
JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UMA REORIENTAÇÃO DESORDENADA DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DOS GASTOS PÚBLICOS¹

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: A DISORDERED REORIENTATION OF THE PLANNING AND MANAGEMENT OF PUBLIC EXPENDITURE

GIUDIZIALIZZAZIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE: UN RIORIENTAMENTO DISORDINATO DELLA PIANIFICAZIONE E DELLA GESTIONE DELLA SPESA PUBBLICA

Jeferson Teodorovicz²

Victor Augusto Faria Morato³

Élder Teodorovicz⁴

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito Constitucional; Direito Financeiro; Orçamento Público; Direito Administrativo.

Resumo

O presente trabalho almeja demonstrar, sob a ótica do direito à saúde pública, que a Constituição Federal não pode ser reduzida a uma mera promessa inconsequente. De outra monta, há que se ponderar os custos dos direitos por ela assegurados e o perigo de se trasladar recursos já escassos para assistir a pleitos individuais, em detrimento do interesse coletivo. Ante o aumento acelerado das

¹ Recebido em 07/setembro/2021. Aceito para publicação em 04/dezembro/2021.

² Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Especialista em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado Acadêmico) em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB - DF. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB - DF. Editor-Chefe da Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET). E-mail: jeferson.teodorovicz@yahoo.com.br

³ Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília. Possui graduação em Ciências Náuticas pelo Centro de Instrução Almirante Graça Aranha (1993) e graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2000). Conselheiro fiscal no CAT-GO entre 2010 e 2021. Atualmente é Assessor Especial na Representação Fazendária no CAT-GO. E-mail: victor.morato@goias.gov.br

⁴ Mestrando em Direito no Programa Democracia e Direitos Fundamentais da Unibrasil - Minter Uniguaçu. Especialista em Direito Público pela Unibrasil / ESMAFE/PR. Promotor de Justiça lotado na comarca de União da Vitória/PR. E-mail: eldert@mppr.mp.br

demandas judiciais em matéria de saúde e os seus altos índices de sucesso, presencia-se no Brasil um redesenho (para pior) do quadro orçamentário, produzido pelo Judiciário, primado pela assimetria das suas decisões, fundadas, em sua maior parte, em questões morais e de clamor social, fator que tem agravado a gestão da saúde pública e que aponta para quadros estatísticos de ampla desigualdade entre indivíduos demandantes e o restante da população que depende dos serviços públicos de saúde. O advento da crise pandêmica que se abateu sobre o mundo, resultante do vírus SARSCOV-2, trouxe ao país mais um abalo em suas bases orçamentárias já comprometidas pelo preço da reorientação fragmentada e desorganizada dos recursos públicos na saúde.

Palavras-chave: Orçamento; Saúde pública; Pandemia; SARS-COV-2; Judicialização; Dignidade da pessoa humana; Igualdade.

Abstract

The present work aims to demonstrate, from the point of view of the right to public health, that the Brazilian Federal Constitution cannot be reduced to a mere inconsequential promise. On the other hand, it is necessary to consider the costs of the rights guaranteed by it and the danger of transferring already scarce resources to assist individual lawsuits, to the detriment of the collective interest. In view of the accelerated increase in health claims and their high success rates, there is a redesign in Brazil (for worse) of the budgetary framework produced by the Judiciary, which is based on the asymmetry of its decisions, based, for the most part, on moral issues and social outcry. This fact has aggravated the management of public health and points to the statistical frameworks of wide inequality between demanding individuals and the rest of the population that depend on public health services. The advent of the pandemic crisis that hit the world, resulting from the SARSCOV-2 virus, brought another blow to the country in its budget bases already compromised by the price of the fragmented and disorganized reorientation of public resources in health.

Keywords: Public Budget; Public Health System; Pandemic; SARS-COV-2; Judicialization; Dignity of human person; Equality.

Sintesi

Questo documento mira a dimostrare, dal punto di vista del diritto alla salute pubblica, che la Costituzione federale non può essere ridotta a una mera promessa irrilevante. D'altra parte, è necessario considerare i costi dei diritti da essa assicurati e il pericolo di trasferire risorse già scarse per assistere le singole pretese, a scapito dell'interesse collettivo. In considerazione dell'aumento accelerato delle richieste giudiziarie nel campo della salute e dei suoi alti tassi di successo, il Brasile sta assistendo a una riprogettazione (in peggio) del quadro di bilancio, prodotta dalla magistratura, che è caratterizzata dall'asimmetria delle sue decisioni, fondata, nella sua massima parte, su questioni morali e proteste sociali, un fattore che ha aggravato la gestione della salute pubblica e che punta a

quadri statistici di ampia disuguaglianza tra individui esigenti e il resto della popolazione che dipende dai servizi sanitari pubblici. L'avvento della crisi pandemica che ha colpito il mondo, derivante dal virus SARSCOV-2, ha portato un altro colpo al Paese nelle sue basi di bilancio già compromesse dal prezzo del riorientamento frammentato e disorganizzato delle risorse pubbliche in sanità.

Parole chiave: *budget; Salute pubblica; Pandemia; SARS-COV-2; Giudizializzazione; Dignità della persona umana; Uguaglianza.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 Uma Realidade Deletéria; 2 Alocação de Verbas e Escolhas Trágicas; 3 Características dos Litígios em Matéria de Saúde Pública. 4 O Problema da Não-Padronização das Decisões Judiciais em Matéria de Saúde Pública; 5 O Papel do STF na Delimitação do Problema; 6 Conclusão; Referências.*

SUMMARY: *Introduction; 1 A Deleterious Reality; 2 Allocation of funds and tragic choices; 3 Characteristics of Public Health Disputes. 4 The Problem of Non-Standardization of Judicial Decisions in Matters of Public Health; 5 The role of the FTS in delimiting the problem; 6 Conclusion; References.*

SOMMARIO: *Introduzione; 1 Una realtà deleteria; 2 Allocazione di fondi e scelte tragiche; 3 Caratteristiche delle controversie in materia di sanità pubblica. 4 Il problema della non standardizzazione delle decisioni giudiziarie in materia di sanità pubblica; 5 Il ruolo dell'FTS nella delimitazione del problema; 6 Conclusione; Riferimenti.*

INTRODUÇÃO

É inegável que o orçamento público é peça fundamental de políticas públicas. Portanto, a sua consecução e execução deve, preliminarmente, transcender o papel de mera peça contábil, ou seja, um documento retórico cujo mister é apenas evitar que as despesas se apresentem nominalmente maiores que as receitas.

A atividade financeira estatal, enquanto fenômeno complexo, apresenta diversos aspectos, dentre os quais o aspecto político. Este aspecto não pode ser ignorado na busca pela satisfação das necessidades gerais do Estado (GARZA, 1975: 01 e ss).

Por isso, deve-se migrar para além de uma visão meramente formalista e passiva de sua realização, tramitação e aprovação como condição à execução das despesas. Na verdade, é no aspecto político que se vislumbra a estreita ligação entre a peça orçamentária e a efetivação dos direitos fundamentais, no qual o

princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal) adquire sobre si todos os holofotes das políticas públicas.

O mestre espanhol Fernando Sainz de Bujanda (1967: 466-467) era categórico ao mencionar a constitucionalização do Direito Financeiro posterior à Segunda Guerra Mundial, como o período da “Humanização do Direito Financeiro”, pois se passa a conectar claramente a atividade financeira estatal e a defesa dos direitos humanos nas Constituições Democráticas que surgiram após o período bélico, tal qual a Constituição Republicana de 1988.

