

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-109-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência social. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos apresentados no Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, do XXIV Congresso do CONPEDI, realizado entre os dias 11 e 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, sob os auspícios dos Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

No artigo A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A INTERPRETAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, os autores Valter de Souza Lobato e Anita Carmela Militão de Pascali, analisaram a questão tributária, fazendo a articulação desta com a previdência social e seu financiamento. Apresentaram um caso concreto, relativo a um portador de doença incapacitante, cuja patologia não se encontrava no rol das doença previdenciárias. Apontam como saída na interpretação deste rol, uma análise ampliada dos dispositivos constitucionais.

No artigo AS AÇÕES REVISIONAIS DO FGTS: ASPECTOS, REQUISITOS E POTENCIAIS DECISÕES, de Tatiana Bhering Serradas Bom de Souza Roxo e Jerfferson da Mata Almeida, os autores analisaram as origens históricas do instituto do FGTS. Verificando a natureza indenizatória inicial deste instituto, passando à condição de depósito como forma compensatória. Questiona o fato de a TR ser utilizada como forma de correção das contas do FGTS, por ser esta não é taxa de correção, mas sim de juros.

No artigo LIBERDADES EM CONFLITO: A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE DE ENSINO COM FUNDAMENTO EM SUPOSTAS VIOLAÇÕES DE OUTRAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS, de Artur Amaral Gomes, o autor analisaram o direito à educação, buscando a liberdade do ensino como o principal princípio norteador. Defendeu que a liberdade de ensino deve ser aplicado junto com outros princípios constitucionais.

No artigo A (DES)IGUALDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE APOSENTADORIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO, de Aline Fagundes dos Santos, a autora analisa as questões das desigualdades dos benefícios previdenciários no Brasil sob a perspectiva de gênero. Analisaram tanto os aspectos quantitativos como os qualitativos. Verificaram o caráter fundamental dos direitos previdenciários, bem como os caso de distinção de idade e tempo de contribuição para os

benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Analisaram os dados do Anuário da Previdência Social, relativo a 2011.

No artigo A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE JANEIRO DE 2011 A JUNHO DE 2015 NO ÂMBITO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO, de Michelle Aparecida Batista, a autora analisou a expedição das Medidas Provisórias, buscando verificar se existe o excesso de emissão de MPs, no período de 2012 a 2015. Conclui que foram 158 em matérias diversas, sendo 18 em matéria previdenciária. A atuação do governo, segunda aponta, foi superior a do legislativo, em termos de produção de leis. Constatou, ainda, que a grande parte destas Medidas Provisórias foram para suprimem ou extinguem direitos.

No artigo A VIOLÊNCIA, O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A CIDADANIA, de autoria de Fernando Rocha Palácios, analisou a fundamentalidade da educação, verificando a violência a este direito fundamental e à cidadania. Avaliou que a globalização provoca a violência, em decorrência de vivermos em uma sociedade pós-moderna.

No artigo A DIFERENÇA MÚLTIPLA, OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: A CONCESSÃO JUDICIAL DO SALÁRIO-MATERNIDADE ÀS INDÍGENAS MENORES DE 16 ANOS, de autoria de Mayara Alice Souza Pegorer, a autora analisou a concessão do salário-maternidade às indígenas menores de 16 anos. Primeiramente, avaliou a denominada diferença multiplica, passando, posteriormente, a apontar outras diferenças afora as de gênero, tais como a diferença entre raças.

No artigo DIREITOS SOCIAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA CAPITALISTA NEOLIBERAL CONTEMPORÂNEO E SEUS EFEITOS COLATERAIS, os autores Gabriela de Campos Sena e Daniela Rodrigues Machado Vilela, analisou os direitos sociais no neoliberalismo, verificando que existe uma certa naturalização da derrocada dos direitos sociais, em detrimento destes direitos. Apontou a falta de solidariedade e seus desdobramentos, especialmente ao que se relaciona aos direitos sociais. Avaliou outros fatores, tais como a governança e outros entes não estatais, na garantia destes direitos.

No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA CONQUISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A ESPERA DA EFETIVIDADE COMO DIREITO SOCIAL, de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisou as questões que perpassam o direito

do trabalho e o direito previdenciário, enfocando o direito previdenciário em uma ótica filosófica. Apontou na pesquisa os fins e os meios, avaliando a questão financeira em matéria previdenciária. Questionou o fato de o INSS ser o maior litigante na Justiça.

No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DIREITO DA PERSONALIDADE, de Edgar Dener Rodrigues, o autor analisou as questões de judicialização das políticas públicas, avaliando seus aspectos positivos e negativos. Investigou as origens da Previdência Social, traçando algumas questões sobre a interferência dos direitos fundamentais. Avaliouas quatro dimensões dos direitos, fazendo uma abordagem dos direitos previdenciários enquanto direitos de segunda geração ou dimensão.

No artigo A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL PELA LEI 13.135/15: O CASO DA PENSÃO POR MORTE NO RGPS, o autor Antonio Armando Freitas Gonçalves analisou as medidas Provisórias no aspecto fiscal. Avalia a baixa taxa de fecundidade e da expectativa de vida. Questiona a ideia da vitaliciedade do benefício em si e a tese central das duas ADIs impetradas ao STF. Verificou os critérios da pensão por morte antes e depois da MP n. 664/14.

No artigo A DISCRIMINATÓRIA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE NO BRASIL, de Marco Cesar de Carvalho e Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga, os autores analisaram o instituto da aposentadoria compulsória no Brasil, de modo que, partindo de dados do IPEA, verificam que a expectativa de vida alterou, ou seja, aumentou nos últimos anos. Apontam que a expectativa de vida será de 86 anos em 2060. Apontaram pela não extensão do critério etário, em virtude do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário.

No artigo AUXILIO-DOENÇA/ACIDENTÁRIO/: BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI 8.213/91, de Lilian Maria Gomes de Oliveira, a autora apresentou o histórico e as diferenças do auxílio-doença comum e o auxílio-acidentário, bem como do acidente do trabalho. Analisou o Nexo técnico epidemiológico, os tipos de doenças e as possibilidades do auxílio-acidente.

