XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS
SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara - ESDH

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

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais - Ministro José Barroso Filho - IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos - Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação - Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho; Saulo De Oliveira Pinto Coelho; Sérgio Henriques Zandona Freitas - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-451-8

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

- 1. Direito Estudo e ensino (Pós-graduação) Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3. Cotas.
- 4. Vulnerabilidade. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26.: 2017: Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado em Brasília – Distrito Federal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, a Universidade Católica de Brasília – UCB, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, no período de 19 a 21 de julho de 2017, sob a temática DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas.

O Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas III desenvolveu suas atividades na data de 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB), em Brasília-DF, e contou com a apresentação de vinte artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema de políticas públicas brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

- 1 O trabalho desenvolvido por Jordana Viana Payão, "Políticas Públicas em tempos de crise", aborda as questões relativas aos discursos jurídico e político relativo a políticas públicas frente ao atual cenário de crise econômica e política;
- 2 Marina Fagundes de Araújo e Fernando Rodrigues de Freitas buscam, em seu trabalho, responder se "é possível a judicialização de Políticas Públicas?", pelo que defendem que o uso excessivo do instrumento do controle judicial de políticas públicas possui efeitos "antidemocráticos", já que, segundo os resultados das análises dos autores, a judicialização estimula o abandono no debate, no plano político, sobre as políticas públicas e seus desenhos institucionais;
- 3 O trabalho de Ludmila Kolb de Vargas Cavalli e Rodrigo Garcia Schwarz investiga se a reserva do possível atende ao modelo constitucional brasileiro de Estado e se é compatível com o tratamento conferido aos direitos fundamentais sociais. Os autores concluem que a aplicação irrestrita da reserva do possível fere não apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mas também atenta contra o modelo eleito pela Constituição de 1988;

- 4 Carolina de Moraes Pontes e Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez tratam das limitações à iniciativa parlamentar para regulação de políticas públicas no modelo constitucional brasileiro. O trabalho argumenta que o sistema constitucional estabelecido limita a atuação parlamentar na definição e aprimoramento de políticas públicas de promoção de direitos fundamentais, já que o poder executivo assume um papel protagonista no modelo brasileiro;
- 5 O trabalho de Rafael Araújo de Sousa e Clara Cardoso Machado Jaborandy trata da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Aborda também as insuficiências na compreensão do conceito de serviços públicos e de direito subjetivo frente ao serviço público, na dogmática jurídica brasileira. O trabalho busca demonstrar o fracasso das tentativas de solução dos problemas das políticas públicas de saúde por meio da judicialização, bem como busca evidenciar o potencial dos meios dialogais de tratativa dos conflitos relativos a políticas públicas;
- 6 O trabalho apresentado por Guilherme Emmanuel Lanzillotti Alvarenga, discute a crise de efetividade constitucional nas políticas públicas, a partir da análise específica da crise de representatividade democrática no caso da política de serviço de saúde prevista na Lei 13.097 de 2015, que prevê a abertura ao capital estrangeiro no setor da prestação de serviço de saúde no Brasil;
- 7 O trabalho dos autores Romário Edson da Silva Rebelo e Raimundo Wilson Gama Raiol, aborda a tratativa acerca do contexto, do imaginário e do e das linguagens que estão na base das políticas públicas do SUS para os cuidados da pessoa com deficiência, buscando apresentar as implicações dessas formas de abordagem para a efetividade dessas políticas, com enfoque na realidade de Belém do Pará. O trabalho analisa também o estado da arte do subsistema de cuidados da pessoa com deficiência no sistema SUS, na busca por um diagnóstico das disparidades e insubrasileiras e esse respeito;
- 8 Na sequência, o trabalho de Ana Paula Oliveira Avila e Karen Cristina Correa De Melo analisa a introdução de novas drogas no sistema de saúde brasileiro, comparando as práticas nacionais, com o modelo propugnado pela Organização Mundial de Saúde. São enfocados dois problemas principais no contexto brasileiro: a intervenção do legislativo nas práticas estabelecidas pelo executivo e a intervenção do judiciário nessas mesmas práticas;
- 9 O trabalho de Andreza Casanova Vongrapp Santos e Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro apresenta uma análise do ciclo de formação de política pública na questão do fornecimento de medicamento de alto custo. Por meio de uma abordagem empírica, procura

demonstrar que o controle judicial dessa política opera com tomadas de decisão do judiciário sem uma consideração consistente sobre a questão enquanto políticas públicas na fundamentação das decisões. Em outras palavras, o trabalho defende que o Judiciário aborda essa temática de modo atomizado, sem uma consideração como política pública, linguagem quase ausente nos discursos de fundamentação judicial;

- 10 Para Michel Belmiro Ilibio e Reginaldo de Souza Vieira, o texto apresentado objetiva analisar, com base nos relatórios finais das Conferências Nacionais de Saúde, o tratamento dado à participação popular nas Conferências Pós Constituição 1988. Ressaltam que as Conferências remontam a década de 30, porém, foi somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 que assumiram o caráter de espaço público;
- 11 No trabalho de Claudio Antonio Marques da Silva e Jaime Meira do Nascimento Junior, as políticas públicas relativas à promoção do direito à moradia e à promoção da proteção à pessoa idosa são analisas tendo em vista a busca por verificar as questões-problema quanto ao acesso ao direito à moradia, pelo idoso, no Brasil;
- 12 No texto de Joao Ricardo Vicente e Paulo De Tarso Ferreira De Carvalho, demonstrada a importância da Educação e do Direito em prol do desenvolvimento e redução de desigualdades, com destaque para a educação ambiental, que leva ao exercício da cidadania;
- 13 Os autores Marisa Rossignoli e Pedro Antonio de Oliveira Machado abordam a expansão do Ensino Superior no Brasil e a meta no Plano Nacional de Educação- PNE 2014-2024, com o investimento de recursos públicos em política de acesso, principalmente através do FIES e PROUNI;
- 14 O trabalho de Abgail Denise Bisol Grijo e Maurinice Evaristo Wenceslau trata das políticas públicas para educação para a cidadania e os direitos humanos e sua relação com a efetividade de práticas de sustentabilidade socioambiental, por meio de uma pesquisa acerca da participação da sociedade brasileira em atividades de educação para a cidadania no âmbito da sustentabilidade e do meio ambiente;
- 15 Já o trabalho de Claudiane Silva Carvalho trata do tema da política pública de inserção social pelas ações afirmativas relativas às cotas de acesso ao ensino superior no Brasil. Nessa temática, aborda especificamente as potencialidades da aplicação do modelo de coalizões de advocacia (MCA) na questão da política de cotas, num horizonte de treze anos, a partir da

tratativa das atuações dos grupos e bancadas parlamentares, seus interesses e suas dinâmicas. Busca-se, como um dos resultados, apresentar a formação de duas principais coalizões sobre a questão, a "humanística" e a "meritocrática", assim identificadas no trabalho;