Nesse aspecto, conforme destaca Paulo Bonavides (2006: 500-517), as Gerações ou Dimensões de Direitos Fundamentais, isto é, os de Primeira (direitos individuais) e de Segunda Geração ou Dimensão (direitos econômicos e sociais), expressamente consagrados na Constituição Brasileira (artigos 6ª a 8ª, 193, 215 e 216, exemplificativamente), embora construídos gradualmente no século XX, favorecem a configuração desse quadro contemporâneo diferenciado (TEODOROVICZ, 2020: 30-47).

Considerando-se as diferentes dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, tal qual já defendia, por exemplo, Norberto Bobbio (2004: p. 35), não há surpresa na consideração desses direitos fundamentais, dentre os quais os Direitos Sociais (Direitos de Segunda Dimensão ou Geração) passem a ser considerados na órbita do Direito Financeiro (e do Orçamento Público). Entretanto, a consagração dos Direitos Fundamentais (sobretudo Direitos Sociais Fundamentais), pode levar a um caminho tortuoso e, por que não dizer, desequilibrado.

Em outras palavras, a busca incessante e ilimitada da consagração dos Direitos Sociais Fundamentais (dentre os quais o Direito à Saúde Pública), seja por Políticas Públicas levadas a cabo pelo próprio Poder Executivo, Legislativo e, notadamente, pelo Poder Judiciário, pode levar a distorções muitas vezes motivadas pela busca do direito fundamental constitucionalmente suportado, mas não financeiramente (economicamente) garantido e, não raramente, assim como ao esvaziamento do próprio Direito Social que se busca efetivar.

Não se está aqui buscando criticar ou minorar a importância desses Direitos Sociais Fundamentais, historicamente conquistados, mas, ao contrário, oferecer análise que dialogue entre a meta de política pública buscada (a satisfação de direitos sociais, por exemplo) e os recursos financeiros disponíveis para tanto, em prol do equilíbrio financeiro estatal e, conseqüentemente, da própria coletividade.

Afinal, se é notória a consagração dos Direitos Sociais estabelecidos constitucionalmente no Brasil, não menos conhecida é também, ou pelo menos deveria ser, a limitação financeira ou orçamentária atinente à realidade estatal brasileira (não importando nesse momento quais motivos levam o Brasil a essa realidade financeira).

Em particular, nesse retrospecto, seleciona-se um ponto específico a ser refletido, no que tange às decisões judiciais que buscam consagrar a efetivação dos Direitos Sociais garantidos constitucionalmente, mas nem sempre garantidos financeiramente pelo Estado. O que deve (ou pode) prevalecer? Quais os valores ou princípios devem ser considerados em certas situações complexas?

Por outro lado, tais circunstâncias acima relatadas, na esfera judicial, podem gerar, muitas vezes sobre o argumento recorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, assimetrias orçamentárias que se agravam, ano a ano, em todos os entes da Federação.

Não se pode, por exemplo, ignorar o argumento de que determinadas decisões judiciais oferecidas sob o aspecto de demandas individuais na saúde pública, por exemplo, se analisadas à luz da macropolítica de distribuição dos direitos, podem terminar por produzirem efeitos contrários ao que se pretendia buscar com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que força o Poder Público a verter ao particular demandante – geralmente, cidadãos originários de municípios com IDH mais elevado - receitas que seriam aplicadas a uma quantidade muito maior de pessoas, geralmente as mais necessitadas, cujos direitos restarão afetados ante a crise que já assola o serviço público da saúde.

Paradoxalmente, a justiça difusa (realizada no caso-a-caso) tem potencial para, ao fim das contas, produzir injustiça coletiva, sacrificando o interesse de muitos em benefício de demandas individuais, dadas as restrições dos recursos públicos disponíveis, prejudicando a própria organização financeira do Estado no atendimento a demandas de interesse da coletividade.

Longe de apresentar razões de ordem puramente econômica ou orçamentária, pretende-se refletir sobre elas, buscando eventualmente conectá-las aos princípios constitucionais (por sua vez ligados a direitos fundamentais) e, quem sabe, alcançar um denominador comum que possa ser útil na busca pela aplicação eficiente dos direitos fundamentais (sobretudo sociais) para a coletividade.

1. UMA REALIDADE DELETÉRIA

Em 2015 fora deflagrada, pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL; 2015), uma auditoria operacional ampla, cujo escopo era verificar o impacto orçamentário da judicialização dos serviços de saúde, tendo como objeto alguns Estados da Federação, municípios e a própria União. O resultado desse hercúleo esforço se encontrou consubstanciado no Acórdão n. 1787/17, no processo TC 009.253/2015-7, julgado pelo Plenário daquela Casa em 16/08/17, o qual produziu uma série de observações e, ao final, recomendações a diversos órgãos públicos setoriais. Segundo asseverou o voto condutor,

Os valores gastos pelo Ministério da Saúde no cumprimento das decisões judiciais na área da saúde aumentaram mais de quatorze vezes nos últimos oito anos. Em 2015, foram gastos mais de um bilhão de reais, sendo que, em 2008, esses valores eram de aproximadamente setenta milhões de reais. Ressalta-se que esses valores estão subestimados, pois se referem ao cumprimento de decisões judiciais quando foi necessária a aquisição de medicamentos e insumos. Assim, há outros tipos de gastos, como, por exemplo, depósitos em contas judiciais, pagamento direto a beneficiários e fretes, além da retirada de um medicamento de um programa já existente, no caso de a demanda judicial tratar de uma terapêutica pertencente ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Consta daqueles autos que a quantidade de processos ajuizados em face do Ministério da Saúde também aumenta a cada ano, conforme se observa do seguinte gráfico:



Fonte: Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde (DLOG/MS) (peça 104, pág. 11 do processo TC 009.253/2015-7, Tribunal de Contas da União).

O estudo também apontou uma forte tendência de que tais demandas sejam propostas em face dos Estados, informando que:

Dentre os Tribunais de Justiça, os que tiveram maior número de processos de saúde entre 2013 e 2014 foram TJSP (45.087), TJRS (29.122) e TJMG (25.103). Juntos, esses três tribunais somam mais de 70% do total de processos estaduais no período considerado. Além disso, esses três tribunais apresentaram mais processos do que a justiça federal como um todo no período (18.356 processos federais em 2013 e 2014).

[...]

conclui-se que há, nos últimos anos, uma tendência de aumento gradual do número de processos individuais relativos à saúde pública no Brasil, majoritariamente na justiça estadual, com foco em fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar, mediante forte atuação da advocacia privada e da Defensoria Pública, a depender do estado.