No artigo AUXÍLIO-RECLUSÃO: A DESINFORMAÇÃO É SEU MAIOR INIMIGO, Paulo Henrique Januzzi da Silva analisou o benefício do auxílio-reclusão e as informações que os cidadãos tem sobre este benefício, especialmente através da televisão e das redes sociais. Constatou, a partir da análise destes veículos de comunicação, a existência de fatores discriminatórios, formando um senso comum equivocado, o que prejudica a visão que a população possui deste benefício.

No artigo O AUXÍLIO RECLUSÃO EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto e Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto analisaram a questão do auxílio-reclusão e a perspectiva deste benefício à luz dos tratados e convenções internacionais. Verificaram as condições da concessão deste benefício a partir da Convenção dos Direitos Humanos da Criança.

No artigo DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS E SEUS REDUTORES: O CASO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO E DA FÓRMULA 85/95, de Clarice Mendes Dalbosco e Ludmila Kolb de Vargas Cavalli, as autoras analisaram a aplicação da fórmula 85-95, cuja aplicabilidade é facultativa, podendo os segurados optarem pela fórmula do fator previdenciário, se completados os 30 anos, para mulheres e 35 anos para homens. Verificaram que o STF entendeu que a aplicação do Fator Previdenciário é constitucional. Apontaram que a expectativa de vida é padronizada nacionalmente, fazendo a crítica a esta sistemática de aplicação.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?, a autora Ana Carolina Carvalho Barreto analisou os acidentes do trabalho, LER-DORT, em decorrência dos acidentes do trabalho com os trabalhadores bancários. Realizou pesquisa de campo em que demonstrou que 40% dos trabalhadores que fizeram a CAT não obtiveram o B-91. Concluiu que a judicialização não é uma solução do problema, eis que resolve a questão individual e não coletiva.

No artigo CONFLITO PREVIDENCIÁRIO: RAÍZES, CARACTERÍSTICAS E MOTIVOS DO EXCESSO DE LITIGIOSIDADE, o autor Marco Aurélio Serau Jr., analisou as origens do conflito previdenciário, investigando as causas que ensejam o alto percentual elevado de litigiosidade, apontando como em torno de 60% das demandas que tramitam na Justiça Federal. Investigou essa questão a partir de duas pautas: a pauta de legalidade e pauta de interpretação ou de ampliação.

No artigo A DESAPOSENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO INTEGRANTE NO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN, de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as decisões do STJ sobre a desaposentação. Verificou os discursos dos diversos atores sociais, a partir do pensamento de Dworkin do direito como integridade. Analisou filosoficamente, a partir deste autor, como seria a aplicabilidade de alguns casos concretos se o judiciário fosse adepto desta teoria.

No artigo RENÚNCIA À APOSENTADORIA: ENTRE A VULNERABILIDADE DO APOSENTADO E A SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA, Marcelo Leonardo Tavares e Murilo Oliveira Souza analisaram a desaposentação sob o prisma da vulnerabilidade. Verificaram a sustentabilidade do sistema, sob o ponto de vista atuarial, apontando as três posições do STF sobre esta matéria. Indicam, como saída para esta questão altamente judicializada, a resolução via legislação e na seara administrativa.

No artigo O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PAPEL PROMOCIONAL DO NÚCLEO DE DEFESA DA SAÚDE DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ, Cecilia Barroso de Oliveira e Carolina Rocha Cipriano Castelo, analisaram a questão da saúde dos deficientes do Estado do Ceará, buscando vislumbrar a pericia biopsicossocial na aplicação da Convenção de Nova Iorque, de 2008, bem como seus reflexos nos benefícios previdenciários e assistenciais. Apontaram as demandas mais comuns existentes no NUDESE, grupo de pesquisa vinculado a UNIFOR.

No artigo A DELIMITAÇÃO DE UM CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE, de Hermann Duarte Ribeiro Filho, o autor analisaram os tipos de benefícios por incapacidade, estabelecendo os requisitos e singularidades de cada um deles, indicando a necessidade da utilização de um critério biopsicossocial para a verificação da deficiência e da incapacidade, tal como consta na Declaração de Nova Iorque (ONU).

No artigo A LEI 12873/13, AS ESTRUTURAS FAMILIARES MODERNAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DAS NOVAS REGRAS DE CONCESSÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS FAMILIAS MONOPARENTAIS, de Caroline Shneider e Ellen Carina Mattias Sartori, as autoras analisaram a possibilidade do salário-maternidade as famílias monoparentais. Indicam o caso da mãe solteira, do segurado ou segurada adotante vier a falecer, com a possibilidade de a criança receber o benefício do salário-maternidade.

No artigo NOVOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO CÔNJUGE/COMPANHEIRO NO CONTEXTO DE CRISE DO ESTADO-PROVIDÊNCIA UMA INTERFACE ENTRE A SEGURIDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA, de Laira Carone Rachid Domith, a autora analisaram a pensão por morte, fazendo um paralelo entre o direito de família e o direito previdenciário. Verificaram os efeitos das mudanças trazidas na pensão por morte, consoante a alteração legislativa trazida pela Lei n. 1135/15. Analisaram o

tabelamento prévio existente na lei, apontando por outra saída, representada pelo estabelecimento do critério de necessidade e não do tempo de união estável ou idade do dependente.

No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONFIGURAÇÃO DA NECESSIDADE DO INDIVÍDUO: UMA ANÁLISE DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE NA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL, os autores Fábio Rezende Braga e Elisa Schmidlin Cruz analisaram os critérios socioeconômicos para concessão do Benefício de Prestação Continuada da LOAS, verificando os critérios utilizados pelo STF ao longo dos últimos anos. Ressaltam a importância dos julgados de primeiro grau, em que os juízes entenderam não se curvar ao critério do ¼ do SM, conforme consta na Lei n. 8742/93, fazendo com que o STF alterasse seu entendimento.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: POR QUE PARA SE LEVAR O DIREITO À SAÚDE A SÉRIO DEVE-SE TAMBÉM LEVAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A SÉRIO?, de Eder Dion de Paula Costa e Rodrigo Gomes Flores, os autores analisaram a judicialização da saúde, investigando a solidariedade dos entes federativos e suas responsabilidades. Verificaram as origens históricas da saúde no Brasil, bem como apontam seus princípios. Investigam as diferenças regionais e as peculiaridades das regiões no Brasil, apontando os problemas existentes no SUS, devido a estas diferenças.

No artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: PERSPECTIVAS DE UMA CONFORMAÇÃO DE EFETIVIDADE, de Cláudia Mota Estabel e Andreia Castro Dias, as autoras analisam a possibilidade de o Judiciário intervir nas políticas públicas em virtude da omissão do Estado. Apresentam um contexto histórico, evocando tratados e convenções internacionais. Avaliaram a importância da CF-88, no que respeita a instituição do sistema de saúde no Brasil, apresentando os princípios constitucionais que informam este direito.

No artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE FRENTE OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL: RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL, os autores Pedro Henrique Sanches Aguera e Thayara Garcia Bassegio, analisaram o processo de judicialização dos direitos à saúde, enfocando o princípio da reserva do possível em ocorrência da defesa dos mínimos sociais ou existenciais. Verificaram que o princípio da reserva do possível foi aplicado indevidamente em nosso sistema, dada a indisponibilidade dos mínimos sociais e a obrigação do Estado em atendê-los.

No artigo A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE MEDICAMENTOS NO CONTEXTO DA CRISE DA LEGALIDADE BURGUESA, de

Ariadi Sandrini Rezende e João Paulo Mansur, os autores investigaram os tipos históricos de Estado e seu comprometimento com a saúde, até a CF/88, apresentando o compromisso constitucional desta nova Carta Magna para com a saúde. Constataram, a partir da análise jurisprudencial, que o Poder Judiciário vem contribuindo para a efetivação dos direitos sociais afetos à saúde.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: POR QUE PARA SE LEVAR O DIREITO À SAÚDE A SÉRIO DEVE-SE TAMBÉM LEVAR O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A SÉRIO?

THE BRAZILIAN PUBLIC HEALTH SYSTEM ON THE COURTS: WHY TO TAKE THE RIGHT TO HEALTH CARE SERIOUSLY ALSO SHOULD TAKE THE PUBLIC HEALTH CARE SYSTEM SERIOUSLY?

**Eder Dion De Paula Costa
Rodrigo Gomes Flores**

Resumo

Este artigo analisa a história do Sistema Único de Saúde do Brasil e seus princípios de atuação fundados na universalidade e igualdade para atender o cidadão. Diante dos princípios e da regulação legal e constitucional do Sistema Único de Saúde, examinamos as decisões do Poder Judiciário que obrigam os entes da Federação a fornecer prestações referentes ao direito à saúde fora de suas obrigações legais, sob o invocado princípio da solidariedade. Utilizamos basicamente a pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório, com pesquisa na farta jurisprudência acerca do tema. O estudo expõe as limitações dos juízes na tarefa em proferir decisões que resultam em alocações de recursos públicos, analisando o ativismo judicial que resultou na jurisprudência que resultou na teoria da solidariedade dos entes federados para atender o direito à saúde. Exortamos a responsabilidade dos juízes em fortalecer o Sistema Único de Saúde ao invés de enfraquecê-lo. Defendemos que a criação de obrigações aos entes federados, cuja programação orçamentária não foi incluída para atender a todo e qualquer caso apresentado ao Poder Judiciário, coloca em risco a sustentabilidade das políticas públicas em favor das pessoas socialmente vulneráveis.

Palavras-chave: Saúde, Ativismo judicial, Sistema único de saúde, Solidariedade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyses the history of Brazilian Public Health System and its basic principles of procedures based on universality and equality to treat the citizens. Considering its principles, the legal and constitutional rules of Brazilian Public Health System, this paper analyses the court decisions of Brazilian Judicial Power that forces the States and municipalities to treat patients out of its legal competence, under the alleged principle of solidarity. We use basically bibliographic research with exploratory purposes and jurisprudence to research about this topic. This paper explain the limitations of judges when their decisions results on allocation of public resources, analyzing the judicial activism that resulted in the theory of solidarity of federated members to comply with the right to health. We exhort the responsibility of judges to make public health system stronger than make it weaker instead.

We defend the point of view that create new burdens to States and municipalities which the budget was not programmed to attend all cases presented to Judiciary Power put in risk the sustainability of public policies that assists needy people.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Judiciary power, Activism, Brazilian public health system, Solidarity

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou a cidadania e a dignidade humana como fundamentos da nossa República (CF, art. 1º, III, IV) e o direito à saúde foi elencado dentre os direitos sociais (CF, art. 6º).

Como princípio geral, a efetivação dos direitos fundamentais ocorre através de políticas públicas estatais. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45 MC/DF entendeu que embora decisões de políticas públicas sejam da discricionariedade exclusiva do Poder Executivo, o Poder Judiciário poderá intervir quando entender que estas políticas violarem os direitos fundamentais. Como consequência da decisão, o país observa o que se chamou de “judicialização da saúde”, ou seja, o expressivo número de demandas, das mais variadas, que tem em comum requerer perante o Poder Judiciário alguma prestação referente à saúde. Neste sentido, na esteira da “judicialização da saúde”, o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da solidariedade dos entes federados para fornecer as prestações da saúde.

Portanto, este artigo, a partir de uma revisão bibliográfica e, posteriormente, da análise jurisprudencial, examinará a demanda histórica pelo direito à saúde, que resultou na criação de um sistema de saúde de acesso universal no Brasil, adentrando depois nos princípios, diretrizes e a organização legal do Sistema Único de Saúde. Após, analisará a dificuldade de conciliar o dever constitucional de efetivar o direito à saúde com a realidade, uma difícil obrigação de cumprir na era dos direitos. Posteriormente, enfocará a judicialização da saúde, consequência da lacuna que existe entre o direito e a realidade. Por fim, adentrará nas consequências da aplicação do princípio da solidariedade criado pela jurisprudência e o resultado no orçamento dos entes públicos na efetivação das políticas públicas.

1 HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

As primeiras ações de saúde pública implementadas pelos governantes foram executadas no período do Brasil-colônia com a vinda da família real para o Brasil em 1808. A vinda da família real ao Brasil possibilitou a chegada de mais médicos e o aumento da preocupação com as condições de vida da população local, possibilitando o início de um projeto de institucionalização do setor da saúde no Brasil e a regulamentação da prática médica profissional. No mesmo ano foi inaugurada a primeira faculdade de medicina no Brasil, a Escola médico-cirúrgica, localizada em Salvador na Bahia, com vistas a institucionalização de programas de ensino e a normalização da medicina em conformidade aos moldes europeus. A regulamentação do ensino e da prática médica resultou em um maior controle das práticas

populares e na substituição gradativa dos religiosos das direções dos hospitais gerais, especialmente a partir da República.

