, oferta e demanda, escolhas racionais, externalidades, assimetria de informações e outros tópicos microeconômicos são incorporados à pesquisa jurídica, que, paulatinamente,

também demanda uma adequação das opções legislativas e das decisões judiciais a esses parâmetros¹⁵.

Desse modo, a análise econômica traz para o direito uma lógica de consequência, preocupada com as relações entre custo e benefício das regras jurídicas. A eficiência no manejo dos recursos sociais limitados é uma preocupação da Ciência Econômica. Essa pode contribuir no planejamento dos gastos públicos, permitindo uma priorização dos gastos sociais escassos.

Em verdade, a argumentação de que o bem-estar social, provido pelo Estado, deve ser ponderado por planejamento econômico, que seria restrito em épocas de crise, fez grande sucesso e beirou o consenso no meio político, desde as últimas décadas do século passado¹⁶.

Com a ascensão de Margaret Thatcher ao Governo britânico, em 1979, e o projeto de reinserção da economia do Reino Unido no topo do capitalismo mundial, difundiu-se a noção, entre diversos países, de que a prestação de serviços e a garantia de padrões sociais não poderiam mais ser sustentadas pelo Governo¹.

Não é ocioso destacar que os direitos sociais demandam uma prestação governamental por meio da concretização de políticas públicas e exigem mais recursos financeiros que os direitos civis e políticos. Abster-se, em um raciocínio simplista, é sempre menos custoso que fazer algo. Pensar nos custos que um plano de saúde privado ou o pagamento de escolas particulares trazem para um orçamento familiar também faz crer que, quando hospitais ou colégios forem oferecidos pelo Estado, haverá um dispêndio maior na atividade governamental. Quando se considera o viés puramente econômico dessas escolhas – isto é, quando se pondera a importância de um serviço e o seu preço –, a tendência é eleger prioridades, para centrar recursos.

Na realidade, direitos de liberdade, civis ou de primeira geração, como votar, ir e vir, manifestar-se, ter acesso à justiça e, até mesmo, a propriedade privada, revelam-se tão ou mais custosos que as prestações sociais. Esse argumento é desenvolvido no livro *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, publicado em 1999, nos Estados Unidos, pelos cientistas políticos Stephen Holmes e Cass Sunstein. Os autores refutam a classificação entre direitos positivos e negativos, sustentando que todos os direitos demandam recursos do erário e são, por isso, positivos. Afirmam que, para calcular os custos de garantia do direito à propriedade – talvez o mais básico da teoria liberal clássica –, devem-se somar os gastos para a punição de crimes contra o patrimônio, bem como os recursos direcionados ao orçamento militar¹⁷.

A liberdade de expressão, também considerada primordial para o liberalismo, tampouco é, segundo os autores, totalmente negativa, pois, embora o Estado não possa intervir em manifestações políticas individuais ou coletivas, ele deve garantir a manutenção de espaços públicos, como praças e parques, onde a população possa demonstrar suas reivindicações. Nesse contexto, destaca-se que os recursos gastos nesses locais públicos advêm da tributação imposta a todos os cidadãos, inclusive àqueles



que eventualmente discordarem da pauta dos protestos ali realizados. O mesmo raciocínio se aplica no direito à vida¹⁷.

No Brasil, embora, entre as oito Cartas Políticas brasileiras, os direitos sociais tenham sido enunciados desde a terceira, a Constituição contemporânea traz um extenso – e apenas exemplificativo – artigo para os direitos sociais, consolidando a concretização da dignidade da pessoa humana de acordo com prestações estatais, sendo preservado, ao mesmo tempo, o livre mercado, a propriedade privada e a herança, como direitos necessários em uma economia de mercado.