Poder-se-ia cogitar que uma decisão isolada não teria o condão de impactar de forma relevante o orçamento público direcionado à saúde. Entretanto, há estudos apontando que, ainda em 2011, 20% do orçamento da saúde do Estado do Rio de Janeiro já se via comprometido com decisões judiciais; em São Paulo, por sua vez, 30% do orçamento para compra de medicamentos estava associado a determinações judiciais. Sobre o assunto, Daniel Wang noticia que:

[...] the “judicialization of the right to health” has the aggregate capacity to do so. According to data gathered by Ferraz (2011), Brazil spends roughly \$1.2 billion (USD) complying with judicial decisions ordering that a particular health treatment must be provided. At the state level, 20% of the health budget of the State of Rio de Janeiro is spent complying with judicial rulings; and in the State of São Paulo the amount spent on drugs supplied in response to a judicial order is around 30% of the total budget for drugs (WANG, 2012:14).⁵

Em matéria publicada em 25 de outubro de 2018, o jornal “O Popular”, com circulação em Goiás, também trouxe à tona o problema, que há tempos corrói silenciosamente a política de gestão orçamentária de recursos dos Estados, qual seja, a crescente judicialização do direito a medicamentos e a tratamentos de saúde, geralmente de alto custo, não abrangidos no sistema de saúde. Asseverou-se, na oportunidade, graves distorções como o caso do adolescente de 14 anos e 1,71 m que obteve o direito a tratamento com hormônio de crescimento, uma vez que pretendia alcançar 1,90 m. Segundo a matéria, os gastos do Estado de Goiás

⁵ Em tradução livre: “[...] a ‘judicialização do direito à saúde’ tem a capacidade agregada de fazê-lo. De acordo com dados coletados por Ferraz (2011), o Brasil gasta cerca de US \$ 1,2 bilhão (USD) em cumprimento de decisões judiciais determinando que um determinado tratamento de saúde deve ser fornecido. No nível estadual, 20% do orçamento de saúde do Estado do Rio de Janeiro é gasto em cumprimento de decisões judiciais; e no Estado de São Paulo o valor gasto com medicamentos fornecidos em resposta a uma ordem judicial é de cerca de 30% do orçamento total para medicamentos”.

oriundos de determinações da Justiça e de termos firmados com o Ministério Público alcançaram a ordem de 108 milhões no ano de 2017.

Também se mostra uma realidade entre boa parte das unidades da Federação um incremento proporcional nos gastos com saúde em relação às despesas totais, conforme dados abaixo (VALOR ECONÔMICO, 2017):

Peso maior

Participação da saúde na despesa total* - em %

	2014	2016
Distrito Federal	17,7	22,9
Roraima	12,9	16,8
Mato Grosso do Sul	5,3	8,3
Mato Grosso	8,5	9,9
Piauí	15,1	14,5
Minas Gerais	8,8	9,0
Goiás	12,8	14,6
Pará	10,9	11,0
Paraná	9,8	9,0
Amapá	13,7	17,3
Rondônia	12,6	14,9
Santa Catarina	11,8	11,7
Bahia	15,0	14,3
Alagoas	11,8	10,8
Rio Grande do Sul	9,3	9,2
Paraíba	12,5	12,8
São Paulo	9,5	10,0
Sergipe	12,3	12,8
Maranhão	13,9	13,0
Ceará	13,1	13,1
Amazonas	16,5	18,1
Rio Grande do Norte	11,6	12,0
Tocantins	18,0	15,7
Pernambuco	15,5	15,1
Espírito Santo	14,7	15,6
Acre	13,8	14,3
Total	12,6	13,3

Fonte: Siconfi e Estados, com dados do anexo dois do relatório de execução orçamentária

Conforme dados extraídos do sítio “Goiás Transparente” (GOVERNO DE GOIÁS, 2017), as despesas com saúde no Estado tiveram um incremento de, aproximadamente, 122% nos últimos dez anos, enquanto as despesas gerais tiveram um aumento de 100%, prenunciando uma equação perversa entre o direito à saúde e o seu custo.

Sobre o mesmo assunto, segundo matéria anunciada no jornal “Valor Econômico”,

Em Goiás, entre 2014 e 2016 as despesas cresceram 1,3%, enquanto os gastos com saúde avançaram 16%, para R\$ 3,19 bilhões. Assim, a participação da rubrica na despesa total avançou de 12,8% para 14,7% (VALOR ECONÔMICO, 2017).

O estudo desenvolvido pelo TCU, mencionado alhures, ainda demonstrou que nem a União nem os Estados, com exceção do Estado de São Paulo, possuíam metodologia de controle adequada a identificar o perfil, volume e impacto das ações judiciais na área de saúde.

Diante dessa irracionalidade sistêmica das informações – uma vez que mesmo os órgãos da União não se comunicam entre si para troca de informações -, as possibilidades de identificação de falhas na gestão orçamentária e de fraudes sempre foram mínimas. Os prejuízos advindos da realocação orçamentária seletiva e desorganizada, de bloqueios e sequestros de verbas públicas, nesse último caso, geralmente acontecidos nas contas dos Tesouros estaduais, ainda são, dessa forma, insondáveis. O mencionado acórdão do TCU aponta os seguintes valores para alguns Estados auditados:

A judicialização da saúde também afeta as contas estaduais por meio dos bloqueios e sequestros judiciais. Vários estados reportaram a existência de valores bloqueados, conforme apresenta a tabela a seguir:
Bloqueios/sequestros judiciais de valores nos estados

Estado	2013	2014
MT	R\$ 51.032.534,85	R\$ 90.886.403,59
SP	R\$ 13.828,21	R\$ 2.305.180,78
SC	R\$ 1.765.278,37	R\$ 829.783,36
DF	R\$ 216.958,58	R\$ 648.463,08
RJ	R\$ 708.181,93	R\$ 469.454,87

Fonte: Dados informados pelas secretarias de estado de saúde no âmbito dos processos de fiscalização que compõem esta FOC (TC 016.804/2015-5: Secex-MT; TC 016.918/2015-0: Secex-SP; TC 016.757/2015-7: Secex-SC; TC 016.859/2015-4: Secex-RJ). Dados da secretaria do DF coletados no âmbito do piloto desta FOC (peça 56).

Mostra-se inegável que um sistema público de saúde que seja totalmente centrado nos direitos fundamentais, sem atentar para os seus custos e para o

prejuízo ao coletivo, está fadado, cedo ou tarde, a colapsar. Com efeito, discorre WANG:

This interpretation of the right to health is inconsistent with the reality of any health care system in the world. No health care system – no matter how rich the country or how high the health expenditure per person – is able to offer unrestricted access to all treatments that may improve citizens' health (Syrett, 2007; Daniels and Sabin, 2008; Daniels, 2009: 318; Singer, 2009) (WANG, 2012).⁶

Se de um lado é certo que, valendo-se da lição de Horácio Corti, “los derechos son un fin y un sentido para todos los institutos financieros, entre ellos el tributo y el presupuesto” (CORTI, 2011: 149), também é relevante a ponderação de que o Poder Judiciário possa dialogar com os gestores orçamentários e, juntamente com os diversos setores jungidos à saúde, direcione um novo olhar a tal direito essencial voltado ao equilíbrio entre princípios financeiros e à consagração dos direitos fundamentais.

Reforce-se que esse desequilíbrio, por sinal, não se restringe à esfera individual, mas pode ser observado em Políticas Públicas adotadas pelo mesmo Estado, quando se observa determinadas medidas, por exemplo, no campo da tributação, em atenção à Ordem Social (e à Solidariedade).

A Solidariedade, conforme ensina Ricardo Lobo Torres (2000: 198-208), pode ser observada em dois aspectos, primeiro, enquanto valor básico do Direito e, segundo, enquanto princípio jurídico constitucional. Na qualidade de princípio jurídico constitucional, a Solidariedade está vinculada aos princípios ligados à justiça e, na esfera tributária, à justiça tributária, a exemplo da capacidade contributiva e do custo/benefício (que fundamenta as contribuições sociais) (YAMASHITA, 2000: 53-67).