Na Primeira República, o movimento sanitarista demonstrou a situação da saúde como uma questão social e política e era o maior obstáculo à integração do Brasil ao mundo civilizado. Como consequência, ocorreu a expansão da autoridade estatal sobre o território, ao mesmo tempo em que se criavam os fundamentos para a formação da burocracia da saúde pública. A agitação política e social na época ainda pressionava por ações mais efetivas do Estado na atenção à saúde. Foi quando, em 1923, Eloy Chaves, propôs uma lei que regulamentasse a formação de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) para algumas categorias profissionais como os ferroviários e os marítimos.

As CAPs, limitadas às empresas de maior porte, constituíram uma espécie de seguro social. O Estado em nada contribuía financeiramente e não possuía responsabilidade na administração, se limitando ao reconhecimento legal da organização, o que já vinha ocorrendo maneira informal desde os idos de 1910. Os benefícios das CAPs eram socorros médicos, fornecimento de medicamentos, aposentadorias e pensões para o trabalhador e a família.

Anote-se duas características deste período. Primeiro, a assistência à saúde era vinculada ao seguro social fornecido pelas empresas, sendo apenas um dos serviços de seguridade prestados dentre aposentadorias e pensões. Segundo, a limitação do alcance dos benefícios, eis que abrangia uma pequena parcela da população, pois era restrito aos funcionários das empresas e dependentes.

Getúlio Vargas implementou uma série de reformas na legislação do trabalho que integraram uma política de proteção ao trabalhador, formulando um projeto de Estado, através de uma base decisória na estrutura estatal centralizada e atendendo aos seus interesses econômicos. Nesta fase são criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), ampliando o papel das CAPs, constituindo o primeiro esboço da seguridade social no Brasil. Os IAPs passaram a incluir em um mesmo instituto toda uma categoria profissional, não mais apenas empresas, criando o instituto dos marítimos (IAPM), dos comerciários (IAPC), dos industriais (IAPI) e outros, contando com a participação do Estado na sua administração, controle e financiamento.

Após a segunda guerra mundial, os países da Europa constituíram o Estado do Bem-Estar Social com o objetivo de reerguer as economias devastadas no pós-guerra e construir estados fortes e compromissados com a democracia e a justiça social, numa maneira de combater a expansão comunista e manter as economias europeias no padrão competitivo internacional.

O regime militar, a partir de 1964, e a nova organização do Estado, trouxeram mudanças para o sistema sanitário brasileiro, dentre elas a ênfase na assistência médica, o crescimento progressivo do setor privado e maior abrangência de parcelas sociais no sistema previdenciário.

Neste sentido, a primeira ação significativa no sistema previdenciário brasileiro ocorreu em 1966 com a unificação dos IAPs e a constituição do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS). No início da década de 1970, a política do INPS levou à inclusão de novas categorias profissionais no sistema trabalhadores rurais, empregadas domésticas e autônomos e com a inclusão de novas categorias, aumentava a procura por serviços e os gastos no setor de saúde. Com o fim de atender a demanda foram contratados serviços privados, permitindo a formação do que ficou conhecido como “complexo médico-empresarial”.

O INPS manteve a estrutura de funcionamento anteriormente proposta pelos IAPs e oferecia os serviços apenas para aqueles que comprovavam o vínculo com a instituição que, de modo que “as pessoas levavam suas carteiras de trabalho ou carnê de contribuição previdenciária quando procuravam os hospitais ou qualquer outro tipo de assistência, a fim de comprovar sua inclusão no sistema (BAPTISTA, 2007, p. 41)”.

No ano de 1986, o Ministério da Saúde convocou a VIII Conferência Nacional de Saúde, constituindo um marco histórico da política de saúde brasileira, eis que, pela primeira vez, contava-se com a participação da comunidade e dos técnicos na discussão de uma política setorial. O relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde chegou as seguintes conclusões:

Saúde como Direito em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 2007, p. 49).

Este relatório, com todas as afirmações nele contidas, serviu como instrumento de pressão política no contexto da Nova República e serviu de referência na discussão da Assembleia Nacional Constituinte, sendo reconhecido como um documento de expressão social. Após a conferência foi constituído o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que se apresentou como estratégia na construção do SUS em 1987.

O SUDS aprofundou a política de descentralização da saúde, principalmente na parte do orçamento, permitindo maior autonomia dos Estados na programação das atividades do setor, deu seguimento às estratégias de hierarquização, regionalização e programação das

atividades do setor e ao mesmo tempo em que o SUDS era implementado, ocorria a discussão da Assembleia Nacional Constituinte, na qual o relatório da VIII CNS foi o fundamento da discussão da reforma do setor saúde, e o SUS foi finalmente implantado (2007, p. 29-51).

Assim, verifica-se como a sociedade evoluiu considerando que no princípio nenhuma assistência era prestada ao indivíduo, numa fase intermediária limitava-se à proteção dos beneficiários das caixas de assistência, mantidas pelas empresas e governo e finalmente passou a assegurar um regime efetivamente público a todas as pessoas, independentemente de contribuição, sem distinção de idade, raça ou classe social. Portanto, hoje basta ser cidadão brasileiro e a filiação é automática, dentro das possibilidades do sistema.

2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: SEUS PRINCÍPIOS, DIRETRIZES E ORGANIZAÇÃO LEGAL

Com a Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde foi inserido dentro do contexto da seguridade social, que abrange a previdência e a assistência social. O modelo adotado na Constituição de 1988 consagrou uma proteção social à saúde abrangente, fundada na universalidade e igualdade da cobertura e do atendimento como um “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 (CF, art. 196)”.

A universalidade e igualdade do acesso às ações e serviços do Sistema Único de Saúde consistem na garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou impedimentos, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema. O acesso aos serviços será garantido por uma rede de serviços hierarquizada (do menor nível de complexidade para o maior) e com tecnologia apropriada para cada nível. Todo o cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades até o limite que o sistema pode oferecer para todos.

