



SAÚDE JUDICIALIZADA: A ATUAÇÃO POLÍTICA JUDICIÁRIA PARA FINS DE GARANTIR ACESSO À SAÚDE E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO PÚBLICO

JUDICIAL HEALTH: JUDICIAL POLICY ACTION TO GUARANTEE ACCESS TO HEALTH AND ITS IMPACT ON THE PUBLIC BUDGET

Bernardo Amaral da Rocha¹

Janaína Machado Sturza²

RESUMO: O direito à saúde no Brasil, como aponta a nossa Constituição de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, calcado no art. 196 da Constituição e garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços. Partindo-se destas premissas, o presente artigo busca fomentar a reflexão acerca da dicotomia entre o acesso à saúde e a sua (des) necessária judicialização. Seguindo este ideário, aponta-se como objetivo a necessidade de estabelecer-se uma interlocução entre os poderes, especialmente na esfera da administração pública, no que diz respeito ao orçamento público, e do poder judiciário, no que diz respeito à sua atuação para garantir o acesso a direito à saúde. Através de um estudo bibliográfico, tendo como método de abordagem o hipotético dedutivo, verificou-se que a não observância de limites na/da judicialização política no que se refere as questões de acesso à saúde pode resultar em um sentimento de insegurança, no qual o próprio judiciário corre o risco de, através da sua atuação, beneficiar determinado seguimento econômico. É necessário e urgente que a atuação do judiciário configure-se como prerrogativa essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana, no

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Dom Alberto (FDA) e estagiário no Fórum de General Câmara/RS, participante do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado” (CNPq) coordenado pelo Professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Contato: rocha.be@outlook.com

² Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia TullioAscarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito, Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos – Mestrado e na graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Email: janasturza@hotmail.com



contexto jurídico e social do atual Estado Democrático de Direito, prestando-se a garantir uma prestação jurisdicional efetiva ao cidadão.

PALAVRAS CHAVE: Direitos fundamentais; Direito à saúde; Judicialização; Jurisdição constitucional; Reserva do possível.

ABSTRACT: The right to health in Brazil, as our Constitution of 1988 points out, is a right of all and a duty of the State, based on art. 196 of the Constitution and guaranteed by social and economic policies aimed at reducing the risk of diseases and other diseases and universal and equal access to actions and services. Based on these premises, this article seeks to foster reflection on the dichotomy between access to health and its (un) necessary judicialization. Following this idea, the aim is to establish a dialogue between the powers, especially in the public administrations here, regarding the public budget, and of the judiciary, with respect to its action to guarantee access to the right to health. Through a bibliographical study, using the hypothetical deductive approach, it was verified that the lack of observance of limits in the political judicialization regarding the issues of access to health can result in a feeling of insecurity, in which the own risk, through its operation, to benefit from certain economic follow-up. It is necessary and urgent that the judiciary act as an essential prerogative for guaranteeing the dignity of the human person in the juridical and social context of the present Democratic State of Law, providing an effective judicial service to the citizen.

KEY WORDS: Fundamental rights; Right to health; Judicialization; Constitutional Jurisdiction; Reservation of the possible.

INTRODUÇÃO

Ante as ineficiências institucionais em assegurar a garantia dos direitos ao cidadão, cada vez mais tem sido tema de debate a judicialização de temas que o Estado deveria garantir e assim não o faz na completude. Nesta toada, a população tem se utilizado de meios “alternativos” como saída para a situação.



A saúde, no Brasil, é uma das discussões recentes que mais tem causado furor entre os doutrinadores, pois, com o Estado não tem conseguido prestar assistencialismo de forma a contento da população. Desta forma, ocorreu um aumento nas ações buscando determinado medicamento ou determinado tratamento, ou seja, o aspecto a ser analisado é o fenômeno da judicialização frente aos problemas atuais enfrentados pelo Estado na concretude da realização dos direitos sociais garantidos ao cidadão.

Para realizar tal estudo, foi primeiro traçada uma linha temporal para visualização da construção dos direitos sociais no tempo, bem como para analisar a construção dos modelos de estado ao longo do tempo. Assim, a intenção é pautar e formar uma base para melhor demonstração da dimensão do tema.