Na esfera tributária, por exemplo, há conhecida preocupação da literatura especializada em combater, identificar ou evitar as chamadas distorções no uso da solidariedade (princípio estrutural da solidariedade), já que este serviu de fundamento para a criação de “tributos exóticos”, que camuflavam novas incidências tributárias arrecadatórias com a justificativa de atendimento a necessários recursos

⁶ Em tradução livre: “Essa interpretação do direito à saúde é inconsistente com a realidade de qualquer plano de saúde no mundo. Nenhum plano de saúde – não importa o quão rico seja o país ou o quão alto seja o gasto de saúde por pessoa – é capaz de fornecer acesso ilimitado a todos os tratamentos que podem melhorar a saúde de seus cidadãos. ”

destinados a atender ao princípio estrutural da solidariedade, aliviando a União da obrigação de repasse de receitas públicas aos Estados e Municípios de parcelas constitucionalmente devidas de arrecadação, a exemplo das contribuições sociais sobre o faturamento (COFINS), sobre o lucro líquido (CSLL), sobre a movimentação financeira (CPMF) e até mesmo sobre a aposentadoria de servidores públicos (TEODOROVICZ, 2020: 30-47).

Conforme recorda Ricardo Torres (2004: 198-208), tal princípio foi inclusive confirmado no próprio STF (RE 150.764-1, Acórdão do Plano, Relator: Ministro Marco Aurélio, RTJ 147:1.062, 16.12.1992; ADI 3.105/DF ADI 3.128/DF, Plenário, Rel. Orig. Ministra Ellen Gracie, Rel. p./acórdão Min. Joaquim Barbosa, 18.08.2004, Informativo n.357, 25.08.2004), que passou a ampliar a compreensão do artigo 195 da Constituição. Esse entendimento fundamentou a criação de contribuições exóticas, assim como contribuição previdenciária para inativos, nos termos da Lei 9783/1999, que, conforme assevera Torres levou-as “(...) a incidir genericamente sobre pessoas dotadas de capacidade contributiva e desatando os laços da solidariedade e da responsabilidade dentro do grupo de beneficiários” (TORRES, 2004: 198-208).

Não por acaso, a reflexão de Humberto Ávila revela-se bastante oportuna, pois o Estado não poderia justificar a tributação com base exclusiva e direta no Princípio da Solidariedade Social, pois o Poder de Tributar estabelecido constitucionalmente foi determinado por regras de competência tributárias que precisam ser respeitadas, já que já pré-excluíam a escolha de outros meios de tributar diferentes daqueles já constitucionalmente estabelecidos (ÁVILA, 2000: 68-88).

Não há dúvida que tais reflexões, e os exemplos trazidos pelo Direito Tributário, levam à necessária consideração da importância de haver equilíbrio entre princípios constitucionais, seja no campo tributário ou financeiro.

Seja no campo do Direito Tributário ou do Direito Financeiro, a consideração de que o equilíbrio e a ponderação principiológica são necessários leva a compreender a importância do raciocínio de Marco Aurélio Greco, pois, para ele, o grande desafio dos estudiosos do Direito Tributário (e, naturalmente, do próprio Direito Financeiro, diga-se de passagem) é “(...) encontrar o ponto de equilíbrio entre os valores constitucionalmente consagrados” (GRECO, 2000: 168-197).

Tais reflexões são úteis na medida em que se permite observar que o problema, muitas vezes, reside em ambos os lados, seja através do demandante individual que busca para si o reconhecimento de direito social garantido pela Constituição e atendido judicialmente, mas nem sempre necessário para sua sobrevivência ou saúde (e cujo atendimento da demanda específica leva ao não atendimento de outras demandas eventualmente mais relevantes da coletividade, por limites orçamentários) ou até mesmo à justificativa estatal para angariação de mais recursos teoricamente destinados a atender tais finalidades, mas cujas medidas de controle e de fiscalização por vezes ineficientes colaboram para um resultado financeiro longe do desejado.

2. ALOCAÇÃO DE VERBAS E ESCOLHAS TRÁGICAS

A “falácia do infundável”, expressão cunhada pelo economista Thomas Sowell, equivale dizer que quaisquer consecuições de direitos, por mais desejáveis e nobres que sejam, deverão passar necessariamente pelo aspecto econômico, sob pena de se relegar a declaração de um direito a uma mera retórica ou falácia. Asseverou o autor:

Muitas coisas desejáveis são defendidas sem levar em consideração o fato mais fundamental da economia, ou seja, que os recursos são inerentemente limitados e apresentam usos alternativos. Quem pode ser contra saúde, segurança ou espaço público? Mas cada uma dessas coisas é infinita, enquanto recursos não apenas são limitados, mas também apresentam outros usos também valiosos (SOWELL, 2017: 21).

Com efeito, os recursos financeiros limitados em contraposição à demanda ilimitada, característica do *welfare State*, levarão inevitavelmente o gestor público ao desafio de fazer escolhas de alocação. Alguns direitos legítimos e, às vezes, tão importantes como algum outro, não serão atendidos. Na dicção de Harrison Leite, a expressão “escolhas trágicas” “significa a ausência de recursos suficientes para a satisfação de todas as necessidades públicas plenamente. Algumas necessidades ‘tragicamente’ não serão atendidas” (LEITE, 2011: 112).

No escopo de se evitar que o gestor orçamentário incorra em preterição de bens de maior proteção constitucional, o legislador orçamentário preestabeleceu dispêndio mínimo de recursos em algumas áreas, fazendo escolhas prévias e

retirando do gestor o risco de optar pela proteção de bens de menor monta. É o caso da obrigatoriedade de recursos mínimos aplicáveis na saúde e na educação.

Entretanto, há que se ponderar que a sistemática constitucional vigente não permite a “proteção zero” para direitos tidos por fundamentais (LEITE, 2011: 112). Nesse particular, o papel institucional do Judiciário se mostra imprescindível, no sentido de exigir do administrador o máximo de razoabilidade na alocação de recursos.

Com efeito, na lição de Ricardo Lobo Torres,

A razoabilidade se projeta para o campo orçamentário com extraordinário vigor. Ao perpassar todos os outros princípios constitucionais orçamentários exerce diferentes funções: serve de princípio de interpretação dos dispositivos da lei de meios; influi na elaboração do orçamento, ao governar as escolhas trágicas e as opções pela alocação de verbas; informa a própria legitimidade orçamentária, que deve resultar do equilíbrio razoável entre legalidade e economicidade (LEITE *apud* TORRES, 2000: 312).

Em uma de suas manifestações sobre o assunto, no agravo regimental em suspensão de tutela antecipada nº 175/CE, o Supremo Tribunal Federal - STF, por meio do Ministro Gilmar Mendes, assim se manifestou:

[...] Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc (MENDES, 2010).

Portanto, há sensível diferença entre uma “escolha trágica” e uma “escolha desarrazoada”. Essa última deve ser objeto de censura, tanto pelo clamor social quanto pelas instituições oficiais. No Brasil, não é difícil encontrar escolhas *tragicamente* equivocadas; que se dirá, então, de outras que pecam pelo desperdício, ineficiência ou mesmo dotadas de grau não tão relevante de importância constitucional.