Apesar disso, a Constituição cidadã foi promulgada em 1988 e, já em 1989, era eleito o Presidente Fernando Collor, com uma plataforma política explicitamente neoliberal, de redução do Estado mínimo. A concretização da ordem constitucional, portanto, passou, desde o início, por questionamentos do fundamento econômico. De acordo com estudo, pode-se afirmar que a Constituição da República chega ao Brasil quando já predominava na América Latina um modelo político-econômico absolutamente incompatível com os propósitos finalísticos da nova ordem constitucional. Na verdade, as reformas desenvolvidas ao longo da década de 1990, na administração pública, gestaram um Estado regulador que, certamente, modificou a perspectiva de uma Constituição originalmente garantista e dirigente, aprovada com reverência e comoção histórica apenas uma década antes¹⁴.

Devido às pretensões relacionadas à concretização dos direitos tidos como fundamentais possuem, como característica comum, a necessidade de disponibilização de meios materiais – financeiros e orçamentários – para tornar possível sua efetivação, criou-se uma dependência relacionada à atuação estatal para a concretização dessa gama de direitos, atrelada à necessidade de formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, bem como da alocação de recursos públicos.

Desse modo, a partir da concepção desse rol de direitos como dependentes de uma atuação ativa estatal, no sentido de que, além de elaborar políticas públicas, também se deve disponibilizar meios materiais efetivos para a garantia de direitos a população, surge a discussão envolvendo a reserva do possível versus o mínimo existencial que deve ser garantido a todos os cidadãos.

De acordo com estudo, a reserva do possível caracteriza-se por limitações para a concretização dos direitos fundamentais sob os aspectos fático e jurídico. A dimensão fática é entendida como a ausência total de recursos para a realização dos direitos prestacionais, porém pode ser relacionada também com o modo como esses recursos são distribuídos, enquanto a dimensão jurídica diz respeito à existência de recursos, sem esses estarem disponíveis ou poderem ser utilizados pelos destinatários da norma. O viés fático traz, como consequência, o entendimento de que a ausência de recursos, como meio de não efetivar direitos, deve ser devidamente comprovada pelo poder público, enquanto o jurídico se relaciona com o poder estatal em dispor de recursos através da previsão constitucional sobre a matéria orçamentária⁵.

Importante destacar a existência de uma dimensão negativa relacionada à reserva do possível, em que se tende a negar uma prestação demasiadamente onerosa ao cidadão. O Judiciário há de agir com proporcionalidade e razoabilidade ante o problema da falta de recursos.

A possibilidade de atuação do Estado, em suas diversas facetas, está umbilicalmente ligada ao seu orçamento, não podendo falar em controle de políticas públicas, sem observar as regras orçamentárias, não se admitindo a defesa de um Judiciário que imponha consequências ilimitadas para os gastos do Estado.

A mera alegação da existência da reserva do possível por parte do poder público não o exime de cumprir suas obrigações constitucionais, incumbindo ao mesmo provar, objetivamente, a insuficiência de recursos e a inexistência de previsão orçamentária.

As origens do conceito de mínimo existencial se deram na Alemanha, onde a relação se dava diretamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana; contudo, com o amadurecimento jurídico pelo qual passaram diversos Estados ao longo das décadas, sobretudo pela influência do Estado do bem-estar social, esse entendimento passou a ter uma dimensão sociocultural, atrelada ao princípio da igualdade.

Já em território brasileiro, o pioneiro no estudo da matéria é o doutrinador Ricardo Lobo Torres, baseando-se, particularmente, nos estudos de John Rawls e Robert Alexy e entendendo que o mínimo existencial encontra respaldo no princípio da liberdade, mas de forma temperada. Assim, se dentro do mínimo existencial estão os direitos de liberdades que dependem da realização de condições materiais para a sua verdadeira fruição, então, consequentemente o direito ao mínimo existencial, somente será concretizado à medida que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados. Nesse enfoque, entende-se que os direitos fundamentais sociais, em sentido estrito, confundem-se com a ideia do mínimo existencial. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres reconhece que as prestações estatais de cunho jus fundamental correspondem a direitos subjetivos, os quais visam à satisfação do mínimo existencial para uma vida com dignidade¹⁸.