No fim ao cabo, busca-se explorar a legitimidade – *latu sensu* – da judicialização do cotidiano, pois, como será mostrado, esta figura tem interferência direta na capacidade econômica dos entes da administração pública direta e indireta. Aliás, não só na esfera econômica, como também na esfera social, uma vez que interfere na capacidade de cumprimento de outras demandas, que também são necessárias. Logo, o problema do artigo é justamente explanar as interpretações e limites atuais encontrados pela doutrina na efetivação dos direitos sociais e equilíbrio das contas públicas.

2 DA JUDICIALIZAÇÃO DO COTIDIANO

Inicialmente, para melhor andamento do artigo, é necessário que se faça um aparte para contextualização histórica dos direitos sociais. Em outras palavras, será construído uma linha temporal por onde será explicado o surgimento dos fundamentos principiológicos norteadores da Carta Cidadã de 1988.

Nesse sentido, temos que os direitos sociais têm esferas temporais construção e, que, vão sendo moldados por meio de novas demandas sociais. Desta forma, temos a divisão do direito em quatro³ gerações⁴, porém o uso deste

³ O termo de quarta geração de direitos foi introduzido por Bonavides no seguinte significado: “compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”, logo temos que esse direito de Democracia (direta) torna, nas palavras dele, este direito oponível a



tema ainda está em debate na doutrina atual, pois parte dela entende ser melhor cabível a terminologia de dimensões, porém não é objeto deste estudo – não por ser fato de pouca importância, mas porque a temática proposta diverge desta – que é, de primeiro momento, rememorar a construção dos direitos sociais e para tanto será utilizado o termo gerações.

Para o estudo das gerações de direito é impossível a dissociação do Direito e Estado, pois justamente as gerações deram-se com revoluções sociais para a garantia de direitos que eram severamente favoráveis ao Estado ou até inexistentes para a população. Os direitos de primeira geração surgem no Estado Absolutista por meio de revoltas populares como as revoluções liberais francesas e americanas com o cunho de separar rigidamente as funções do Estado e do Privado por meio de direitos negativos, ou seja, a não interferência estatal nas relações. Nesta mesma toada foi com esta geração que surgiram o direito à vida, à liberdade de expressão, à participação política, à propriedade, etc(SARMENTO, 2006).

Novamente, há de se contextualizar o momento global dos Estados para introdução dos direitos de segunda geração, pois após a primeira guerra mundial, os estados estavam fragilizados e careciam de alimentação, saúde, educação entre outros tantos, motivo pelo qual as reivindicações passaram a ser de que o Estado deveria prestar esse atendimento de forma a suprir esta necessidade. Desta forma, temos que os direitos de segunda geração são dicotômicos aos da

judicialização da própria política por exemplo, uma vez que estarão todos subordinados globalização política.

⁴ Mister rememorar a lição de Bonavides em que assim assevera: “[...]os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo[...]” (BONAVIDES, 2006, p. 563). De outra banda, parte da doutrina entende que se colocarmos como gerações de direitos, estaríamos a dizer que uma sobrepõem a outra, ou seja, uma substituiria a outra, o que não pode ser tido como verdade, pois todas coexistem ao mesmo tempo, conforme preleciona Sarlet: “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno „Direito Internacional dos Direitos Humanos.”(SARLET, 2007, p. 55).



primeira justamente porque são prestações positivas em que o Estado se compromete a cumprir, são direitos prestacionais do estado. Neste sentido, preleciona Marmelstein:

[...] os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida[...] (MARMELESTEIN, 2008, p. 50).

Na mesma esteira de que é dependente de contextualização histórica dos Estados, mister rememorar que os direitos da terceira geração foram produzidos sob um mundo que clamava por mais importância e respeito ao homem pois acabará de encerrar a segunda guerra mundial. Desta forma, os direitos de terceira geração são os ligados ao coletivo, como o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à auto determinação dos povos e outros, cuidando-se aí de direitos de grupos (SARLET, 2007).

Ainda, existem os direitos de quarta geração, os quais na visão de Bobbio, “tratam-se dos direitos à engenharia genética” (BOBBIO, 1992, p. 6). Nesse sentido, há de se destacar que a doutrina tem certa divergência com esta classificação e, aliás, ainda mais quanto afirma-se existir direitos de quinta geração, motivo pelo qual o presente estudo irá discorrer até este de quarta geração.