- 16 No texto de Roseana Ciliao Sacchelli as políticas públicas de educação tem papel relevante na redução da pobreza, no aumento das oportunidades de trabalho e na prosperidade econômica, com destaque para os avanços tecnológicos e o ensino à distância como mecanismo de inclusão da educação de qualidade para grande número de pessoas, que estão distantes de centros de formação;
- 17 Dalmo Vieira Pedrosa aborda, pela análise dos princípios constitucionais inerentes à solidariedade tributária, a obrigatoriedade do exercício da competência tributária para instituição do imposto sobre grandes fortunas, com destaque para a efetivação dos direitos sociais, ampliação do mínimo existencial e, responsabilidade do estado pela não implementação de políticas públicas;
- 18 No trabalho de Domingos do Nascimento Nonato e Maria das Graças Tapajós Mota destaque para o reconhecimento e promoção da diversidade etnicorracial brasileira na Lei 10.639/2003, com foco na efetiva contribuição da cultura africana e afro-brasileira para as formações histórico-cultural-social e na necessária garantia do direito fundamental à igualdade etnicorracial aos alunos negros no Brasil;
- 19 Para Andrea Silvana Fernandes de Oliveira e Soraya Braga de Sousa Dantas a pesquisa atingiu a possibilidade da responsabilidade civil do Estado por omissão, especificamente quando ocorre a falta de prestação do mínimo existencial e a pratica dos furtos famélicos para o indivíduo saciar suas necessidades básicas, como forma de reação do rompimento com as regras sociais;
- 20 Finalmente, o texto de Simone Oliveira Flores da Silva e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann analisa a natureza obrigacional do Estado em prestar assistência integral ao direito de gerar observado o planejamento familiar, na perspectiva da efetividade dos direitos reprodutivos, em especial às reproduções assistidas em cotejo ao direito à saúde na concepção do liberalismo político rawlsiano, para daí chegar na concepção humanística do estudo ligado às políticas públicas.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pósgraduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e

retrocessos das políticas públicas no Brasil e a necessidade de se evoluir na discussão sobre os Direitos Sociais no país.

Assim, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Direitos Sociais e Políticas Públicas III, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito brasileiro.

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho (USP)

http://lattes.cnpq.br/2965843631678123

cerezzo@usp.br

Prof. Dr. Saulo De Oliveira Pinto Coelho (UFG)

http://lattes.cnpq.br/6725961067847325

saulopintocoelho@yahoo.com.br

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

http://lattes.cnpq.br/2720114652322968

sergiohzf@fumec.br

POLÍTICAS PÚBLICAS, LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

PUBLIC POLICIES, ADMINISTRATIVE LIMITATIONS AND FUNDAMENTAL RIGHTS: BRIEF ANALYSIS OF THE JUDICIARY'S ACTION IN THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO PUBLIC HEALTH IN BRAZIL

Rafael Araújo de Sousa ¹ Clara Cardoso Machado Jaborandy ²

Resumo

O artigo propõe analisar a noção de serviço público no Brasil, o desenvolvimento paulatino do conceito de acordo com as transformações sociais e as novas exigências do mundo globalizado para o tratamento da matéria. Propõe a utilização da técnica de ponderação na tomada de decisões do Poder Executivo e, sobretudo, do Poder Judiciário, como forma de balizar a escassez de recursos com a necessária consecução das atividades prestacionais essenciais pela Administração Pública, buscando o equilíbrio. Por fim, se analisa de forma sucinta como a jurisprudência vem tratando a garantia de acesso às políticas de saúde no Brasil.

Palavras-chave: Serviço público, Direitos fundamentais, Crise econômica, Ponderação de valores

Abstract/Resumen/Résumé

The article proposes to analyze the concept of public service in Brazil, the gradual development of the concept according to social transformations and the new demands of the globalized world for the treatment of matter. It proposes the use of the weighting technique in decision-making by the Executive Branch and, above all, by the Judiciary, as a way of limiting the scarcity of resources with the necessary achievement of essential services activities by the Public Administration, seeking the balance. Finally, it is briefly analyzed how the jurisprudence has been treating the guarantee of access to health policies in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public service, Fundamental rights, Economic crisis, Weighting of values

¹ Mestrando em direitos humanos na UNIT. Especialista em Direito Processual Civil pela UFBA. Licenciado em História pela UFS. Professor da UNIT

² Doutora e Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Constitucional pela UNIDERP. Professora do Mestrado em Direitos humanos da UNIT.

1 INTRODUÇÃO

O artigo propõe analisar como foi gerada a noção de serviço público no Brasil, suas origens e desenvolvimento paulatino do conceito de acordo com as transformações sociais e as novas exigências do mundo globalizado e da escassez da capacidade do Estado de prestar direta ou indiretamente as atividades que a população demanda.

O estudo do tema se mostra relevante jurídica e socialmente diante do contexto de crise que o Brasil vivencia, no qual o Estado tem encontrado sérias dificuldades para atender os anseios sociais, sendo obrigado a fazer escolhas administrativas, diante da limitação de recursos, que têm implicações diretas nas vidas dos cidadãos brasileiros, podendo implicar na mitigação de seus direitos fundamentais.

Na elaboração do artigo foi utilizado o método lógico-dedutivo, partindo da análise contextualizada da noção geral de serviço público no Brasil até chegar à exegese da prática forense jurisprudencial no que concerne à garantia do direito de acesso aos serviços de saúde.

O artigo foi dividido em 03 (três) tópicos. No primeiro, analisamos a noção de serviço público no Brasil, sua crise conceitual e as novas propostas apresentadas na contemporaneidade.