De acordo com estudo, pode-se esclarecer que não são todos os direitos fundamentais que são considerados como de mínimo existencial, mas somente aqueles que geram direitos a “situações existenciais dignas”, pois “sem o mínimo necessário a existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”¹⁹.

Quando se enuncia que um direito faz parte do rol seletivo daqueles considerados como pertencentes ao mínimo existencial, impõe-se a garantia de condições mínimas, a fim de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, para a efetivação desse direito.

Os direitos fundamentais e os relativos ao mínimo existencial são garantidos pelo Estado, através da realização de serviços públicos, das prestações financeiras e da segurança jurídica que é disponibilizada aos indivíduos. Desse modo, o mínimo existencial funciona como um indicador de alvos prioritários ao investimento



governamental, sendo capaz de conviver em harmonia com a reserva legal a partir de uma alocação válida – respaldada na dignidade da pessoa humana – de recursos públicos²⁰.

O mínimo existencial corresponde a uma parte essencial na implementação das políticas públicas, indispensável para garantir a dignidade da pessoa humana, sendo feita.

A inexistência, todavia, de suportes financeiros suficientes para a satisfação das necessidades sociais acarreta escolhas alocativas a serem realizadas pelos gestores.

De tal forma, percebe-se que a questão é complexa, a partir do momento que necessita do estabelecimento de critérios objetivos e de prioridades para que seja possível se resolver caso a caso, de acordo com as necessidades sociais mais urgentes.

O Judiciário deve ser elemento garantidor da efetivação das prestações constantes do mínimo existencial, assegurando os requisitos da vida com dignidade, observando, porém, a existência de recursos finitos no âmbito da administração pública e, diante do caso concreto, agindo com ponderação, e com base na razoabilidade e na proporcionalidade.

Esses critérios não são, porém, fixos e imutáveis, não podendo ser estabelecidos previamente, ou elencados de forma taxativa. Muito pelo contrário, estarão sempre sujeitos à análise da capacidade financeira, jurídica e econômica, aliados às expectativas e necessidades do momento, restando claro que não se pode confundir as necessidades humanas com a simples existência. Viver dignamente não significa sobreviver, sendo certo que o mínimo existencial deve ser analisado em harmonia com o direito a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana⁵.

Nesse sentido, percebe-se que a alocação de recursos deveria possuir, como base, os objetivos adotados pela Constituição, a fim de efetivar os direitos protegidos e de evitar a insegurança jurídica aos cidadãos, quanto à probabilidade de tal direito se encontrar garantido pelo poder público ou não, em razão de critérios econômicos.

Imprescindível o estabelecimento de critérios para a alocação de recursos, bem como a delimitação do conteúdo do mínimo essencial, sendo talvez a tarefa mais árdua, quando falamos em controle judicial das políticas públicas.

Considerações Finais

O fenômeno da judicialização das relações sociais reflete o crescimento do Poder Judiciário nas últimas décadas, regulando, cada vez mais, práticas e temas, antes distantes do cotidiano desse Poder. O Judiciário passa a atuar na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, nos excessos e omissões do poder público.

No tema objeto deste estudo, percebeu-se que o crescimento do Judiciário se deu, principalmente, porque o Executivo não vem cumprindo seu papel constitucional, não

tratando a saúde pública como prioridade. A agenda do Estado brasileiro privilegia o cumprimento de metas econômicas, em detrimento de recursos para a saúde.

Nos últimos anos, o tema passou a fazer parte do cotidiano da sociedade brasileira, essa vem transferindo ao Judiciário o papel de garantir suas expectativas sanitárias. O número de ações movidas contra o Estado pleiteando serviços de saúde e medicamentos vem crescendo significativamente e a judicialização da saúde cria um sistema distorcido, que beneficia aqueles que conseguem ingressar com ações na Justiça.