Em breve pesquisa realizada na internet, há notícias de opções alocativas que beiram o absurdo, como o de uma prefeitura que fez licitação para a aquisição de até 32 mil garrafas de vinho importado, o que representava quase 10% do

orçamento anual do município (O GLOBO, 2016), ou de deferimento de “bolsa-alimentação” de 4,5 mil para cada vereador de outro município (O GLOBO, 2017).

Enfim, não é preciso possuir uma linha de raciocínio superior ao senso comum para ter rapidamente uma boa noção das muitas vezes adotadas escolhas desarrazoadas nos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário em todos os níveis da Federação, pois basta uma breve pesquisa em portais de notícias, com gastos absolutamente incompatíveis com a atual situação financeira ou orçamentária do País.

Tais fatos apenas evidenciam que o sistema orçamentário brasileiro padece de uma enfermidade cujos sintomas podem ser sentidos nas prestações deficitárias de serviços públicos tidos por essenciais, uma flebotomia⁷ nos recursos que desampara e anemiza os órgãos especializados responsáveis por assegurar direitos tidos por mais preciosos à Constituição Federal, como é o caso da saúde pública.

Sob tal aspecto, é importante que o Poder Judiciário torne os olhos ao problema das decisões judiciais em matéria de saúde, de forma a evitar que recursos escassos sejam progressivamente realocados para benefício de poucos. A se ter por certas as informações das crescentes despesas com a saúde, mencionadas alhures, pode ser que em um futuro breve a concretização de direitos se torne ineficaz por não ter havido análise dos custos de sua efetivação. Na lição de LEITE,

Integrar os custos ao conceito de direito fundamental oferece a vantagem de evitarem-se soluções fictícias e insatisfatórias. Impede-se, desse modo, a ruptura do sistema, quando alguém tem o direito em abstrato, mas não o tem em concreto, por força das limitações orçamentárias (LEITE, 2011: 174).

Com efeito, não ignorando de forma alguma o problema da má gestão dos gastos públicos em diferentes esferas da Federação, o que deve ou deveria demandar esforços para melhor controle e fiscalização dos mesmos, semelhante esforço deve se seguir à análise da efetividade das decisões judiciais no atendimento a direitos sociais em contraposição às possibilidades financeiras do mesmo (e também à eficiência financeira coletiva de tal medida, pois um gasto exacerbado com determinado direito social pode significar o sacrifício de centenas de sujeitos de direitos sociais também necessitados, em circunstâncias similares).

⁷ Subst.: abertura de uma veia para a retirada de sangue.

Como já ensinaram Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2019: 23-68), um “Estado sem dinheiro não pode proteger direitos”.

Nesse sentido, revela-se interessante a reflexão de Holmes e Sunstein, a respeito da possibilidade de satisfação de direitos em países ricos e pobres, em atenção à realidade norte-americana:

O argumento de que os países pobres têm condições econômicas de implementar a primeira geração de direitos, mas não a segunda, é simples demais. Quando os direitos de primeira geração são levados a sério e se mostram, assim, bastante custosos, os países verdadeiramente pobres também não têm condições de implementá-los. Não conseguem garantir que o direito a um julgamento justo seja sempre respeitado na prática, assim como não é respeitado nos bairros mais pobres dos Estados Unidos, apesar da riqueza sem precedentes desse país. Todos os direitos são “abertos”, e por uma razão muito simples: os direitos têm seu custo e por isso jamais podem ser protegidos de maneira completa ou perfeita (HOLMES; SUNSTEIN, 2019: 96-97).

Assim, os direitos não podem ser atendidos absolutamente (HOLMES; SUNSTEIN, 2019: 69-108), já que a escassez afeta a liberdade e, conseqüentemente, comprometem a efetividade da satisfação dos direitos sociais pretendidos, se não adequadamente planejados financeiramente. Por isso, não há como negar que os direitos (sociais inclusive) e a sua proteção tem um custo orçamentário (e também social) (HOLMES; SUNSTEIN, 2019: 10-11).

Compatibilizar os direitos aos seus custos de forma a maximizar a eficiência da satisfação destes em prol da coletividade é tarefa do Estado (incluindo-se o Poder Judiciário), ainda que o mesmo nem sempre demonstre o mesmo compromisso com as despesas e gastos públicos conforme as efetivas necessidades públicas e, ainda que, na prática, seja impossível a países ricos e pobres garantir de maneira absoluta todos os direitos sociais de sua população.

3. CARACTERÍSTICAS DOS LITÍGIOS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

Na realidade brasileira, os litígios sobre o direito à saúde são principalmente ações individuais que pleiteiam tratamentos de vanguarda e drogas especiais, não incorporados ao SUS ou à política de medicamentos (WANG, 2012: 3).

A interferência judicial nos gastos com saúde pública, além de introduzir ineficiências, termina por estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Estudos demonstram que boa parte dos demandantes são os que vivem em municípios com

maior renda per capita, o que torna o acesso ao sistema público ainda mais desigual.

Em outros termos, esse aumento nos investimentos na área de saúde, por conta de ações judiciais, não possui uma relação causal com a necessidade de atender regiões menos desenvolvidas do país. Na verdade, caminha em sentido oposto a isso.

Segundo dados informados no acórdão nº 1787/17- TCU (BRASIL, 2017), o número de ações judiciais federais é crescente, sendo que a sua proporção por habitante é maior em estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste.

O mencionado aresto também aponta indícios de captura dessas ações judiciais por poucos escritórios de advocacia especializados, com o envolvimento de grandes indústrias de fármacos, com vistas a impelir o Poder Público a fornecer medicamentos de vanguarda, alguns de altíssimo custo. Discorreu voto condutor, no item nº 190,

A judicialização dos medicamentos para as mucopolissacaridoses foi objeto de estudo publicado em 2013 por Marcelo Medeiros, Debora Diniz e Ida Schmartz (A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & saúde coletiva*, v. 18, n. 4, Rio de Janeiro, 2013). Os pesquisadores analisaram ações judiciais ajuizadas contra o Ministério da Saúde, julgadas entre 2006 e 2010, e constataram uma alta concentração de ações judiciais em poucos advogados privados. Transcreve-se parte dos achados do mencionado estudo (Medeiros, Diniz e Schwartz, 2013, pp. 1.079-1.088):

“Um único advogado é responsável pelos processos de 70 (36%) pessoas, as quais, em conjunto, correspondem a um gasto de mais de 77 milhões de reais. Constam 40 advogados nos processos, mas apenas três deles estão relacionados a mais da metade de todos os gastos do governo com a judicialização de medicamentos para MPS e quase 60% das doses adquiridas. Esses três são advogados privados. [...]

Há uma altíssima concentração de casos em poucos advogados privados. Por outro lado, não há forte correlação entre o local de residência ou a origem dos pacientes e o local de atuação desses advogados concentradores. É pouco provável que a contratação atomizada de advogados privados por uma população geograficamente dispersa gerasse um padrão distributivo desse tipo, o que sugere a existência de algum tipo de rede que coloca em contato pacientes e advogados. Não há evidência empírica suficiente para fazer qualquer afirmação segura sobre a organização dessa rede, mas considerando que o volume médio de uma ação ultrapassa o custo normal de um advogado privado na ordem de milhares de vezes, uma hipótese que merece ser cogitada é a de que essa rede seria financiada pela indústria farmacêutica ou pelos distribuidores dos medicamentos. [...]