O SUS é regido pela descentralização que apresenta-se no contexto com o propósito de promover uma maior democratização do processo decisório na saúde, já que até então se estabeleciam práticas centralizadoras de poder no âmbito federal de governo. Trata-se de uma estratégia de democratização porque possibilitaria à população um maior controle e acompanhamento das ações públicas. Desse modo, a população poderia interferir de forma mais efetiva no processo de formulação da política. Por trás dessa concepção há uma lógica de organização do sistema de saúde que tem como pressuposto que quanto mais perto o gestor está dos problemas de uma comunidade, mais chance tem de acertar na resolução dos mesmos.

A hierarquização dos serviços segue o mesmo princípio, estruturando a rede de saúde a partir dos diferentes níveis de complexidade dos serviços e de acordo com as realidades local e regional. Assim, a referência e a contra-referência funcionam como elos de ligação da rede. Se um município ou serviço de saúde não possui condições para atender a determinado problema de saúde, individual ou coletivo, deve remetê-lo a outra unidade referenciada com capacidade de resolver o problema apresentado. A contra-referência significa o retorno do paciente ao estabelecimento de origem após a resolução da causa responsável pela referência.

Com esse modelo, foi rompido, em definitivo o padrão político anterior excludente e fundado no mérito e afirma-se o compromisso com a democracia (BAPTISTA, 2007, p. 29-60).

Portanto, o modelo descentralizado adotado pelo nosso atual ordenamento jurídico rompeu com a tradição autoritária, burocrática e centralizadora do regime anterior, aumentando a responsabilidade dos gestores locais, fiscalizados pelas pessoas da comunidade que é destinatária dos serviços de saúde.

Com o fim de disciplinar o Sistema Único de Saúde sob os princípios constitucionais foi promulgada a Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes¹ e as competências de cada ente federado. Assim, compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde, dentre várias atribuições, participar e formular políticas públicas (art. 16, II), definir e coordenar os sistemas de redes integradas de assistências de alta complexidade e de rede de laboratórios de saúde pública (art. 16, III, a, b), identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde (art. 16, XI), prestar cooperação técnica e financeira aos

¹ Lei, 8080/90, art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional (art. 16, XIII), promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal (art. 16, XV), acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (art. 16, XVII) e elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 16, XVIII). A direção estadual do Sistema Único de Saúde compete promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde (art. 17, I), acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (art. 17, II), prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde (art. 17, III), identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional (art. 17, IX), coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde (art. 17, XI). Por fim, compete à direção municipal do Sistema Único de Saúde planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I) e participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual (art. 18, II).

Portanto, a Lei nº 8080/90 estabelece uma hierarquização entre os entes públicos visando a descentralização dos serviços de saúde, que em síntese, compete à direção nacional do SUS formular e implementar as políticas públicas de saúde, prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; compete à direção estadual do SUS promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde e prestar apoio técnico e financeiro aos municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; e aos municípios planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde.

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, dispõe sobre o acesso ao Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento, a assistência à saúde e a articulação interfederativa e dá outras providências. Neste sentido, o acesso ao Sistema Único de Saúde é objeto de expressa disposição legal, nos termos do Decreto nº 7.508:

- III - de atenção psicossocial; e
- IV - especiais de acesso aberto. (...)

Portanto a Lei nº 8.080/90 e o Decreto nº 7.508, preveem os princípios, a hierarquização dos serviços e a forma de acesso ao Sistema Único de Saúde. Trata-se de um método fundado na racionalidade com o objetivo de atingir o número máximo de beneficiários, no qual a União formula as políticas públicas conjuntamente com os entes da Federação e fornece assistência financeira aos estados membros e municípios. Compete aos estados fornecer assistência financeira aos municípios e promover a descentralização. E aos municípios gerir e executar os programas do Sistema Único de Saúde.

3 ENTRE A OBRIGAÇÃO LEGAL DE ASSEGURAR O DIREITO À SAÚDE E A REALIDADE

Nosso país é constituído por uma sociedade complexa, extremamente desigual, onde uma parcela importante da população depende do funcionamento dos serviços públicos. Conforme FARIA, numa situação limite, as contradições socioeconômicas, que geram demandas para as quais as instituições não têm condições de oferecer respostas imediatas e eficazes, resultam em afetar a própria estrutura organizacional do Estado. Portanto, ao ficar dividido entre tarefas e exigências inconciliáveis, ele não só se vê impossibilitado de formular políticas públicas segundo as regras formais, como ainda se revela incapaz de expressar a “razão histórica” da própria sociedade, eis que sua práxis decisória não consegue mais expressar a vontade coletiva em torno de um projeto comum (FARIA,2005, p. 13).

Estas dificuldades se refletem no campo da assistência à saúde, conforme lembra BAPTISTA:

O Brasil é um país de grande heterogeneidade: convivem estados ricos e pobres, municípios de grande e também de pequena extensão territorial, tem secretário de saúde que vira ministro e secretário de saúde que mal escreve o próprio nome, tem cidade com mais de 1.000 unidades de saúde e cidade sem médico. Por trás da disparidade entre regiões e até mesmo entre municípios de um mesmo estado está a trajetória de organização política e dos interesses daqueles que se mantiveram no poder. (2007, p. 56).

Com efeito, conforme lembra Norberto Bobbio, a realização dos direitos fundamentais não depende apenas de justificativas e boa vontade. É preciso de condições para que aconteçam. O grande problema do nosso tempo com relação aos direitos do homem não se trata de fundamentá-los e sim o de protegê-los. O problema não é filosófico, mas jurídico, num sentido mais amplo, político, isto é, o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das

solenes declarações, eles sejam continuamente violados. Anote-se que nem tudo o que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a realização dos direitos do homem são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los. Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. Assim, uma discussão sobre os direitos humanos deve hoje levar em conta, para não correr o risco de se tornar acadêmica, todas as dificuldades procedimentais e substantivas. A efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o isola já perdeu. (BOBBIO, 2004).

Da lição de Norberto Bobbio, o primeiro exemplo desta situação é o da realidade brasileira, na medida em que a Constituição e as leis consagram inúmeros direitos, ao passo que na prática eles não são efetivamente assegurados em favor da maioria da população.

4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Como reflexo da dificuldade do Sistema Único de Saúde em atender à população o Poder Judiciário passou a ser acionado para fornecer prestações referentes à saúde.