No segundo, se discute como a evolução conceitual do serviço público pode auxiliar na garantia dos direitos fundamentais num contexto de escassez de recursos estatais, destacando o método de ponderação proposto por Robert Alexy como solução para o dilema do Estado contemporâneo, que deve atender aos anseios sociais sem descuidar das implicações que suas decisões possam acarretar na atividade econômica, concebida não como vilã no contexto de afirmação dos direitos constitucionais do particular, mas como mais um elemento complementar e essencial à sua consecução.

No terceiro e último capítulo, versamos sucintamente sobre atuação do Judiciário no sentido de garantir o direito fundamental à saúde no Brasil, com destaque para julgamentos de repercussão nacional, expondo, em palco de conclusão, as considerações finais.

2 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

O ser humano é essencialmente coletivo, necessita viver em sociedade para que possa atender às suas necessidades básicas e se proteger das intempéries naturais.

Contudo, como os recursos de uma sociedade são sempre escassos, foi preciso criar uma estrutura administrativa que pudesse tomar decisões difíceis, realizar escolhas de natureza política que definissem as ações prioritárias, que foram evoluindo ao longo do tempo até que chegássemos ao atual momento de desenvolvimento histórico, em que as Constituições, como a brasileira, são programáticas e preveem a implementação de dezenas de direitos fundamentais.

Ao longo do tempo se observou que as necessidades humanas, mesmo as mais básicas, são insuscetíveis de serem providas apenas individualmente, o que tornou necessária a criação de instrumentos coletivos para sua satisfação. Como salienta ARAGÃO (2008, p. 3), "a satisfação individual é essencial para a existência harmoniosa e sustentável do corpo social como um todo", mas o Estado, que tem recursos limitados, teve que buscar formas alternativas de prestação de serviços que pudessem atender à sua população, não necessariamente prestadas diretamente por seus agentes.

Sobre o tema, Amartya Sen (1999, p. 10) afirma que "a condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos. Existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais".

Tomando por base tais premissas, as atividades prestacionais prestadas pelo Estado ou regulamentadas por este, sempre foram objeto de grande discussão no âmbito das ciências sociais e jurídicas, sobretudo do Direito e da Economia, o que levou à ideia de se cunhar o conceito de "Direito Econômico", posteriormente nominado de "Direito Administrativo Econômico", a exemplo da obra de Marcos Juruena Villela Souto (2003), na qual se propõe o planejamento econômico das escolhas administrativas em consonância com os direitos fundamentais dos cidadãos.

Contudo, antes de adentrar especificamente na discussão destes pontos, é preciso que se contextualize a análise, para não cair nas armadilhas do anacronismo nem da utilização de parâmetros legais ou doutrinários estrangeiros para a realidade brasileira.

Alexandre Santos de Aragão expõe as particularidades do desenvolvimento histórico da noção de atividades prestacionais que visavam atender o interesse público nos países anglo-saxônicos e nos que se basearam na cultura francesa, particularmente os latinos, como o Brasil, ao dispor que:

(...) Nos Países anglo-saxônicos houve um natural reconhecimento da missão de interesse geral do setor privado, especialmente de algumas de suas atividades mais sensíveis para a sociedade (affected with a public interest), o que se deu pela adoção de um sofisticado regime jurídico (regulações

setoriais, legislação antitruste, defesa do consumidor) de direcionamento dessas atividades em benefício da coletividade (não do Estado).

Já nos países de matriz cultural e jurídica latina ou francesa, a ideia de que a maioria das atividades privadas esteja necessariamente a serviço do interesse geral em sentido amplo – sem o que a sua própria viabilidade estaria comprometida -, é profundamente estranha, o que leva à juridificação da solidariedade, como uma das principais formas de intervenção do Estado em espaços até então considerados exclusivamente privados, a exemplo da transformação da natalina em obrigação de pagar 13º salário. (ARAGÃO, 2008, p. 04-05)

Da leitura do excerto é difícil não traçar paralelos com a realidade de crise vivenciada, fruto em grande parte do esgotamento da capacidade do Estado de injetar recursos na economia e prestar direta ou indiretamente uma quantidade cada vez maior de atividades que lhe são atribuídas pela norma jurídica constitucional ou infraconstitucional, sem preocupação com sua viabilidade fática e econômica, isto é, sem planejamento lógico que torne possível a satisfação efetiva das regras.

A ampliação das funções do Estado no Brasil só pode ser compreendida se tomar por parâmetro as bases históricas que deram origem à tradição legislativa, que teve por expressão maior a Carta Magna, que, como será demonstrado, tentou conciliar a lógica prestacional estatal com ideias liberais como livre concorrência e proibição da intervenção do Estado na atividade econômica, com as ressalvas ali estatuídas (Art. 173 da CF).

O Serviço Público no Brasil expressa, em grande parte, a ideia francesa de serviço público, razão pela qual muitas discussões existentes reproduzem as que originariamente se deram (e se dão) na França e em outros países sob sua influência cultural.

Sobretudo nos últimos três mandatos presidenciais, foi difundida uma noção de serviço público que se aproximou da concepção da Escola do serviço (Escola de Bordeaux) de Leon Duguit – para a qual "a função social estava para os direitos subjetivos dos particulares como o serviço público estava para a soberania do Estado: era o seu fundamento e objetivo".

Ocorre que com a crise que vem assolando o país desde os idos de 2009 e que se intensificou abruptamente depois do dispêndio de grande volume de recursos públicos pelo Estado sem um planejamento e regulação racionais que pudesse garantir o equilíbrio e estabilidade do sistema, viabilizando uma prestação de serviços contínua dentro da capacidade de investimento da Administração brasileira, vivencia-se um rompimento de paradigma que tem colocado em lados opostos dois objetivos primordiais do setor público que dentro da noção francesa seriam antagônicos, que é a escolha das prioridades que devem ser

atendidas em razão da escassez de recursos e a garantia dos direitos fundamentais, que para Duguit só poderia ser obtida por meio da prestação de serviços públicos.