Após esse aparte para identificação dos direitos fundamentais sociais, é que temos a construção da nossa Constituição de 1988 que assegura, por parte do Estado, a promoção de políticas públicas para fins de concretização desses direitos sociais. Desta forma, fica claro que a Carta Magna trouxe como responsabilidade para concretização de um Estado – objetivos da República - a concretização destes direitos para fins de garantia da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado (SARLET, 2012)⁵.

⁵ Apenas a título de conhecimento, Sarlet preleciona também que o princípio da dignidade humana pode atuar “como o ‘alfa e ômega’ do sistema das liberdades constitucionais” (SARLET, 2012, p. 95). Ainda, afirma Sarlet que poderá este meta-princípio ser utilizado como balizador para o aferimento de cumprimento/concretização de uma norma, pois “assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana como critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos e com razão de ser do próprio poder estatal” (SARLET, 2012, p. 96).



As políticas públicas se caracterizam de forma conjunta com interesses econômicos e políticos, sendo colocadas em prática por meio de práticas clientelistas e assistencialistas (OLIVEIRA e COSTA, 2011). Assim, pode ser compreendido em políticas públicas as ações do Estado que visam interferir na sociedade de forma a causar maior proteção social em claro caráter de diminuição das desigualdades.

O detentor de capacidade para implementação de políticas públicas é o poder político estatal, desta forma fica claro que dependerão – as ações afirmativas – de um plano político governamental voltado para este tipo de clamor social. Não é incabível afirmar que caberá a administração pública, portanto poder executivo, por força de prerrogativa constitucional – definir quais os melhores meios para que atendam as demandas sociais.

Desta forma, as políticas públicas podem/servem para complementar a legislação, uma vez que esta tem como característica a não especificidade, ou seja, a concretização dos princípios – amplo – confere as normas sua aplicabilidade (ÁVILA, 2006) e as políticas públicas a sua eficácia de atendimento específico a que melhor a situação solicita (OLIVEIRA e COSTA, 2011). Pois veja-se que não basta o Estado colocar no seu texto constitucional a prestação a saúde se não tem a intenção de promover ou de prestar essa assistência no plano real, motivo pelo qual afirma-se que as políticas públicas atuam de forma a concretizar a norma.

Assim, é possível afirmar que os Estados constitucionais tinham como característica a centralidade da lei e a supremacia do parlamento, pois a constituição era entendida como um documento político das quais as normas não eram aplicáveis de forma direta. Aliás, inexistia -ou era ínfimo – o controle de constitucionalidade das normas produzidas pelo legislativo.

Atualmente, tomou cena, os Estados Democráticos de Direito e que se fundam numa carta política, porém, com direitos exigíveis. Portanto, neste novo modelo, podemos dizer que vigoram a disciplina das leis em conformidade com a carta política, bem como também estabelece deveres ao Estado. Assim, é imperativo destacar a centralidade da Constituição e a Supremacia judícia, uma vez que este é o órgão responsável pela interpretação final e vinculante sobre a análise da norma perante a Carta Política (BARROSO, 2012).



A jurisdição constitucional atua em duas esferas de forma particular, qual seja, aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas e a segunda atuação refere-se a interpretação para aferição de validade de determinada norma infraconstitucional. Pode-se dizer que na primeira situação temos a aplicação imediata da norma e na segunda temos a atuação de juízes e tribunais na interpretação da norma (BARROSO, 2012).

Juntamente com a evolução do judiciário e o papel de protagonista que acabou recebendo, fez com que cada vez mais ocorresse o fenômeno que chamamos de judicialização. Em outras palavras, podemos dizer que a ineficiência de outros poderes, o judiciário, por força de determinação constitucional afirmando que não poderá se eximir de julgar, é que arca com as decisões de maior repercussão no cotidiano.

Apesar de existirem inúmeras razões para tal entendimento, duas chamam a atenção, quais sejam, desilusão com a política e o “medo” dos atores políticos. Veja-se que na primeira é justamente a falta de representatividade do parlamentares, uma vez que a credibilidade/legitimidade na tomada de decisões demonstram serem pouco técnicas. A segunda, refere-se a falta de vontade do legislativo, pois, consabido é que o mandatário eleito, para não deixar de receber votos de uma determinada classe de votantes, acaba não querendo resolver questões polêmicas, obrigando o judiciário a dar a resposta que se apresenta mais adequada (BARROSO, 2012).