A excessiva judicialização está longe de ser erradicada e de ter os seus efeitos colaterais sanados. Os dados envolvem a responsabilidade do Executivo, do Judiciário, da sociedade, e, nesse particular, mesmo não sendo objeto específico de análise neste estudo, é importante registrar o uso judicial para proteger interesses escusos, principalmente da indústria farmacêutica. Trata-se de um setor extremamente organizado, quando atuam na defesa de seus interesses perante o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e as agências reguladoras, buscando a inserção e a redefinição das diretrizes terapêuticas.

O Judiciário, muitas vezes, por falhas na sua atuação, torna-se instrumento desta poderosa indústria, que estimula e busca inserir novos medicamentos através de ações individuais, ou camufladas por interesses em juízo de Organizações Não Governamentais.

Entende-se que a judicialização individual da saúde, em regra, não produz discussões técnicas, nem analisa as políticas públicas. Trata-se, tão somente, da garantia generalista da efetivação do direito fundamental, sem adentrar qualquer especificidade do tema. Essa postura, indubitavelmente, gera flagrantes distorções e contribui para o cenário de ineficiência do SUS.

Do exposto entende-se que o Judiciário tem de aprimorar sua atuação técnica na área da saúde pública, compreendendo-a em sua visão coletiva, sistêmica e integral e, também, incorporando o direito à saúde como parte de uma política pública de responsabilidade não só do Executivo, mas do Judiciário e da sociedade. É necessária a preparação para um diálogo democrático entre os atores, com mecanismos e fluxo aptos a realizar escolhas justas, transparentes, vantajosas financeiramente e céleres nas demandas sanitárias.

No que diz respeito aos municípios, é possível concluir que as prefeituras devem verificar os medicamentos que mais são solicitados nas ações judiciais e avaliar se oferecer estes medicamentos espontaneamente à população seria mais vantajoso em termos financeiros. Decerto que se o orçamento dos municípios assim permitir, oferecer as medicações espontaneamente àqueles que necessitam é o desejável, no entanto toda análise deve ser feita priorizando a saúde coletiva, não podendo esta ser sacrificada em benefício da individual.

Referências

1. Farias RN. Direito à Saúde & sua Judicialização. Curitiba: Juruá Editora; 2018.
2. Neves M. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes; 2007.
3. Dimoulis D, Martins L. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas; 2014.
4. Ferreira MGF. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva; 2008.
5. Sarlet IW, Figueiredo MF. Notas sobre o direito fundamental a proteção à saúde e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Elsevier; 2012.
6. Schwartz G. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2001.
7. Dallari SG. O direito à saúde. Revista Saúde Pública. 1988;22(1). DOI: 10.1590/S0034-89101988000100008
8. Santos L. Direito à saúde e qualidade de vida. Campinas: Saberes; 2010.
9. Magalhães JLQ. Direito constitucional: curso de direitos fundamentais. São Paulo: Método; 2008.
10. Silva JA. Curso de direito constitucional positivo. 41ª Edição. São Paulo: Malheiros; 2018.
11. Júnior HZ. A Teoria de Separação de poderes e o estado democrático. Rio de Janeiro: Forense; 2011.
12. Sá JACA. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey; 2002.
13. Fonte FM. Políticas públicas e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva; 2013.
14. Rosa AM, Marcelino JCJ. Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e seu rebaixamento a categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Academia Brasileira de Direito Constitucional [Internet]. 2009 [acesso em 07 jan 2020]. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista/ARTIGO%201.pdf>
15. Mankiw NG. Introdução à economia. São Paulo: Cengage Learning; 2009.
16. Abreu H. Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: UFRJ; 2008.
17. Holmes S, Sustain CR. The cost of rights: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: Norton; 1999.
18. Torres RL. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar; 2009.
19. Weichert MA. O direito à saúde e o princípio da integridade. Campinas: Saberes; 2010.
20. Barcellos AP. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar; 2011.