Diante do esgotamento das fontes estatais em virtude da concentração de atividades que deveriam ser prestadas exclusivamente pela Administração Pública centralizada e descentralizada, a moderna doutrina brasileira tem concluído que a noção de serviço público deve ser ampliada para além do Estado, concluindo, como asseverou Gilmar Ferreira Mendes, ao escrever a apresentação da obra de ARAGÃO (2008), que "não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos", da forma como ele foi concebido por décadas, como aquele que é exclusivamente realizado pela Administração Direta e Indireta, mas "sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de **alguns** direitos fundamentais", que devem ser cuidadosamente selecionados pelo gestor em virtude da escassez de receita, a fim de assegurar o seu fornecimento à população de forma adequada e eficiente, sem desperdícios, otimizando os gastos.

Desenvolve-se aos poucos, ainda que de forma incipiente em relação aos países de origem anglo-saxônica, a ideia de que a intervenção excessiva do Poder Público na esfera privada, ao invés de favorecer a garantia de direitos fundamentais, os limita, sobretudo as liberdades individuais, o direito de propriedade e a capacidade que cada cidadão deve ter assegurada de empreender e, com isso, gerar dividendos que possibilitem o funcionamento da própria Administração.

Entende-se de suma importância que se compreenda que deve ser abandonada a cultura de demonização da iniciativa privada e de concentração das atividades prestacionais exclusivamente na Administração Pública, que já se demonstrou (e não poderia ser diferente) incapaz de atender com qualidade e eficiência todas as demandas sociais, devendo se ater às principais necessidades da população, a exemplo da segurança pública, saúde e educação, para fornecer serviços que atendam aos anseios sociais e correspondam à elevada carga tributária brasileira, repassando a execução de outros menos essenciais, por meio das mais diversas estruturas jurídicas, às empresas que demonstrem a sua capacidade de investimento, sendo objeto então de rigorosa regulação estatal para que não se desviem da finalidade de interesse público.

Klaus Tipke leciona em sua obra "Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes" (2012, p. 23) que se deve observar uma "ética tributária pelos Poderes de Estado que observem princípios objetivamente justos e apliquem os escassos recursos nas finalidades prestacionais essenciais", sendo necessária a parceria com a iniciativa privada em

setores que o Estado comprovadamente não teria condições que atender satisfatoriamente a todos.

No Brasil, se observou tal procedimento quando do repasse da execução dos serviços de telefonia e energia elétrica às concessionárias e permissionárias, após reformas constitucionais implementadas.

Demonizadas por alguns, foram responsáveis por expandir enormemente o acesso aos serviços mencionados, que chegaram às camadas mais pobres da sociedade a custos mais baixos. Até o início da década de 90 do século XX ter uma linha de telefone fixa em sua residência era sinônimo de status social, em Sergipe as pessoas pegavam filas enormes para obtenção de um número de telefone fixo e muitas listavam em testamento os destinatários do patrimônio "valioso", ficando a população carente totalmente alijada.

Com as concessões os serviços atingiram as camadas mais pobres, que hoje têm acesso à telefonia móvel que só não é prestada com qualidade superior em virtude das falhas dos mecanismos de regulação concebidos quando da implementação do sistema, o que ocasiona a elevada judicialização dos conflitos de interesse entre cidadãos e operadoras, o que sequer era possível quando o acesso era restrito a poucos.

Alberto Asquini (1996, p. 112) afirma que a empresa "é um fenômeno poliédrico", devendo se abandonar a noção ideologizada de que ela só existe para gerar lucro ao seu proprietário e analisá-la sob perspectiva mais ampla, como instrumento capaz de gerar riqueza não só aos seus administradores, mas também aos seus empregados, aos que lhes prestam serviços indiretamente, pessoas físicas ou jurídicas e, em última instância, à Administração Pública, uma vez que recolhe tributos elevados a todas as instâncias de poder e ao remunerar seus funcionários permite a circulação da riqueza pela economia, sendo um dos elementos essenciais para que se possa manter a estrutura do Poder Público, a fim de que esta possa atender às demandas sociais básicas da população.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 teve papel fundamental na tentativa de mitigar a ojeriza à iniciativa privada

No Brasil e no mundo tem-se constatado que é impossível se pensar em implementação de políticas públicas, pelo Estado ou através de concessões, permissões e outros institutos legais, sem valorizar o elemento econômico, sem o planejamento de impacto financeiro e de sustentabilidade, como defende Marcos Juruena Villela Souto ao longo de sua obra Direito Administrativo da Economia (2012).

Não se quer com isso defender que o Direito seja um elemento acessório, subordinado à economia, que ditaria os limites de qualquer prestação de serviços públicos de forma irrazoada, mas que se tenha em mente que é indispensável que se leve em consideração o critério econômico nas escolhas jurídicas e prioridades da administração, que devem ser definidas com base nos parâmetros de razoabilidade, ponderação e proporcionalidade, a fim de atender aos anseios sociais básicos.

O que se busca ao estabelecer aqui uma noção de serviço público realista e factível é o equilíbrio na interpretação e definição de prioridades, da esfera de execução exclusiva do Poder Público e daquela que pode e deve ser realizada por outros agentes, sob a supervisão e regulação daquele.

Odete Medauar (2003, p. 115) afirma que "após os movimentos de publicização do privado (intervenção do Estado em atividades privadas) e de privatização do público (participação de privados na definição e gestão da coisa pública), a distinção entre a esfera pública e privada perde sensivelmente em nitidez".

Hoje o intérprete e o Judiciário, com a influência da economia, têm trabalhado com a ideia de impacto das decisões na economia e vários são os intérpretes que chamam atenção para a necessidade de equilíbrio entre esses postulados, para que não se prejudique a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse contexto de relativização entre os espaços público e privado, o Brasil uma crise conceitual de serviço público, pois a ideia básica difundida por anos como sendo aquele prestado diretamente ou indiretamente pelo Estado tem dado espaço a formas diversas múltiplas que expandem a sua conceituação.

Dessa forma, observamos que estamos a caminhar por caminhos tortuosos e que a concepção de serviço público tem sido objeto de profundas e contínuas transformações no Brasil.

Tem se buscado abandonar a ideia de que atividades não titularizadas pelo Estado estejam relegadas ao bel critério de execução do setor privado, sem qualquer ingerência de órgãos de controle.

O que se observa das experiências globais e que se tenta implementar no país é que atividades prestadas diretamente pelo Poder Público, outorgadas para entidades da Administração Indireta como Autarquias e Fundações Públicas de Direito Público ou delegadas mediante concessão por vezes estão menos sujeitas a ingerências estatais do que atividades privadas sujeitas a uma forte regulação.

