

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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 Napolini 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

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, José Ricardo Caetano Costa, Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-186-9

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência Social. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, foram apresentados 24 trabalhos que refletiram nas questões relacionadas majoritariamente aos direitos previdenciários, da saúde, da assistência e alguns outros direitos fundamentais sociais previstos no artigo 7º da CF/88. As apresentações e os debates demonstraram a maturidade e pertinência dos resultados das pesquisas apresentadas, na sequência da primeira experiência deste GT, que estreou no Conpedi de Belo Horizonte. As temáticas abordadas, aliado ao contexto de reformas na seguridade social (especialmente na Previdência Social), que o País novamente enfrenta, justificam este GT como um locus privilegiado de pesquisa, debate e contribuição da academia na formulação e reformulação de políticas públicas neste campo. Os Coordenadores do GT agradecem a todos os que dele participaram, na certeza de que o sucesso e consolidação do GT depende justamente dos pesquisadores que se dedicam a esta seara. Eis uma síntese dos trabalhos apresentados.

01 - No artigo A CARACTERIZAÇÃO DE AUXÍLIOS-DOENÇA ACIDENTÁRIOS POR TRANSTORNOS MENTAIS APÓS A CRIAÇÃO DO NTEP, de Camila Marques Gilberto e Lilian Muniz Bakhos, as autoras apresentam um estudo sobre a depressão no trabalho, trazendo dados internacionais. O artigo une o direito previdenciário ao trabalhista, analisando os impactos dos transtornos psíquicos no mundo do trabalho. A depressão, através dos dados colhidos, passou a ser um dos principais motivos para afastamento do trabalho. Anasilaram o custo social da depressão. Verificaram os efeitos da Lei n. 9032/95 e suas implicações no direito do trabalho e no direito previdenciário.

02 – No artigo A FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CRITÉRIO DA NECESSIDADE NA ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA, de Pâmela Cristine Bolson e Juliana Toralles dos Santos Braga, as autoras analisam o critério de necessidade instituído pela Constituição Federal de 1988, demonstrando que esse critério não foi instituído, seja na seara administrativa, no âmbito do INSS, seja na construção jurisprudencial. As autores analisam os julgados do TRF4.

03 – No artigo A PREVIDÊNCIA SOCIAL FUNDAMENTAL COMO (NOVO) CONTEÚDO MÍNIMO DA CIDADANIA SOCIAL, de Fernando Amaral, o autor busca demonstrar a evolução geracional dos direitos do homem, analisando a cidadania civil e a social. Busca demonstrar que existe dentro da cidadania social um conteúdo mínimo de

dignidade que deve ser aplicado, buscando construir uma determinada cidadania social existencial a partir destes elementos.

04 – No artigo A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PERDA DE UMA CHANCE NA APOSENTADORIA ESPECIAL, de autoria de Eric Vinicius Galhardo Lopes, o autor constatou que grande parte dos segurados tiveram seus pedidos indeferidos porque não detêm o PPP. As empresas não fornecem os mesmos, não possuem os PPPs ou até mesmo não existem mais. O empregado não concorreu com qualquer culpa nestes casos. Conclui que o INSS deve ser responsabilizado pela perda de uma chance nestes casos. Isso porque a responsabilidade do Ente Público sempre é objetivo.

05 – No artigo ANÁLISE DA CONDIÇÃO DO CHEFE OU ARRIMO DE FAMÍLIA EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, de autoria de Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto, o autor apresenta uma análise dos tratados e convenções internacionais, propondo que o Judiciário deverá utilizar os Tratados aos quais o Brasil é signatário quando da decisão das questões envolvendo os direitos previdenciários. Entende que o Poder Judiciário deverá aplicar o Controle de Convencionalidade de ofício. Segundo este entendimento, no caso da aposentadoria por idade às trabalhadoras rurais, o autor entende que deva ser utilizada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, buscando retroceder os efeitos desta Convenção para o dia 21/03/84.

06 – No artigo AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIÇA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA DIVERGÊNCIA ENTRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O EMPREGADOR QUANTO À CAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR EMPREGADO, de autoria de Rose Maria dos Passos e Rodrigo Garcia Schwarz, os autores analisam a convergência do Direito do Trabalho e a Previdência Social. Analisam a questão da incapacidade laboral não constatada na perícia médica previdenciária, em virtude de a empresa não aceitar o trabalhador por entender que ele está ainda incapacitado. Verificam, na pesquisa, as implicações desta situação em que os autores denominaram de “limbo previdenciário.”