Tendo-se em vista que cada vez mais aportam ações que visem a declaração de determinado direito, que deveria ser de responsabilidade de outro poder, acaba ocorrendo o ativismo judicial, aonde a Constituição é interpretada de forma a expandir o alcance da norma. Logo, tem-se que o ativismo judicial é o contraponto da contenção judicial.

3 DIREITO A SAÚDE: ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL

Pode-se, hoje em dia, utilizar como conceito par ao termo “saúde” as palavras encontradas no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, que assim aduz: “*Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos*”. É de se destacar que este



conceito foi calcado no ano de 1946, ou seja, extremamente avançado para época de sua conceituação, uma vez que trouxe no seu bojo uma completude de situações, que, quando estiverem presentes poderá ser considerado saúde.

Desta forma, tendo sido estabelecido este norte, pode-se dizer que a saúde deve ser considerada com um direito social necessário a manutenção da vida e usufruível por todos. Porém, nos dias atuais, a concentração da discussão em torno do tema saúde tem se focado justamente na eficácia e, mais especificamente aos “direitos sociais e as externalidades que não podem ser internalizadas na avaliação da saúde enquanto bem econômico”(DALLARI, 1987, p. 15).

O direito a saúde, apesar de conhecido em nosso ordenamento jurídico, anteriormente a 1988, era concebido de forma a conceber à União o poder de legislar sobre a defesa e proteção da saúde. Todavia, somente na atual conjuntura é que isto foi alterado, pois somente com a promulgação da Carta Cidadã de 1988 é que saúde passa a ser considerado um direito do homem (SILVA, 2002).

Aliás, mister rememorar que a Carta Política abarca este direito como sendo da ordem da seguridade social, cuja fundação é destinar-se a assegurar e tornar eficaz o direito à saúde (SILVA, 2002). Desta forma, a evolução conduziu à concepção da nossa Constituição Federal de 1988, onde em seu Art. 196 estabelece que “*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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”(BRASIL, 1988).

Apesar de diversas obstaculizações ao longo do tempo, geralmente condicionados por camadas sociais mais privilegiadas e retrógradas, é inegável que têm ocorrido diversos avanços na luta pelo estabelecimento de melhores condições de vida aos brasileiros, em especial à saúde. Assim, é claro o rompimento da, outrora utilizada, concepção estreita e individualista que limitava o direito a saúde exclusivamente ao oferecimento de serviços médicos hospitalares, dos quais somente os que dominavam classe social rica tinha acesso, enquanto que aos pobres apenas restava os serviços e que, ainda deveriam ser



considerados como um favor por parte do Estado (CARVALHO e SANTOS, 1995).

O direito à saúde não foge da rotina dos direitos sociais, uma vez que comporta duas vertentes, quais sejam, uma de natureza negativa, que consiste na exigência de que o Estado não realize qualquer ato prejudique a saúde e o de natureza positiva, que consiste em prestação estatal na prevenção das doenças bem como o tratamento delas (SILVA, 2002).

Conforme preleção do artigo 196⁶ e 197⁷, da Constituição Federal, demonstram a importância pública das ações e serviços de saúde, devendo o Poder Público dispor, nos termos legais, a regulamentação, fiscalização e controle. Desta forma, têm-se que a execução deve ser promovida de forma direta ou por meio de terceiros, ou ainda, por pessoa jurídica ou física de direito privado (MORAES, 2001).

Neste norte, o Direito à Saúde trata de um direito positivo, pelo qual exige determinada prestações do Estado e que fixa aos entes públicos a realização de funções definidas, do qual o cumprimento depende a própria realização do direito (SILVA, 2002). Nesta ceara decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo, por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua efetivação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e 103, § 2º)⁸ e, de outra banda, a não ocorrência do devido atendimento, por falta de regulamentação⁹, pode abrir acabar gerando a impetração de mandado de injunção (art. 5º, LXXI¹⁰) para efetivar tal medida.

⁶Art. 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.

⁷Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

⁸Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente [...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁹ Cf. a Lei 8.080, de 19.09.1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente,



A saúde é um bem jurídico tutelado extensivo a todas as pessoas que estejam sujeitas à ordem jurídica brasileira. Logo é intolerável que uma pessoa, ou mesmo a coletividade, possa ser ferida nesse direito, sem que as normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras lhe deem guarida (DIAS, 2001).