É importante que se afaste a ideia de que o serviço público só deve ser concebido como aquele prestado pela Administração Direta ou Indireta porque o setor privado está sujeito a menos ingerências e fiscalização do Estado, o que macularia a ideia de interesse público que a prestação deve abarcar.

É possível expandir a noção de serviço público para aqueles também prestados pela iniciativa privada, sendo refratário à noção de que esta não poderia ter sua atuação regulamentada e fiscalizada, pois já se demonstrou ao longo do tempo que o próprio capital multinacional, à revelia dos que classicamente defendem o oposto, ao invés de defender um Estado mínimo e inerte, precisa da atuação deste para garantir a implementação dos elementos básicos que o façam se expandir.

A expansão mundial dos grandes grupos econômicos, que diante da globalização atingem todas as nações ao contrário de exigir ausência do Estado, exige a presença deste no sentido de impor padrões de regulação ou regulamentação que tornem viáveis o seu desenvolvimento, que também contribui para gerar empregos, renda e receita para a Administração Pública, por meio do pagamento de tributos e por viabilizar que os seus empregados disponham de meios (remuneração paga mensalmente) para também contribuir para o Estado, permitindo que este preste os serviços públicos considerados essenciais à população carente.

O nominado Capitalismo Humanista, que dá nome à obra de Wagner Balera e Ricardo Sayeg (2011), é aquele que busca o equilíbrio entre as demandas sociais e as exigências do capital privado, concebendo que ao invés de incompatíveis, podem se complementar, no esteio das ideias que elencamos acima.

É mister, portanto, buscar equilibrar as relações jurídicas existentes entre os particulares, cidadãos de nosso país, e as empresas que inevitavelmente vêm agora prestando serviços que são considerados públicos diante da extensão do conceito, a fim de que gerar os dividendos que a atividade privada exige e que contribuem não só para os lucros de seus proprietários, mas também para a manutenção dos empregos e geração de riqueza para o Estado, sem perder de vista as exigências do interesse público, principalmente da população mais carente, que exige modicidade em seus custos.

3. A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, LIMITAÇÃO DE RECURSOS E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como dito acima, deve-se analisar o serviço público de forma que se extraia ao máximo as ideias pré-concebidas que a ideologização do estudo acarreta.

Por certo, é árdua a tarefa de desatar as amarras da ideologização pura e simples que envolve a compreensão do serviço público, visto que elas se propagam por todos os setores da Administração e inclusive no Judiciário, responsável pela aplicação das normas constitucionais, bem como por assegurar a segurança jurídica que a iniciativa privada precisa para funcionar, com o respeito aos contratos firmados entre as partes na prestação de serviços públicos.

Outro ponto importante que deve ser ressaltado é o fato de que há dois enfoques do serviço público que dividem, via de regra, a análise do Poder Judiciário. O que prioriza a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais sem se ater às repercussões econômicas da implementação pelo Estado de determinadas políticas públicas e decisões judiciais que atinjam fortemente o mercado, e o que advoga a primazia da liberdade e da iniciativa privada sem se importar com a possibilidade da prática de atos que possam prejudicar a população em geral, em especial a mais carente. Inelutavelmente, a fim de atender os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Decerto, o legislador constituinte de 1988 quis assegurar direitos fundamentais ao cidadão de uma forma sem precedentes na história brasileira, mas sem descuidar da limitação da ingerência do Poder Público na atividade econômica e na iniciativa privada, como forma de assegurar outros direitos igualmente fundamentais, como a liberdade, o empreendedorismo e a propriedade. Isso pode ser visualizado nos artigos 1º e 170 da Constituição Federal, razão pela qual é mister a concordância prática dos princípios colidentes.

É importante que se destaque que uma análise fria das disposições legais sobre qualquer matéria, incluindo o serviço público, dissociada de qualquer elemento moral, de justiça e de observância da dignidade da pessoa humana, bem como de outros direitos fundamentais, pode levar à situação descrita por ALEXY (2004, p. 15-16) como "Injustiça Legal".

Para chegar a tal conclusão, o alemão se ateve à análise da validade da Lei da Cidadania do Reich de 25 de novembro de 1941, que privou da cidadania alemã os imigrantes judeus por questões raciais. O Tribunal Constitucional Federal em 1968 entendeu que a disposição legal era nula desde sua edição (ALEXY, 2004).

ALEXY (2004, p. 154-155) conclui que nem toda lei, norma positiva, ainda que elaborada de acordo com os padrões formais do país, é justa, obedece à moral e aos princípios

básicos dos direitos humanos, motivo pelo qual se deve negar validade a esta norma, ao analisá-la à luz da teoria ético-discursiva (variação da teoria da argumentação que tornaria aplicável a teoria da racionalidade prática de Kant) que compreenda que "determinados direitos humanos podem resultar discursivamente necessários e sua negação discursivamente impossível, a exemplo do direito à vida, direito à integridade física, liberdade de ação, religião, opinião, reunião, exercício de uma profissão".

Com base na ideia de que não se pode dissociar direito e moral, o direito e a justiça, devendo-se negar validade ao direito positivo injusto que viole princípios fundamentais idealizados pelo discurso ético, ALEXY (2004, p. 17) conclui pela "permissibilidad de la creación judicial del derecho em contra del texto de uma ley, es decir, la permissibilidad de uma decisión contra legem", citando como exemplo julgamento da Corte Federal de Justiça da Alemanha em 1958, em caso que envolveu indenização por danos morais (imateriais) para a Princesa Soraya em hipótese não estabelecida em lei, o que era textualmente proibido pelo Código Civil alemão. Assim, o magistrado, frente às disposições consignadas no direito positivo emanado do poder estatal, pode circunstancialmente utilizar como fundamento garantias fundamentais previstas na ordem constitucional, bem como as ideias de justiça, ética e moral em seu discurso argumentativo para corrigir distorções da lei escrita, gerando equidade à população.

Contudo, o que se pretende ao fazer essas considerações é chamar atenção para o fato de que ao adotar tal postura o magistrado deve ser razoável, a fim de não comprometer toda estrutura do sistema de prestação de serviços públicos para atender ao interesse de determinados particulares.