Sejam quais forem os motivos, nos processos de pacientes dos hospitais mais frequentes predominam poucos médicos e poucos advogados, o que evidencia a formação de redes para a judicialização dos medicamentos para as MPS, tal como observaram outros estudos sobre judicialização de outros medicamentos.”

A mencionada pesquisa apontou indícios da existência de redes para o contato entre advogados e pacientes, como sugerido no estudo comparativo internacional conduzido por Yamen e Gloppen (2011, p. 251-265), mencionado no tópico 2.1 deste relatório. A identificação desse tipo de rede entre médicos, advogados e organizações não governamentais permitiu a deflagração da operação policial 'Garra Rufa' em São Paulo em 2008 (capítulo 8). Em entrevistas realizadas no âmbito desta auditoria, os gestores do Ministério da Saúde citaram essa articulação entre as associações de pacientes e a indústria farmacêutica, a fim de facilitar a defesa do direito dos pacientes em juízo (DANTAS, 2017).

Nada obstante, a profundidade de tais redes de judicialização da saúde é, *a priori*, desconhecida, uma vez que nem a União e os Estados possuem controle administrativo adequado a produzir tais estatísticas, ressalvado o Estado de São Paulo, cujo padrão de controle mereceu elogios do TCU, permitindo-se deflagrar, inclusive, operações policiais para o desmonte de eventuais "redes de negócio".

4. O PROBLEMA DA NÃO-PADRONIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

Conforme já se pôde observar, a análise pretendida não se furta de considerar aspectos sociais (e seus custos sociais) na consagração de determinados direitos reconhecidos judicialmente.

Ao mesmo tempo, não se pode negar que a própria atividade judicante é movida não apenas por razões puramente jurídicas, mas também por fundamentos de outra natureza, muitas vezes pré-determinadas, a exemplo de convicções religiosas, filosóficas, econômicas, morais e até mesmo pressões sociais ou políticas que as cerca.

Em uma análise individual, ou seja, para o caso concreto, ao juiz pode parecer correto, à luz de um direito fundamental, que se salve uma vida por meio do deferimento de um tratamento de vanguarda a custo altíssimo. Porém, não obstante a necessária proteção ao direito à vida enquanto direito básico e fundamentado, o outro lado da moeda é que, sob o aspecto coletivo, o recurso orçamentário trasladado ao indivíduo poderá deixar à míngua tratamentos de saúde oferecidos a centenas ou milhares de outros pacientes. Estar-se-ia eventualmente a preterir os direitos fundamentais de vários cidadãos em benefício de uns poucos. Não que necessariamente a coletividade, em todos os casos, deva prevalecer sobre o interesse individual.

Nesse sentido, o diálogo entre Direitos Sociais Fundamentais (seus custos e vantagens individuais e coletivas) e os Princípios Constitucionais Financeiros (e Orçamentários) torna-se cada vez mais premente.

Com efeito, o advento da crise pandêmica que se abateu sobre o mundo, resultante do vírus SARSCOV-2, trouxe ao país mais um abalo em suas bases orçamentárias já comprometidas pelo preço da reorientação fragmentada e desorganizada dos recursos públicos na saúde. Segundo informa o sítio oficial do Tesouro Nacional, o *déficit* governamental ficou na ordem de 743 bilhões de reais, um aumento de cerca de 666,5% em relação ao de 2019 (BRASIL, 2021).

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ publicou pesquisa realizada quanto a demandas judiciais em saúde pública, julgadas entre 2011 e 2012 pelos Tribunais de Justiça dos estados de Acre, do Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais, do Paraná, do Rio Grande do Norte e de São Paulo. A análise dos processos gerou as seguintes conclusões, *in verbis*:

» Predominância da litigação individual: a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde.

» Tendência de deferimento final e na antecipação de tutela: na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares. Além disso, na maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância. » Pouca menção à Audiência Pública do STF: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência a Audiência Pública que o STF realizou em 2009 a respeito da judicialização da saúde, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência.

» Pouca menção ao CNJ: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e n. 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante.

» Pouca menção ao Fórum Nacional e aos Comitês estaduais: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante (ASENSI, PINHEIRO, 2015: 43).

Disso tudo, o fator que se presume como norteador da mente do juiz quando da análise de tais casos é o que ficou conhecido como “efeito da vítima identificável”, no sentido de que há respostas emocionais distintas quando se compara a vida de uma pessoa, individualmente considerada, e as estatísticas. No primeiro caso, o juiz

conhecerá as mazelas que circundam a vida do demandante por conta de sua enfermidade. Eventualmente, o verá face-a-face em uma audiência. Sobre o assunto, WANG assevera que

However, it is not difficult to understand the reason why it is so difficult to set criteria to limit the entitlements derived from the right to health, especially in cases when the patient's life and health is in danger and something can be done. There is a considerably different emotional response to a situation where we can identify an individual who may benefit from a treatment compared with a situation where people benefited are only 'statistical' and cannot be individually identified (Hope, 2001: 182). As Small and Loewenstein, 2003 have shown, we are more inclined to help the former than the latter, a bias they termed the 'identifiable victim effect'. Courts (in most cases) know the individual patient litigating for treatment. Courts will know her name, history, personal problems and occasionally her face. On the other hand, Courts have no capacity to gather a much broader range of information about the health needs of those anonymous citizens whose health care may suffer because resources were diverted to comply with a judicial decision. Courts know who wins, but cannot identify who loses (WANG, 2012: 13).⁸

Com efeito, nessa contundente lição, o que se observa ao final é que os Tribunais “sabem quem vence, mas não conseguem identificar quem perde”.

5. O PAPEL DO STF NA DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

WANG identifica **três padrões de julgamento no STF** nos últimos quinze anos (WANG, 2012: 3):

a. Não-aceitação de restrições para tratamento de saúde (1997-2006). Tal posicionamento vigorou até a ADPF 45/06.

⁸ Em tradução livre: “No entanto, não é difícil entender a razão pela qual é tão difícil definir critérios para limitar os direitos oriundos do direito à saúde, especialmente nos casos em que a vida e a saúde do paciente estão em perigo e algo pode ser feito. Há uma resposta emocional consideravelmente diferente a uma situação em que se pode identificar um indivíduo que pode ser beneficiado com um tratamento se compararmos com a situação em que as pessoas beneficiadas são apenas ‘estatísticas’ e não podem ser individualmente identificadas (Hope, 2001: 182). Como Small e Loewenstein, 2003 mostraram, estamos mais inclinados a ajudar os primeiros do que estes últimos, uma tendência que eles qualificaram como ‘efeito da vítima identificável’. Os tribunais (na maioria dos casos) conhecem o paciente individual que litiga para tratamento. Os tribunais saberão seu nome, história, problemas pessoais e, ocasionalmente, sua face. Por outro lado, as cortes não têm capacidade de reunir quantidade suficiente de informação sobre as necessidades de saúde desses cidadãos anônimos cujos cuidados de saúde podem ser prejudicados porque os recursos foram desviados para cumprir uma decisão judicial. Os tribunais sabem quem vence, mas não conseguem identificar quem perde.”

b. Reconhecimento da necessidade de restrições, mas omissão em estabelecer critérios fixos (2006-2009). Nessa fase, a jurisprudência ainda se mostrava oscilante com o posicionamento anterior a 2006.

c. Estabelecimento de critérios para definir em quais casos a restrição é legal (2009-2010).