De uma maneira geral, a doutrina admite o princípio de que os direitos fundamentais prestacionais não podem ser fornecidos pelo Poder Judiciário, eis que dependem da implantação de políticas públicas, promulgação de lei e se submetem ao princípio da reserva do possível, não como elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fizesse parte do núcleo essencial, e sim uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, podendo atuar em determinadas circunstâncias como garantia dos direitos fundamentais, na hipótese de colisão de direitos por exemplo, observados os critérios de proporcionalidade e de garantia de um mínimo essencial visando a salvaguarda do núcleo essencial de outros direitos fundamentais (SARLET, 2010).

Contudo, no que diz respeito à possibilidade do Poder Judiciário fornecer prestações referente ao tema do direito à saúde, de modo que

Por mais que os Poderes Públicos, como destinatários específicos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos

públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo no caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a). Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação da pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos (SARLET, 2010, 325).

A ideia consagra um individualismo extremo, concretizado numa espécie de tudo ou nada na área da saúde, e não leva a sério a ideia a característica essencial do Estado Democrático de Direito que é a submissão de todos às leis. Lamentavelmente o Poder Judiciário brasileiro insiste em várias oportunidades e decisões entendendo que não está limitado ao ordenamento jurídico, consagrando a ideia de um governo de homens e não lei de leis. O voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no RESP nº 279.889/AL resume este pensamento:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...). Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria dos seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Ocorre que a lei, através do uso da linguagem, despida de rituais enigmáticos e de índole religiosa, é a forma do exercício do direito, resultado, antes de tudo, da evolução da sociedade, que antes encontrava a legitimidade do exercício poder através da autoridade do sobrenatural e da religião. Após este período, a sociedade confiou ao Estado, através das leis, a promoção da justiça e da organização social.

A ideia do juiz contrariar a lei e decidir conforme suas ideias individuais, nasce da ideia da independência do Poder Judiciário e de uma suposta superioridade moral subjetiva do juiz, contudo é preciso lembrar que da mesma forma que a Constituição assegura independência ao Poder Judiciário, a Carta Magna igualmente dispõe sobre os princípios da estrutura e a organização do Sistema Único de Saúde, fundado na universalidade e igualdade.

Portanto, reduzir o problema complexo da saúde à ideia de que negar um pedido judicial equivale a condenar o usuário à pena de morte, consagrando ao princípio do “pediu-levou” sugere uma contradição entre os princípios constitucionais do Estado de Direito e também aos princípios que são relacionados ao direito à saúde, o que não contribui para a racionalidade de

um sistema jurídico que pretende regular uma sociedade cada vez mais complexa onde vivemos.

Conforme lembra Luis Roberto Barroso, a ideia da dignidade da pessoa é fundada em valores comunitários, eis que: “O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva (BARROSO, 2013, p. 87)”.

Portanto, no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, tão citado nas decisões judiciais em que se demandam direitos referente à saúde, está intrínseco restrições de ordem comunitária, que desde que legítimas, limitam direitos e liberdades individuais em favor da coletividade.

5 DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS ERIGIDO PELA JURISPRUDÊNCIA

Como se sabe, nosso país adotou o princípio herdado do presidencialismo norte-americano fundado na separação dos poderes, o que significa que nos conflitos entre a Administração e o particular o Poder Judiciário dará a palavra final. Nosso sistema difere dos países europeus, onde se adotou o regime do contencioso administrativo, no qual a Administração decide os conflitos entre cidadãos e o Estado. Não deixa de ser notável o fato de que no Velho Continente, onde a Constituição de Weimar ficou conhecida por reconhecer os direitos sociais logo no início do século passado, não deferiu a um poder independente a incumbência de julgar os conflitos entre o particular e a Administração.

No Brasil, por outro lado, na ADPF nº 45, quando se discutia a alocação do orçamento para o atendimento à saúde na Lei nº 10.707/2003 (LDO) o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Assim, o Poder Judiciário brasileiro entende que poderá intervir nas políticas públicas se forem descumpridos os encargos políticos-jurídicos, vindo a comprometer a eficácia dos

direitos fundamentais. Com este precedente foi consagrado no Supremo Tribunal Federal e nas cortes inferiores o entendimento de que nos pedidos judiciais referentes às prestações à saúde pelo particular existe um “dever solidário” dos entes federados em atender o interessado:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo." (AI 550.530-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.).

Neste sentido, embora não previsto na Constituição, nem na Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõem sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário, por criação da jurisprudência, entendeu que há um dever de solidariedade entre os entes federados para atender todo e qualquer pedido referente à saúde quando demandada em juízo. Peremptoriamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afirma que:

(...) A Constituição da República prevê o dever de prestar os serviços de saúde de forma solidária aos entes federativos, de modo que qualquer deles tem legitimidade para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento. *A divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular.* (Apelação e Reexame Necessário Nº 70063233084, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 30/01/2015).

Portanto, nas ações em que demandam serviços relativos à saúde o Poder Judiciário julga exclusivamente sob a ótica individualista ao afirmar que “a divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular”. Segundo o entendimento do Poder Judiciário, cada vara, cada juiz passa a ter poderes para condenar qualquer um dos entes federados a qualquer espécie de prestação da saúde, o que se pode denominar o princípio do “pediu-levou”. Contudo, o certo é que a Constituição na parte que disciplina o direito à saúde e instituiu o sistema de saúde em momento algum afirma que todos os entes federados são solidários para fornecer quaisquer prestações referente à saúde.

Por outro lado, o direito à saúde e o princípio de um sistema universal é fruto de um processo histórico de quase duzentos que resultou na criação do Sistema Único de Saúde, que assim como todo o sistema, deve ser organizado baseado na racionalidade. Sendo o SUS regido pelos princípios da universalidade e igualdade, é a missão do Poder Judiciário promovê-lo, defendê-lo e fortalecê-lo, sendo totalmente sem sentido as decisões do modelo “pediu-levou”, nas quais todo e qualquer pedido deve ser atendido independente da repartição das competências dos entes federados. Decisões desta natureza são fundadas no interesse individualista, bas

em informações tendenciosas da parte. Decisões do modelo “pediu- levou” inauguram um sistema de saúde paralelo, que funciona na base do individualismo e do patrimonialismo, transformando-se numa luta selvagem pelo dinheiro público, num autêntico retorno de uma luta de todos contra todos, reduzindo a sociedade ao retorno do estado de natureza de Rousseau. Assim, o Poder Judiciário se transforma num palco onde todos disputam tratamento diferenciado que o orçamento público destinado à saúde é capaz de proporcionar.