4 DO IMPACTO DA JUDICIALIZAÇÃO NO ORÇAMENTO PÚBLICO

A administração pública, conforme já disciplinado ao longo do artigo tem uma grande demanda de gastos na manutenção da saúde da população, justamente pelo fato de sua abrangência. Por tal motivo, é necessário que se faça uma análise sobre dois princípios que acabam se enfrentando em determinada aplicação no caso prático.

Veja-se que, o Estado tem valores disponíveis finitos e, que, por óbvio, as decisões judiciais que obrigam o fornecimento de determinado fármaco, mesmo não estando na lista RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - . Ora, por força legal, os entes públicos da administração direta apresentam plano orçamentário anual, que não consegue prever todas as demandas com medicamentos que são propostas.

A despesa pública deve ser executada de forma tal qual decorre a autorização legislativa, ou seja, nos termos expressos pela Lei Orçamentária Anual – LOA -, na qual ocorre o estrito direcionamento da receita pública conforme as prioridades que os governos assim entendem e referendadas pela sociedade por meio dos atores políticos eleitos. Ainda, deve-se, a administração pública, prezar pela correta observância das regras da Lei de Responsabilidade fiscal –

em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, e reafirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Cf. também a Lei 8.142, de 28.12.1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde*. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

¹⁰Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;



LRF -, com atenção especial ao artigo 9º¹¹, o qual preleciona sobre o empenho e movimentação financeira quando o relatório bimestral apontar indícios de que a receita talvez possa não cumprir com as metas de resultado primário ou nominal que foram estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO - (HARADA, 2017).

Por evidente, é impossível exigir que administração pública saiba os valores que serão dispendidos para o suporte à saúde, pois além do repasse mínimo de 10%, ainda existirá o valor dependente do número de demandas judiciais, bem como do deferimento de tais medidas. Assim, é forçoso reconhecer que a administração sempre terá medidas judiciais, restringindo seu capital econômico, mas o que se está a discutir é justamente o aumento massivo desta proporção, causando desequilíbrio nas contas públicas.

Cabe um aparte para que vejamos a quão nociva pode ser a judicialização das medidas para atentar sobre a existência de Lobby das indústrias farmacêuticas para obtêm de vantagem de determinado fármaco sobre outro, que por vezes têm a mesma fórmula. Veja recorte da reportagem do Jornal A Folha de São Paulo:

A conclusão é de uma pesquisa da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), financiada pelo FNS (Fundo Nacional de Saúde). O estudo, obtido com exclusividade pela Folha, envolveu entrevistas com mais de 700 médicos, gestores e responsáveis pelas farmácias dos SUS de 15 capitais brasileiras. Entre os gestores, 75% relataram que recebem visitas mensais de representantes da indústria farmacêutica --só 15% deles são visitados por fabricantes de genéricos (COLLUCCI, 2010).

O juiz, por não ser especialista em medicina, é obrigado a ater-se ao laudo, ou relatório ambulatorial (maioria dos casos de antecipação de tutela) para concessão da medida de obrigar o ente público a fornecer medicamento específico. É possível visualizar, até com certa clarevidência, que o sistema é falível, uma vez que dependente de um profissional – médico – que pode sofrer pressão de lobby e induzir o juízo a erro.

¹¹Art. 9ºSe verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.



Ora, veja-se ainda que o presente estudo não se presta somente a inferir que a judicialização é um mal que ocorre deliberadamente por parte do judiciário, mas sim, que , por muitas vezes – até pela inafastabilidade do poder judiciário –, o que ocorre é um induzimento proposital para concessão de medidas e quem sai perdendo nesta relação é o Estado. Destarte-se que, ao se falar que o Estado tem prejuízo econômico, infere-se automaticamente no erário público, cujo é pertencente a coletividade, ou seja, no fim ao cabo, quem perde é a população de modo geral.

O tema é tão preocupante que o gasto do Ministério da Saúde com medicamentos obrigados a ser fornecidos, por força judicial, passou de R\$ 2,5 milhões em 2005 para aproximadamente R\$ 266 milhões (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO e MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012). O número assusta e, ao mesmo tempo, denuncia a situação que cada vez mais se mostra comum.