Como atender a tais objetivos? Tem-se como possibilidade a adoção da técnica de ponderação de valores proposta por Alexy, que não descuida dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade na tomada de decisões.

Para corrigir as distorções existentes entre determinadas regras legais e atos do Poder Público ou iniciativa privada que presta serviços públicos, o magistrado deve se valer desses postulados em sua argumentação teórica.

Os direitos fundamentais devem ser interpretados à luz de uma racionalidade (razão) prática kantiana em sua variante ético-discursiva oriunda da democracia, do embate de ideias, de respeito às diferentes formas de vida e concepções ideológicas.

ALEXY (2004, p. 175-176) propõe que se busque uma "fundamentação racionalprática aos juízos de valor" emitidos pelo Judiciário, que só poderia ser obtida se utilizado "o núcleo da teoria do discurso, que é um sistema de regras e princípios do discurso cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e seus resultados".

A aplicação racional da lei, pautada nos ideais de justiça e de não dissociação da moral do direito, necessitaria da realização contínua de um juízo de ponderação dos postulados fundamentais dos direitos humanos pautado na proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que continuamente teremos colisões entre essas garantias.

Pautados em tais premissas interpretativas e lógicas, adentra-se mais uma vez na questão dos serviços públicos para ressaltar o grande desafio do Estado contemporâneo, que é, na percepção de ARAGÃO (2008, p. 53) "ter que atender às exigências de mercado mundializado e, ao mesmo tempo, gerar benefícios à população nacional, sob pena de perder a legitimidade de sua ação".

Importante, todavia, que se atente para as peculiaridades da realidade brasileira como defendeu Marcos Juruena Villalva (2003, p. 68) ao asseverar que "a aproximação entre as desestatizações européias e as latino-americanas deve ser feita com cautela, porque entre nós o processo de reforma do Estado foi muito pouco pensado e debatido, em função das próprias carências do Estado".

Hoje, ao se falar da prestação de serviços públicos pelo Estado brasileiro, tem-se o desafio da ponderação entre o direito ao "Mínimo existencial" e a "Reserva do possível", da proibição do excesso de intervenção estatal com a vedação da proteção insuficiente.

Cunhou-se, diante da escassez de recursos públicos e do esgotamento da capacidade estatal narrada ao longo do trabalho, a ideia de reserva do possível, que deve sofrer ponderações pelo Estado-Juiz diante das circunstâncias do caso concreto, para que não se vilipendiem os direitos humanos discursivamente necessários a que se refere Alexy, mas, ao mesmo tempo, que não se esqueça do impacto econômico de suas decisões, que podem comprometer a sustentabilidade e equilíbrio de todo o sistema prestacional, deixando a coletividade desprovida de serviços essenciais em virtude do atendimento indiscriminado de interesses particulares.

O grande desafio do equilíbrio na tomada de decisões pelo Poder Executivo e, em especial, pelo Judiciário, pode ser obtido pela técnica de ponderação racional proposta por Alexy, que estipula planos para esse procedimento, dispondo:

(...) Os planos do processo racional de ponderação envolvem: 1º Definir a intensidade da intervenção nos direitos do cidadão, não só individualmente, mas também coletivamente; 2º Definir a importância dos fundamentos que justificaram a intervenção no direito individual; 3º Ponderação no sentido específico ou estrito – é proporcional, razoável e necessária a intervenção? Não sendo, a regulação é inconstitucional (1998, p. 16).

Em obra dedicada ao estudo do tema em comento, nominada "Reserva do Possível e a Força Dirigente dos Direitos Fundamentais Sociais" (Curitiba: Juruá, 2016, p. 248), José Marcelo Barreto Pimenta traz a possibilidade de utilização da reserva do possível como restrição a direitos sociais, mas destaca a necessidade de se analisar cada caso concreto, admitindo-se também sua superação.

Para dar dimensão prática ao presente artigo, analisar-se-á, ainda que de forma sucinta diante da extensão do estudo, a utilização que vem sendo dada às técnicas de ponderação pelo Poder Judiciário nas hipóteses específicas que envolvem o direito à saúde.

4. BREVE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A Constituição Federal prevê em seu art. 6° a garantia de acesso à saúde como direito social fundamental, estabelecendo no art. 196 que se trata de um direito "de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O Art. 2º da Lei 8.080/1990, conceitua a saúde como "direito fundamental do ser humano, sendo do Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício".

Da simples leitura dos postulados acima se observa que o legislador constituinte optou pela noção clássica de serviço público de saúde como aquele que deve ser prestado diretamente pelo Estado e de forma universal, o que com o advento do constitucionalismo contemporâneo ou ainda do que se convencionou chamar de densificação da jurisdição constitucional (OLIVEIRA, 2007), tem levado a um aumento progressivo na judicialização de demandas que visam a prestação dos mais diversos serviços relacionados à saúde, como fornecimento de medicamentos, aparelhos necessários para tratamento, próteses, realização de procedimentos cirúrgicos, dentre outros.

Os Tribunais Superiores, nesse contexto, têm, via de regra, ao longo dos últimos anos, estados propensos ao acolhimento das pretensões dos cidadãos sem, com a devida vênia para os que discordam, se ater ao impacto que suas decisões têm acarretado no funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) como um todo, comprometendo uma estrutura já combalida, sobretudo, como cediço na realidade brasileira, pela prática de fraudes dos mesmos diversos gêneros, que levaram ao enriquecimento ilícito de muitos agentes públicos.

Como não é o objetivo do estudo a análise da prática de tais ilícitos administrativos e criminais, deixa-se de lado tal questão. Para não incorrer em digressão desnecessária, analisar-se-ão as decisões dos Tribunais Superiores, tomando por parâmetro ementa da lavra do Ministro Herman Benjamin no julgamento do REsp 1068731/RS bem como no ARE: 738729 RS, que teve como relatora a Min. ROSA WEBER.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça considerou que o direito à saúde é garantia subjetiva do cidadão que deve ser exigível de imediato em oposição às omissões estatais. Na decisão, o Superior Tribunal de Justiça destacou que a alegação da reserva do possível deve ser afastada em face do mínimo existencial. Veja-se

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

 (\ldots)

- 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.
- 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.

Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial provido. (REsp. 1068731/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012)

Por sua vez, a decisão do Supremo Tribunal Federal ratifica a solidariedade entre os entes federativos, sem adentrar nas especificidades do Município ou do Estado.

DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 13.8.2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF. ARE: 738729 RS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)

A leitura das ementas permite observar que os Tribunais Superiores não só concediam praticamente todas as pretensões relacionadas à saúde ventiladas no Judiciário, como também interpretavam de forma literal a solidariedade passiva existente entre os entes públicos, por vezes condenando municípios que sobreviviam quase que unicamente de repasses dos outros entes (Fundo de Participação dos Municípios – FPM) ao custeio de procedimentos cirúrgicos de alto custo, a revelia do que dispõem as normas administrativas que regulamentam a prestação de serviços pelo SUS.

Tais decisões, que muitas vezes não se atêm à análise de impacto financeiro e à possibilidade de comprometimento do sistema de saúde municipal, estadual e federal, consumiram, de acordo com dados oficiais da União, de 2010 a 2014, do orçamento federal, mais de 2,1 bilhões de reais que não estavam orçados.

Num contexto de crise como o que se vivencia, tal prática se revela nociva à própria satisfação do direito fundamental à saúde da população, uma vez que se "burla" a fila estipulada para atendimento por meio do Judiciário ao se obter tutelas provisórias ou definitivas que obrigam o Executivo à prestação de serviços não planejados e, como o recurso total já foi definido na lei orçamentária, acabamos por açodar as ações previstas para todo o período anual num limite temporal menor, gerando déficits no Sistema e incapacidade do Poder Público, principalmente o municipal e Estadual, que dispõem de fatias menores da tributação, de quitar até mesmo os salários dos profissionais da saúde.

Atento a tais particularidades, tem-se observado que apesar do reconhecimento constitucional da solidariedade passiva entre os entes públicos, o Judiciário tem paulatinamente buscado respeitar o âmbito de competências definido pela Administração Pública para custeio de procedimentos médicos, cirurgias e fornecimento de medicamentos, com base em dois Atos Administrativos essenciais: Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde e Portaria do Ministério da Saúde nº 2.982/GM, de 26 de novembro de 2009.

Referidos atos administrativos estabelecem a competência dos Estados para a oferta de medicamentos excepcionais, destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pessoas e têm alto custo de aquisição, assim como de cirurgias de média complexidade cujo valor elevado não possa ser custeado pelo Município sem grave impacto orçamentário. De igual forma, estabelecem a competência dos Municípios para custeio de procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos básicos, de baixo custo de aquisição e necessários ao tratamento das moléstias usuais que acometem a população, ficando a cargo da União a obrigação de arcar com os procedimentos cirúrgicos de alto custo

e complexidade, bem como de custear exames e demais procedimentos médicos raros e de grande dispêndio, além da aquisição de medicamentos de alto valor.

A adoção da nova lógica coincide com a necessidade de ponderação, isto é, da aplicação proporcional e razoável das garantias fundamentais a que alude Alexy, de modo a conferir validade jurídica à argumentação do magistrado que não acarretem prejuízos a todo o sistema que possam no médio prazo atingir os direitos de toda a coletividade e do próprio jurisdicionado, inserido nesse contexto maior.

Nesse sentido, chama-se atenção para trecho de sentença prolatada no âmbito do processo 201211800983, que tramitou na 18ª Vara da Fazenda Pública de Aracaju/SE, *verbis*:

(...) Em que pese o autor tenha o direito de receber a medicação, se conclui da análise dos autos que deve ser de responsabilidade do Município de Aracaju o fornecimento do fármaco, uma vez que se trata de medicamento de baixo custo de aquisição e que, portanto, deve ser ofertado pelos entes municipais, nos termos da Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde.

Note-se que a repartição de competências quanto ao fornecimento de medicamentos pelos entes públicos tem sua disciplina regulamentada pelo ato administrativo supramencionado e também pela Portaria do Ministério da Saúde nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006 (com redação atualizada pela Portaria MS nº 1.869/2008), que estabelecem a competência dos Estados para a oferta de medicamentos excepcionais, destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pessoas e têm alto custo de aquisição, assim como de cirurgias de média complexidade cujo valor elevado não possa ser custeado pelo Município sem grave impacto orcamentário.

Nesse esteio, por se tratar o fármaco requerido de medicamento de baixa complexidade e custos, compete ao Município de Aracaju o seu fornecimento ao paciente hipossuficiente, pois em que pese o caráter solidário do custeio da saúde pública, a disciplina administrativa exige a especialização e distinção de competências de acordo com a complexidade do procedimento ou medicamento, assim como de seus custos, competindo o acionamento do Estado e da própria União nas hipóteses em que se mostre inviável o custeio isolado pelo ente municipal do remédio que se requer, o que não se afigura na hipótese. (...)

Por todo o exposto, entendo que o Estado já cumpriu a sua missão constitucional ao fornecer, até a presente data, por força do comando emanado da liminar deferida às fls. 36/38, a medicação necessária ao demandante, cumprindo a partir de então ao Município de Aracaju, nos termos da repartição de atribuições administrativas em consonância com a capacidade financeira dos entes públicos (...).

Mostra-se, por derradeiro, de bom alvitre que se defira o pleito subsidiário do Município de Aracaju, no sentido de compelir o autor a demonstrar periodicamente, através de relatórios médicos e prescrições pertinentes, a contínua necessidade do uso do medicamento, sob pena de suspensão do fornecimento, uma vez que a Administração não pode fazer uso indiscriminado e por tempo indeterminado dos recursos públicos sem comprovação de que a necessidade imperiosa à saúde do cidadão permanece inalterada. Diante disso, é razoável que o autor apresente à Secretaria de Saúde do Município, através do NUCAAR, a cada 03 meses, novo

relatório da situação clínica do paciente, para fins de análise e, eventualmente, manutenção ou suspensão da entrega do medicamento, uma vez que a prescrição médica constante do relatório fala em utilização contínua e não perpétua do fármaco, o que nos leva a concluir que o uso do Elidel será necessário somente até o restabelecimento da saúde de (...), suscetível de ocorrer em curto espaço de tempo por se tratar de criança com 10 anos de idade (nascida em 2005), época da vida em que o organismo se recompõe mais rapidamente das enfermidades.