Na **primeira fase**, o Tribunal adotava uma tese centrada no indivíduo e se recusava a considerar as repercussões da decisão quanto ao coletivo. Tal posição se mostrava inconsistente com a realidade de todos os demais planos de saúde existentes no mundo. A crescente demanda veio demonstrar que nenhum plano seria capaz de oferecer cobertura irrestrita a todos os tratamentos.

Na **segunda fase**, nascida a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45/06, o STF reconheceu (ainda que o assunto não fosse saúde) que o direito fundamental depende da disponibilidade de recursos públicos. Ademais, reconheceu não ser papel do STF implementar políticas públicas. O atendimento do pleito deveria estar associado à razoabilidade da demanda e da existência de recursos públicos.

Entretanto, também ponderou que o Estado não pode negar o “mínimo existencial” por meio de ação *ilegítima, arbitrária ou condenável*. Nesses casos, a Corte estaria autorizada a intervir. WANG acrescenta, nesse ponto, que o STF não introduziu critérios claros e objetivos para identificar em quais casos o Estado age “ilegitimamente, arbitrariamente ou condenavelmente” (WANG, 2012:4).

Em 2007, o STF julgou improcedentes ações individuais para fornecimento de medicamentos especiais para doentes renais crônicos e pacientes com câncer (Suspensão de Tutela Antecipada - STA 91 e Suspensão de Segurança - SS 3073). A Corte se valeu de um argumento de “custo-benefício”, no sentido de que a rede pública deve otimizar os recursos disponíveis para tratamento no sentido de beneficiar o máximo de cidadãos possível. Se as ações fossem procedentes, isso reduziria a disponibilidade de outros serviços de saúde para o resto da sociedade. Fora a primeira vez em que uma decisão do STF se afastara da análise individual do direito pleiteado e se aproximara de um viés coletivo do direito à saúde.

A conclusão, a título de precedente, era que o Estado somente ficaria obrigado a fornecer medicamentos incluídos na lista oficial de medicamentos aprovados pelo Ministério da Saúde (fármacos experimentais ficariam de fora).

Entretanto, em outros casos (WANG, 2012), a exemplo das SS 3205, SS 3158, SS 3183, SS 3231, SS 3263, SS 3429, SS 3452 e STA 181, a Corte alternou entre tal entendimento e o anterior a 2006, focando exclusivamente nas necessidades individuais do paciente/ demandante, determinando o fornecimento de medicamentos não incluídos na lista do Ministério da Saúde (determinou a realização de cirurgia dispendiosa, cuja eficácia não era comprovada; ordenou a aquisição de medicamento experimental etc.,).

Conforme exposto alhures, os índices de sucesso nessas demandas individuais continuam na ordem de 80%, fator que, associado a outros, potencializa o aumento de demandas na área e a fissura no orçamento da saúde.

Na terceira fase (2009-2010), o STF entabulou audiências públicas com experts, autoridades da saúde, acadêmicos, advogados e a sociedade para discutir a “judicialização do direito à saúde”. A intenção era suprir o STF de informações técnicas, científicas, políticas e econômicas sobre a matéria. Em março de 2010, o STF decidiu nove casos (STA 175, STA 211, STA 278, SS 3724, SS 2944, SS 2361, SS 3345, SS 3355 e Suspensão de Liminar - SL 47 reafirmados nas decisões subsequentes) e estabeleceu linhas-mestras para definir quais direitos os cidadãos podem demandar do sistema público de saúde (WANG, 2012).

Em tais casos, afirmou o STF que o sistema de saúde não poderia suprir todas as demandas dos cidadãos, devendo as prioridades serem estabelecidas. Entretanto, a Corte tem o poder de compelir o governo a oferecer o tratamento clínico que este negara a se oferecer motivado pelo seu custo nas seguintes hipóteses (WANG, 2012: 8):

1. Se ele estiver **incluído na lista oficial de tratamentos pertencentes ao sistema público de saúde**, recomendado no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas. Entretanto, o demandante pode obter sucesso se provar que o tratamento, ainda que não incluso em lista, é bem-sucedido há longo tempo por pacientes que podem pagá-lo, mas o processo de inclusão na lista oficial tem sido moroso.
2. Se sua segurança, eficiência e qualidade foram reconhecidas pela ANVISA.
3. Se sua utilização é amparada pelo **consenso científico**, fator que exclui os tratamentos experimentais.

Na prática, se o critério nº 1 for suprido, os demais também estarão automaticamente.

Mesmo a par disso, WANG pondera que ainda remanescem questões alheias ao critério estabelecido pelo STF, quais sejam:

a. A Autoridade pública não pode negar o tratamento já oferecido pelo sistema público de saúde. Assim, a Corte não está substituindo o legislador orçamentário na consecução de macropolíticas públicas, mas simplesmente forçando a provisão de serviços preestabelecidos. **O problema ainda não resolvido por tal critério** é que ele não considera o cenário em que o tratamento oferecido pelo sistema público de saúde não pode ser fornecido em quantidades que assegurem provisão universal. O exemplo trazido (WANG, 2012: 10) é o da prefeitura de Sobral-CE, onde o Ministério Público pleiteou que a prefeitura aumentasse de 9 para 30 os leitos de UTI disponíveis no sistema público, no prazo de 90 dias (SL 228). O STF deu provimento ao pedido, fundado em estimativa de leitos por habitante, expedido pelo Ministério da Saúde, pois Sobral tinha menos que o recomendado. Entretanto, há estudos que demonstraram que mesmo em cidades nas quais há mais leitos que o recomendado, a necessidade de racionamento também pode existir (O Estado de São Paulo, 2010).

b. Uma decisão favorável sobre demandas que pleiteiam serviços providos pelo Sistema Público de Saúde pode permitir que um demandante simplesmente “**corte a fila**” do serviço, em prejuízo de outros cidadãos na mesma situação de direito.

c. **O avanço da tecnologia**, prevendo tratamentos mais eficazes, que prolongam a vida dos pacientes ou mesmo tratamentos de vanguarda contra doenças dantes incuráveis aumenta a demanda por tais procedimentos, e produz oneração nas despesas do sistema público de saúde, incrementando a necessidade das “escolhas trágicas”.

d. Ainda que a nova tecnologia seja **efetiva e segura**, ela pode onerar substancialmente o orçamento da saúde.

Tais questões constituem desafios que se agregam aos atuais problemas que o orçamento público enfrenta no que tange à gestão e alocação de recursos públicos. Há medidas atuais que poderiam ser, de plano, tomadas pelo STF com vistas à redução do problema da judicialização do direito à saúde.

Encontra-se pendente, por exemplo, o julgamento do RE nº 566.471 RG/RN, que consubstancia o tema nº 6 de repercussão geral no STF, qualificado como o “*dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo*” e que se encontrava, desde 2007, sem qualquer tratamento. Segundo informações produzidas no acórdão nº 1787/17- TCU, até o ano de 2015, havia 22.337 processos nas instâncias inferiores, sobrestados, aguardando o mencionado julgamento.

Possivelmente em virtude do agravamento da situação financeira do país, em boa parte aprofundado pela crise de sanitária mundial do vírus SARSCOV-2, o Supremo Tribunal Federal, em sessões virtuais ocorridas entre 21/08/20 e 28/08/20, iniciou a votação, atualmente com pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes. Já se pronunciaram os Ministros Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. As teses propostas até o momento são as seguintes:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (MELLO, 2020).