Ainda, existem outras preocupações acerca da questão da judicialização, pois, é claro que o fornecimento de medicamentos, importa em prima facie na compra de determinado fármaco para que possa ser distribuído e de que seja diferente dos constantes na lista RENAME. Por outro lado, sabe-se – por meio empírico – que profissionais da área da medicina recebem determinadas ‘gratificações’ por indicarem determinado fármaco em detrimento de outro, ou seja, ocorre lobby da indústria farmacêutica para que ocorram determinadas prescrições medicamentosas. Posto isso, qual a garantia que determinada situação não interfere na prescrição de medicamento diferente do contido na lista do SUS?

Ao se perguntar sobre a situação geral mercadológica que pode estar interferindo na situação da saúde brasileira é que se deve perguntar a função do princípio da reserva do possível, que justamente agindo como sendo um limite para à realização dos direitos sociais (NUNES JUNIOR, 2009). Justamente porque o Estado tem poderes financeiro limitados – não somente no âmbito legalista orçamentário, mas também no tocante a arrecadação de recursos – e, logo, não pode o Estado acabar sujeito a forças mercadológicas, podendo inclusive acabar por banalizar o princípio da universalidade da saúde, pois, é claro que muitas vezes os direitos sociais prestacionais encontram seu óbice



justamente na falta de recursos para cumprimentos da demanda (SARLET e FIGUEIREDO, 2010).

5 CONCLUSÃO

Chegando a finalização deste artigo, onde se buscou inicialmente, construir uma base histórica para construção dos direitos sociais no tempo. É indiscutível a necessidade de realizar tal aparte de contextualização histórica, pois como foi verificado, a construção dos direitos e do estado até o estágio atual de democratização está intimamente interligado, fazendo com que seja, por meio desta abordagem, possamos ver, de forma clara, o porque de as demandas sociais estarem tão em pauta e tão rediscutidas no cenário atual democrático brasileiro.

Aliás, neste sentido, sempre é bom lembrar que, justamente, é a construção histórica que denota a importância da repartição de poderes e as determinadas funções de cada, por meio de um sistema de freios e contrapesos para que um não sobrepuje o outro e o estado possa sobreviver de forma a contento de garantir a dignidade da pessoa humana – que é seu maior objetivo -. Por óbvio, ao tratarmos de judicialização, estamos justamente trazendo, por não raras vezes, problemas que deveriam ser resolvidos na esfera administrativa dos órgãos executivos, que tem a função de aplicar as medidas sociais que a carta constitucional garante e esse movimento de mudar a esfera de discussão acaba interferindo na esfera executiva, uma vez que o judiciário concede o direito, ou não, mas sem vinculação direta obrigacional em se preocupar com as contas da administração direta, ao menos no sentido de agir de ofício.

Em rumo de pré-finalização, pode-se inferir que esse movimento de “intromissão” judicial em questões do executivo, tem grande parte da origem na própria ineficiência de determinada esfera, obrigando que outra acabe agindo em seu lugar, para que o direito possa ser assegurado de forma mais efetiva. Em rumo de finalização, importante é destacar que o artigo não tem condão de finalizar com a discussão imposta, mas sim, tem o caráter de contribuir no sentido de que a intromissão judicial, por muitas vezes, mostra-se absolutamente necessária, porém, a não observância de limites da judicialização política pode



acabar por nos levar a um estado de insegurança, onde um poder sobrepuja os outros, ou ainda, a um estado em que o próprio judiciário acaba sendo utilizado por um sistema a fins de beneficiar determinado seguimento econômico, conforme já verificado nas questões atinentes a lobby.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Intervenção Judicial na saúde pública: panorama*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, janeiro 2012.

BOBBIO, N. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 4 DE MAIO DE 2000*. Brasília: Senado Federal, 2000.

CARVALHO, G. I. D.; SANTOS, L. *Sistema único de saúde. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990*. São Paulo: Hucitec, 1995.

COLLUCCI, C. Folha de São Paulo. *Folha de São Paulo*, 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1211201014.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

DALLARI, D. D. A. *A saúde do brasileiro*. São Paulo: Moderna, 1987.

HARADA, K. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2017.

MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, A. D. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES JUNIOR, V. S. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial de direitos sociais*. São Paulo: Verbatin, 2009.



OLIVEIRA, K. C. S.; COSTA, J. C. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. *Revista de Direito Brasileira*, Porto Alegre, p. 77-99, Dezembro 2011.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, J. A. D. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.