07 – No artigo CONSTRUÇÃO DE GÊNERO: DIREITO, CORPO E VIOLÊNCIA, dos autores Júlia Francieli Neves de Oliveira e Leonel Severo Rocha, os autores analisam historicamente a questão do gênero, apontando os cerceamentos que as mulheres passaram historicamente. inicialmente, investigam a castração feminina. Verificam a nova divisão do trabalho no capitalismo, estudando o discurso religioso e a sexualidade negada, para, ao final, realizarem uma abordagem psicanalítica da construção da sexualidade e identidade feminina.

08 – No artigo DESAPOSENTAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, o autor Luiz Carlos Mucci Júnior analisa a desaposentação à luz dos direitos da personalidade, analisando as encíclicas papais e os tratados internacionais. Analisa o nascimento dos direitos da personalidade e as contradições que esta concepção apresenta. Investiga o instituto da desaposentação e seu trâmite no STF.

09 – No artigo DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS: DETERMINANTES E CONSEQUÊNCIAS, o autor Eliseu Sampaio Nogueira analisa os impactos da desoneração da folha de pagamento, investigando o sistema de seguridade e os impactos destas desonerações na economia. O impacto é de até 44 bilhões de reais. Entende que as desonerações não foram feitas de forma adequada, pois não foram realizados estudos sobre as atividades e setores que foram beneficiados. Conclui que a União não repôs o que retirou da Seguridade Social. Entende que a unificação das receitas (fiscais e previdenciárias) foram feita de forma inconstitucional.

10 – No artigo DIREITO À SAÚDE: A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE À LUZ DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH, dos autores Paulo Cerqueira de Aguiar Soares e In amaria Mello Soares, os autores analisam a relação médico com o paciente, utilizando a teoria de Axel Honneth, aplicando as categorias que este autor desenvolveu. O amor, o direito e a solidariedade são as categorias que os autores apontam para realizar a análise entre a relação médico e paciente. Analisam a medicina e suas especialidades. Avaliam os planos de saúde e a mercantilização da saúde.

11 – No artigo DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, de Têmis Linberger e Brunize Altamiranda Finger, os autores analisam o ingresso dos direitos sociais na ordem constitucional e sua proteção pelo Estado. Avaliam que no Brasil não houve o Estado Social. Apontam que é a partir da CF/88 que surge o Estado Social brasileiro. Analisam as crises do Estado Social, apontando como primeira crise a financeira, a segunda é a crise ideológica e a terceira a crise filosófica. Apontam que a judicialização da saúde está diretamente ligada a este Estado Social e sua não efetividade. Avaliam o direito à saúde após a CF/88, enfocando o SUS e suas atribuições.

12 – No artigo DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL – A SOLIDARIEDADE COLETIVA, SOBREPUJANDO O DIREITO INDIVIDUAL, de José Waschington Nascimento de Souza e Monica Menezes da Silva, os autores analisam a

proteção contra alguns infortúnios, mesmo sem que não tenha contribuição por parte do jurisdicionado, como é o caso da Saúde e da Assistência Social. Trazem a desaposentação para demonstrar a validade do princípio da solidariedade.

13 – No artigo FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO: COMPENSAÇÃO DE JORNADA – BANCO DE HORAS, de Rodrigo Guilherme Tomas e Merhej Najm Neto, os autores analisam historicamente a limitação da jornada do trabalho, desde a Revolução Industrial e outras leis e institutos. Verificam que na CLT consta a limitação da jornada de trabalho. Entendem que o banco de horas revela uma flexibilização dos direitos trabalhistas.

14 – No artigo JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA (RE)AFIRMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DO IDOSO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL, de Kaira Cristina da Silva, a autora analisa a importância da jurisdição democrática, enfocando o direito do idoso aos benefícios sociais. Explicita os direitos fundamentais, no sentido de que os direitos dos idosos devem ser entendidos como direito fundamental. Analisa a questão da renda familiar “per capita”, investigando a jurisdição constitucional e o acesso à justiça.

15 – No artigo MODELOS DE SISTEMAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO HUMANO À SEGURANÇA SOCIAL, de Carlos Luiz Strapazon e Clarice Mendes Dalbosco, os autores apontam a proteção dos direitos sociais a partir da segurança social. Analisam os diferentes regimes de proteção social, verificando como os Estados regulamentaram isso, bem como os riscos sociais que estes Estados passaram a observar e desenvolver. Analisam os tratados internacionais. Apontam para o uso da expressão segurança social e não seguridade social.