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União:

- (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio;
- (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências;
- (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento (MORAES, 2020).

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos:

-
- (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
 - (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
 - (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
 - (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e
 - (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS (BARROSO, 2020).

Do exposto, nota-se que já se delineia uma linha de ação quanto ao problema que há muito tempo assombra o orçamento público, com um estabelecimento aproximado entre os Ministros de diretrizes básicas para a tutela dos direitos em matéria de saúde.

6. CONCLUSÃO

É sabido que o Estado não tem sido eficaz em cumprir seu mister, no que tange a uma digna prestação de serviços públicos de saúde. Os vícios sistêmicos que maculam as políticas públicas – planejamento inadequado, execução orçamentária permeada de atos imotivados, falta de controle entre planejamento, execução e resultados – terminam por fomentar ainda mais as demandas judiciais pelos serviços públicos de saúde. Nesse particular, o Poder Judiciário desempenha imprescindível papel, no sentido de se concretizar tais direitos, sem se olvidar que uma política de julgamento centrada apenas no indivíduo terminará por engrossar as estatísticas de desamparo da rede pública de saúde, prejudicando as suas políticas públicas na medida em que limita seus recursos, com o redesenho ainda mais assimétrico do orçamento público.

Veja-se o exemplo da crise de saúde provocada pelo novo vírus SARSCOV-2, que aprofundou o fosso do déficit orçamentário brasileiro. A política de saúde centrada no indivíduo, em detrimento das políticas públicas voltadas às necessidades coletivas, inexoravelmente, tem retirado recursos que salvariam vidas no contexto da pandemia que assola o país.

Conforme o exposto, tal redesenho tem real capacidade de impactar o orçamento de saúde no Brasil. Tal fenômeno não somente tem acontecido como tem se agravado a cada ano, conforme as estatísticas citadas, que apontam progressivo crescimento das despesas em saúde com decisões judiciais em relação ao total das despesas do setor. É preciso questionar a alegação tipicamente empregada pela defesa estatal de que “se não há caixa, não há direitos” e de que o princípio da reserva do possível pragmaticamente seria capaz de constranger a eficácia dos direitos sociais. Os direitos sociais nucleares ao mínimo existencial são prioridade intangível dos orçamentos públicos e não comportam dotações omissas, insuficientes ou meramente simbólicas.

De outra monta, a premissa de se fazer justiça no caso concreto termina por desaguar em franca injustiça coletiva, ante o traslado desenfreado de recursos públicos que beneficiariam um número significativamente maior de pessoas.

Nesse aspecto, pede-se licença para reproduzir interessante reflexão de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, a respeito da possibilidade de efetivação de direitos por países (ricos ou pobres):

Todos os direitos têm o caráter de aspirações. Será que os países – pobres ou ricos – devem constitucionalizar as garantias sociais e econômicas? Não se trata somente de uma questão filosófica acerca da natureza essencial dos direitos enquanto tais, mas também de uma questão com prementes consequências pragmáticas: suscita temas de competência institucional e também de finanças públicas, que devem ser decididos levando-se em conta os recursos disponíveis, os efeitos colaterais previsíveis e os objetivos concorrentes. Um argumento filosófico talvez seja capaz de demonstrar que as garantias mínimas devem ser classificadas como interesses humanos básicos. As pessoas não podem levar uma vida decente sem um nível mínimo de alimento, abrigo e assistência médica. Mas o simples ato de chamar de “básica” a necessidade gritante de assistência do Estado não necessariamente nos leva muito longe nessa direção. Uma sociedade justa garantiria a seus cidadãos alimento e abrigo; procuraria garantir uma assistência médica adequada; se esforçaria para fornecer uma boa educação, bons empregos e um meio ambiente limpo. Mas quais desses objetivos ela deve buscar alcançar por meio da criação de direitos legais ou mesmo constitucionais? Trata-se de uma questão que não pode ser respondida somente por uma teoria abstrata; tudo depende do contexto. (HOLMES; SUNSTEIN, 2019: 96-97).

É de suma importância que os Poderes do Estado, em especial, os Poderes Executivo e Judiciário, qualificados pelo artigo 2º da Constituição Federal como “harmônicos entre si”, confluam, de fato, em soluções sistêmicas e globais para que a alocação dos recursos públicos seja feita de forma a garantir princípios caros à ordem Constitucional, como o são a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o direito à saúde.

A verdade é que, em matéria orçamentária, enquanto não se souber para onde ir, sob qualquer ponto de vista, nenhum caminho poderá ser o correto e nenhum vento logrará soprar a favor.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Limites à Tributação com Base na Solidariedade Social**. In: Solidariedade Social e Tributação. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord). São Paulo: Dialética, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível no site: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em 16.03.2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Tesouro Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/estatisticas-fiscais-e-planejamento/resultado-do-tesouro-nacional-rtn>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Plenário. 17.03.10. Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico nº 76, publicado em 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 16.03.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional Sobre Judicialização da Saúde. Acórdão n. 1787/17, no processo TC 009.253/2015-7. Relator: Ministro Bruno Dantas. julgado pelo Plenário do TCU em 16.08.17. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em 16.03.2021.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

CORTI, Horácio G. **Derechos Fundamentales y Presupuesto Público: Ima Renovada Relación em el marco del neoconstitucionalismo periférico**. Orçamentos

Públicos e direito financeiro/ coordenadores José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff – São Paulo: Editora RT, 2011.

ESTADO DE GOIÁS. Controladoria-Geral do Estado de Goiás. No site: www.transparencia.go.gov.br (no menu “Despesas”; “execução orçamentária” – funcional programática, por função “saúde”).

GARZA, Sergio F. de La. **Derecho Financiero Mexicano**. Mexico: Editorial Porrúa, 1975.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. *In: Solidariedade Social e Tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord). São Paulo: Dialética, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos. Por que a liberdade depende dos impostos**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/05/prefeitura-no-rs-abre-licitacao-para-comprar-30-mil-garrafas-de-vinho.html>

<https://g1.globo.com/pernambuco/noticia/vereadores-do-recife-passam-a-ganhar-r-45-mil-de-auxilio-alimentacao-apos-reajuste-de-531.ghtml>

Jornal “O Popular”. No site www.opopular.com.br

Jornal “Valor Econômico”. No site: <https://www.valor.com.br/brasil/4866746/crise-faz-saude-ganhar-espaco-no-gasto-dos-estados>

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Portal de notícias “Globo”. No site: www.g1.globo.com

SOWELL, Thomas. **Fatos e Falácias da Economia**. Tradução: Rodrigo Sardenberg. Editora Record. Rio de Janeiro, 2017.

TEODOROVICZ, Jeferson. **Tributação, Literatura e Solidariedade**. Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Curitiba. n. 27, 30-47, jan./mar. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade?** *In: Solidariedade Social e Tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord). São Paulo: Dialética, 2005.

WANG, Daniel W. L. Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court. **Health Economics, Policy and Law**. 2012. Disponível no **sítio**: http://journals.cambridge.org/abstract_S1744133112000291. **Acesso em 16.03.2021.**

YAMASHITA, Douglas. **Princípio da Solidariedade em Direito Tributário**. In: **Solidariedade Social e Tributação**. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coord). São Paulo: Dialética, 2005.