Note-se da exegese do julgado que não só o Judiciário está começando a respeitar as competências definidas em lei para o atendimento das demandas relacionadas à saúde, como também a se preocupar com a fiscalização do fornecimento de produtos médicos e fármacos ao cidadão, que em muitos casos recebia um medicamento por período muito superior ao prescrito pelo profissional médico, em evidente prejuízo ao erário e à coletividade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal¹ há discussões aludidas ao longo do trabalho no julgamento que vem ocorrendo a respeito da obrigatoriedade do custeio, pelo Poder Público, dos medicamentos de alto custo e complexidade, no âmbito dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, suspensos em 28 de setembro de 2016 por pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

Em síntese elaborada pela assessoria de comunicação do próprio STF, os Ministros que já se posicionaram fizeram as seguintes considerações:

O ministro Luís Roberto Barroso apresentou o voto-vista na tarde de hoje. Segundo ele, a questão central de seu voto está relacionada à judicialização da matéria e avaliou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil. Para o ministro, "o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde", avaliou, ao entender que a justiça só deve interferir em situações extremas.

Para Barroso, no caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS não há dúvida quanto à obrigação de o Estado fornecê-lo ao requerente. "Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS", disse o ministro, ao ressaltar que, nessa hipótese, deve-se exigir apenas a necessidade do remédio e a prévia tentativa da sua obtenção na via administrativa.

Quanto à hipótese de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive aqueles que forem de alto custo, o ministro entende que o Estado não pode ser obrigado a fornecê-lo, como regra geral. "Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas", avaliou.

Desse modo, Barroso propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde:

- 1°) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
- 2°) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;

-

¹ http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275. Acesso em 20 out 2016.

- 3°) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- 4°) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências;
- 5°) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

O Ministro destacou ainda:

A necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo, conforme o ministro, deverá ser exigido em um primeiro momento para verificar a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes — Conitec e o Ministério da Saúde — avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada.

Dessa forma, o ministro Luís Roberto Barroso desproveu o RE 566471 – sobre fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) – e formulou a seguinte tese de repercussão geral: "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".

Já em relação ao RE 657718 – fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), foi proposta a seguinte tese de repercussão geral:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

No mesmo julgamento, o Ministro Fachin considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação. Para o julgador, "as tutelas de implementação (condenatórias) de dispensa de medicamento ou tratamento ainda não incorporado à rede pública devem ser – preferencialmente – pleiteadas em ações coletivas ou coletivizáveis, de forma a se conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde". Nesse diapasão, propôs:

[...] cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde. São eles: 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

De modo geral, o ministro considerou que para que a garantia do direito à saúde seja materializada pelo Poder Judiciário devem ser observadas, de modo não cumulativo, algumas premissas: 1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível).

O ministro propôs a seguinte tese: "No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa".

É essencial que se aguarde o desfecho do julgamento aludido para que se conclua se haverá mudança significativa no posicionamento do Judiciário brasileiro no que atine à prestação dos serviços de saúde à população, observando se será adotado o critério de ponderação, defendido nesse artigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi exposto neste artigo é possível concluir que houve e ainda há uma significativa mutação no conceito de serviço público em nosso país e no mundo, que tem evoluído para a ideia de que outros agentes possam prestá-lo sem que se desvirtue a sua noção básica de atendimento ao interesse da coletividade.

Demonstrou-se que há sérios desafios apresentados ao Estado contemporâneo, que "tem que atender às exigências de mercado mundializado e, ao mesmo tempo, gerar benefícios à população nacional, sob pena de perder a legitimidade de sua ação" (ARAGÃO, 2008, p. 53).

Na conjuntura atual, o Estado ainda mantem funções de ordem econômica, inclusive em relação aos serviços públicos, uma vez que deve buscar o bem-estar coletivo que deve ser assegurado num Estado Democrático de Direito.

Contudo, a realização deste desiderato só tem se mostrado possível mediante o abandono dos instrumentos clássicos de execução direta ou indireta dos serviços, que pressupõe a noção de verticalidade e hierarquia, para o uso de novos instrumentos, mais fluidos, flexíveis e consentâneos com a lógica econômica privada, atuando o Estado de forma piramidal, em redes.

Diante da escassez de recursos públicos e do esgotamento da capacidade estatal narrada ao longo do trabalho, além do estreitamento da esfera privada e pública de atuação, da evolução conceitual do serviço público, foi elaborada a noção de reserva do possível, que deve sofrer ponderações pelo Estado-Juiz diante das circunstâncias do caso concreto, para que não se vilipendiem os direitos humanos discursivamente necessários a que se refere Alexy, mas ao mesmo tempo que não se esqueça do impacto econômico de suas decisões, que podem comprometer a sustentabilidade e equilíbrio de todo o sistema prestacional, deixando a coletividade desprovida de serviços essenciais em virtude do atendimento indiscriminado de interesses particulares.

Defende-se que o grande desafio do equilíbrio na tomada de decisões pelo Poder Executivo e, em especial, pelo Judiciário, pode ser obtido pela técnica de ponderação racional proposta por Alexy, ético-discursiva que leve em consideração as circunstâncias de cada caso concreto.

Por fim, analisou-se brevemente a utilização das técnicas hermenêuticas e os fundamentos das decisões judiciais que vêm sendo tomadas no âmbito das discussões sobre o direito à saúde, para chegar à conclusão da necessidade de se analisar a questão de modo racional, equilibrado, de forma a considerar o impacto econômico dos provimentos jurisdicionais, que podem comprometer a viabilidade do sistema de saúde prestado a toda a população brasileira, sem descuidar do atendimento e garantia de acesso ao tratamento necessário à melhoria de enfermidades dos particulares.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Trad. Fabio Konder Comparato *in* **Revista de Direito Mercantil**, n. 104, 1996.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2 ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

______. Epílogo a La Teoria de Los Derechos Fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: J. San José, 2004.

______. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao---alexy/1/t. Acesso em 07 dez. 2016.

BALERA, Wagner. SAYEG, Ricardo. **O Capitalismo Humanista:** Filosofia Humanista do Direito Econômico. 1 ed. Petrópolis: Editora KBR, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 20 de outubro de 2016.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, José Anselmo de (org.). **Densificação da Jurisdição Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do Possível e a Força Dirigente dos Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista**. Petrópolis: Editora KBR, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.