Considerando que estamos discutindo um sistema, acrescenta-se que na teoria do sistema, a argumentação jurídica detém um valor posicional central na teoria discursiva do direito. É através da troca de argumentos é que se atribuirá valores “jurídicos” e “injurídicos”. Só contam com efeitos convincentes aqueles que podem ser considerados argumentos: são os meios pelos quais o sistema jurídico se convence das próprias decisões (HABERMAS, 2013, p. 75). Contudo, se o meio de convencimento não é justificado pela argumentação, a decisão torna-se um enigma. Resultando num enigma, a decisão deixa de atender à racionalidade, retornando a um estado anterior ao direito moderno, quando a autoridade da decisão era justificada pelo sobrenatural, como acontecia na antiguidade (HABERMAS, 2013, p. 54-55).

Precisa-se, portanto, de uma jurisprudência que interprete o sistema jurídico de forma coerente com os valores contidos na Constituição, em especial aos princípios específicos da saúde pública, no caso brasileiro, o Sistema Único de Saúde.

6 UMA VERDADE INCONVENIENTE: “DIREITOS CUSTAM DINHEIRO”

Com o advento do Welfare State, os Estados ampliaram os direitos dos cidadãos se comparado às constituições do século XVIII, quando foram consagrados aquilo que parte da doutrina denomina os “direitos negativos”, os quais, segundo a doutrina, se concretizam através de uma mera “abstenção” do Estado. Assim, por exemplo, para exercer meu direito de ir e vir, é suficiente ao Estado não atrapalhar minha liberdade de locomoção e deixar eu ir para onde eu quiser.

Ocorre que na verdade não existe direito que se exerce gratuitamente. Mesmo naqueles casos em que a doutrina afirma que são “direitos negativos”, isto é, o Estado se mantém passivamente enquanto o cidadão usufrui do direito, sempre haverá um custo para a sociedade. Cite-se o exemplo do direito de ir e vir citado acima. Para o cidadão exercer seu direito de ir e vir o Estado tem o dever de efetuar a manutenção das ruas, suas agências devem fiscalizar o funcionamento das concessionárias privadas das rodovias, o governo deve manter o aparato policial para garantir a segurança, incluindo polícia civil, federal, rodoviária, ferroviária etc. Para assegurar que a lei será aplicada adequadamente, com todos os direitos e garantias

constitucionais, deve ainda ser reservada a proposta orçamentária apresentada pelo Poder Judiciário. Trata-se de um singelo exemplo do quanto hoje em dia a sociedade tornou-se complexa, interligada e dependente de recursos financeiros vultosos para atingir os seus fins de bem comum, os quais sem um planejamento racional torna-se impossível cumprir os seus objetivos.

Assim, a verdade é: direitos custam dinheiro.

É simples de se perceber que se trata de uma discussão que não é bem-vinda, visto que o Poder Judiciário autoproclama-se por si mesmo insulado do processo político, seguindo o princípio de que o problema do orçamento compete ao Poder Legislativo e Executivo (SUNSTEIN; HOLMES, 2000). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é peremptório ao afirmar que “alegar a escassez de recursos para se eximir de fornecer o tratamento solicitado pela autora sobrepõe o interesse financeiro da administração ao direito à vida e à saúde daquele que necessita ser assistido” (Apelação Cível Nº 70063192025, julgado em 26/01/2015).

Seguindo esta lógica da jurisprudência, apenas para mencionar um exemplo dentre quase 5600 municípios da Federação, citemos o caso de Tubarão – SC, município com menos de cem mil habitantes que requereu ingresso no Recurso Extraordinário nº 566.471 ao afirmar que no ano de 2011 respondia à 1.120 ações judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos e no mesmo ano, o gasto com a farmácia básica para o atendimento de toda a população foi de R\$ 971.087,35 enquanto a despesa com o cumprimento de decisões judiciais chegou a R\$ 975.178,53. Assim, a cidade gasta mais na saúde com ordens judiciais do que através da formulação de políticas públicas.

Esta questão pode assim ser colocada:

Os direitos que são financiados pelo esforço de terceiros não combinam com as imagens projetadas pelo Judiciário. O problema é sério. Os juízes consideram as consequências incorporadas nas contas? E como um juiz, considerando a escassez de informações à sua disposição (informações que também têm custos) e a sua imunidade política, razoavelmente e de forma responsável decide sobre a melhor alocação dos recursos públicos escassos? Um juiz pode determinar que uma rua seja aberta para manter uma atividade ou uma atividade na prisão para melhorar as condições de vida dos apenados, mas pode um juiz ter certeza de que o dinheiro que ele ou ela ordena para estes fins não seria usado de forma mais eficiente para vacinar um bairro contra difteria? (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 29-30).

Os juízes não têm a função constitucional nem treinamento específico para alocar orçamentos nos quais irão repercutir inevitavelmente o conteúdo de suas decisões. Ao contrário do administrador, os juízes trabalham com informações não só incompletas (porque via de regra

só decidem o caso individual) como também com informações tendenciosas, não raro subjacentes ao interesse patrimonial de particulares. De acordo ainda com Sunstein e Holmes

Em frente a estes problemas, como um juiz mede a urgência comparada a outros problemas sociais que competem pela atenção do governo e sobre os quais ele não sabe virtualmente nada? Como podem juízes, decidindo um caso individual, levar em conta o teto do orçamento do gasto do governo? (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 95).

A Constituição erigiu um sistema público de saúde fundado no acesso universal e igualitário, com uma repartição racional das competências cuja alocação dos recursos escassos é destinada a atender justamente as atribuições de cada ente federado. Assim, a descentralização do Sistema Único de Saúde determina que a direção nacional preste assistência financeira e técnica aos entes federados (Lei nº 8080, art. 16, inciso XIII), compete à direção estadual do SUS “promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde” (art. 17, inciso I) e “prestar apoio técnico e financeiro aos municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde” (art. 17, III) e compete às municipalidades planejar, organizar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I).

Atento ao expressivo número de ações que pedem uma prestação referente à saúde no Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, no dia 14 e 15 de maio do ano passado, promoveu a “I Jornada de Direito da Saúde”, com o fim de monitoramento e resolução das demandas judiciais que visam a assistência à saúde, sendo aprovadas várias súmulas referentes ao tema, tanto no que diz respeito à saúde pública ou particular. No tocante ao tema deste artigo, o CNJ aprovou duas súmulas:

Súmula nº 8 - Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

Súmula nº 13 - Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

As súmulas da “I Jornada de Direito da Saúde” estabelecem um compromisso do Conselho Nacional de Justiça com um Sistema Único de Saúde realmente voltado para a saúde pública, na qual a primeira atitude para atender o direito à saúde é justamente acessar o sistema público (Súmula nº 8). A Jornada reconheceu ainda a deficiência de informações dos juízes nas demandas da saúde, não só deficientes, mas também tendenciosas, e na Súmula nº 13 recomendou a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde, sobre a competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

No entanto, o efeito destas súmulas ainda não chegou à jurisprudência, salvo as decisões da Justiça Federal, a jurisprudência é maciça em julgar as ações da saúde fundado na ideia puramente individualista de que a divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular, invertendo a ordem das coisas, na medida do que se pretende é justamente o fortalecimento das políticas públicas de saúde através de um sistema racional.

CONCLUSÃO

A disciplina do direito à saúde previsto na Constituição não está de acordo com o entendimento da jurisprudência de que existe uma solidariedade entre os entes federados, autorizando o particular a pedir qualquer prestação referente à saúde à União, Estado ou município. Na realidade, a Constituição dispõe diferente, uma vez que afirma que os princípios do Sistema Público de Saúde são baseados na igualdade e universalidade.

Fundado nestes princípios, não cabe ao Poder Judiciário, baseado num suposto pensamento de que “decido conforme minha consciência” fazer leituras da Constituição que são contrárias ao seu próprio texto. Agindo assim estará criando uma discriminação às avessas, na medida que através das decisões individuais exclui o direito do restante da população, inobstante o princípio da igualdade e universalidade do sistema.

Ao decidir com base do modelo “pediu-levou” o Poder Judiciário constrói um sistema de saúde que funciona paralelo ao da rede oficial, mas cujos custos ao final, serão suportados pelo sistema público. A incongruência é óbvia: as decisões do Poder Judiciário não são tomadas por quem tem a difícil responsabilidade política em gerir o sistema, é baseado em informações tendenciosas, não raro com interesses patrimonialistas, o que contraria os princípios da igualdade e universalidade do Sistema Único de Saúde.

Anote-se que não se trata da questão de se discutir se o cidadão brasileiro tem o direito à saúde, tampouco se ao Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas. Para estas duas questões é inegável que a Constituição determinou que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, que deve ser assegurado por políticas públicas estatais. Após quase 200 anos de luta pela inclusão de todos os cidadãos brasileiros ao sistema público de saúde seria um retrocesso cogitar-se o contrário.

Ocorre que as decisões do Poder Judiciário, sobretudo em medidas liminares, que não reconhecem a repartição administrativa das atribuições referente à organização do Sistema Único de Saúde acarretam custos além daqueles que os entes públicos estão capacitados e

programados para atender, criando um sistema baseado no individualismo, em detrimento daqueles que legalmente seriam beneficiados.

A conta é simples. Por exemplo, se o município é condenado a fornecer medicamentos de alto custo para um paciente oncológico mesmo sabendo-se que o tratamento deste tipo de enfermidade é atribuição dos CACONs – Centro de Alta Complexidade em Oncologia, acabará faltando dinheiro para a municipalidade adquirir os medicamentos da lista da relação de medicamentos essenciais à rede pública. A falta de medicamentos da rede municipal fará com que outras pessoas ingressem com ação na justiça e começará a faltar dinheiro também para as obrigações previstas na organização administrativa do Sistema Único de Saúde. Esta é a consequência perversa da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de forma indiscriminada, fundado no individualismo.

Portanto, para se levar o direito à saúde à sério é preciso antes de tudo levar o Sistema Único de Saúde a sério. Decisões peremptórias, injustificadas, ou com justificativas questionáveis, afirmando que “a divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular”, utilizando modelos pré-confeccionados no computador podem parecer cômodas para agilizar o número enorme de demandas desta natureza, mas contribuem para solapar a organização administrativa da saúde pública.

Por sua vez, no país onde as leis não “pegam”, cumpre lembrar que Poder Judiciário igualmente faz parte da organização do governo, assim como o Poder Executivo e Legislativo e está tão submetido às leis quanto os outros poderes. É o que consta na Constituição ao dispor da harmonia e independência dos poderes. Independência dos Poderes não significa uma autorização para decidir questões fora daquilo que faz parte do sistema jurídico-constitucional e sim uma garantia democrática de que o juiz não poderá sofrer sanções em razão do exercício legítimo do seu poder.

A peculiaridade da organização da nossa República que adotou um regime presidencialista, um Poder Judiciário independente, com uma Constituição analítica quanto a sua extensão sugere uma maior responsabilidade das decisões do Poder Judiciário, eis que termos como “dignidade humana” e “saúde” são conceitos jurídicos indeterminados, havendo diversas formas de se atendê-las, que nem sempre podem ser atendidas imediatamente por um decreto executivo ou uma sentença judicial na forma com que os particulares desejam.

Definitivamente, os modelos pré-confeccionados das decisões judiciais que remetem aos conceitos da pobreza/necessidade, “superdireito” à saúde e “princípio da dignidade da pessoa humana” nas ações da saúde retratam o que os advogados dizem aos seus clientes como “causa ganha”, embora isto seja parcial verdade, eis que neste modelo do “pediu-levou” nas

ações da saúde quem perde é o Sistema Único de Saúde se for levado em conta que se trata de uma estrutura baseada na racionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARON, H.; SCHWARTZ, W. **The painful prescription: rationing hospital care**. Washington, DC: The bookings institution, 1984.

AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAPTISTA, T. “História das políticas de saúde no Brasil”. In: MATTA, G; PONTES A. (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2007. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/index.php?Area=Material&MNU=&Tipo=8&Num=25>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BLIACHERIENE, A.; Santos, J. **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas. 2010.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, F. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANIELS, N. **Just health care**. New York: Cambridge University Press, 1995.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, J. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, J. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LOPES, J. R. **Direitos sociais**. Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006.

ROSSEAU, J. J. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUNSTEIN, C; HOLMES, S. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company. 2000.