16 – No artigo O MAGISTRADO, A TUTELA DE URGÊNCIA NOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL, de Rodrigo Gomes Flores e Liane Francisca Hüning Pazinato, os autores analisam a concessão dos medicamentos, especialmente na justiça comum, em que os magistrados deferem os medicamentos utilizando os procedimentos comuns. Apontam os gastos da saúde no Rio Grande do Sul, em 2013, os dispêndios nestes casos chega a mais de 60%. Analisa o que denomina de “mito da urgência”, defendendo a tese de que sempre nestes casos deva ser ouvido o administrador da saúde.

17 – No artigo O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÍNDROME DE FRANKENSTEIN NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UMA SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL, de Marco Cesar de Carvalho, o autor analisa as regras da aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, aplicado aos Regimes

Próprios, apontando que os critérios de ambos os regimes são incompatíveis. Com isso, torna-se inviável utilizar-se os critérios do RGPS para a concessão dos benefícios constantes nos RPPS.

18 – No artigo OS DIREITOS SOCIAIS DO IDOSO NO BRASIL: DIAGNÓSTICOS E PERSPECTIVAS DA SEGURIDADE SOCIAL, de Roberta Terezinha Uvo Bodnar, a autora analisa a Assistência, a Previdência e a Saúde. Indaga a efetividade dos direitos à Saúde em virtude das grandes demandas. Em relação à Assistência Social, o benefício social concedido não é suficiente para garantir a proteção mais global. Conclui que o direito assegurar às três áreas da seguridade social.

19 – No artigo OS IMPACTOS DA LEI N. 1135/2015 SOBRE O BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, de autoria de Célia Regina Capeleti, a autora analisa as alterações da pensão por morte, decorrentes da Lei n. 1135/15, em relação aos servidores públicos. Todas as alterações legislativas apontam, segundo a autora, para a padronização dos direitos entre os servidores públicos e os celetistas. Analisa os Fundos de Previdência dos servidores públicos. Verifica como o princípio da proibição do retrocesso social é aplicado no Brasil. Questiona se realmente estas mudanças havidas na pensão por morte representam um retrocesso social.

20 – No artigo PARA ALÉM DA REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: A DESAPOSENTAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima, a autora analisou as questões econômicas que implicam a desaposentação. Em 2014 a ANFIP previu que o dispêndio seria em torno de 70 bilhões de reais. A autora investiga as implicações sociais trazidas pela desaposentação. Na CF/88 existem, segundo constatou, quinze dispositivos constitucionais que permitem a desaposentação.

21 – No artigo PRINCÍPIO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA PENSÃO POR MORTE AO FILHO UNIVERSITÁRIO ATÉ OS VINTE QUATRO ANOS?, de autoria de Alex Pereira Franco, o autor utilizou outras fontes de pesquisa, fora do direito, para justificar sua tese. Conclui que o princípio da seletividade e o da distributividade, não é possível estender a pensão por morte ao filho universitário superior aos 24 anos. Entende que a posição do STJ é correta nesse sentido de não manter este benefício.

22 – No artigo REFLEXÃO SOBRE O CONSTRUTIVISMO OU ATIVISMO JUDICIAL: NA PERSPECTIVA DE SER UM INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL NO

ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA, de autoria de Silvia Maria Maia Xavier, a autora analisa as sentenças trabalhista que não possuem efetividade para a Previdência Social, uma vez que é necessário que os trabalhadores ingressem novamente com as demandas na Justiça Federal. Analisa a cooperação e o diálogo institucional na perspectiva de avaliar as sentenças trabalhistas e sua efetividade na Previdência Social.

23 – No artigo TABAGISMO E OBESIDADE: OS REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES, de autoria de Manuela Corradi Carneiro Dantas e Adrienne Rodrigues-Coutinho, as autoras buscam demonstrar a discriminação dos trabalhadores quando são tabagista e estão na fase da obesidade. Avalia se nestes casos é concedido os benefícios do auxílio-doença a estes trabalhadores. Faz uma análise dos diversos tipos de Estado, verificando os tratados internacional e sua aplicabilidade neste sentido. Analisa os dados do tabagismo no Brasil, bem como os mecanismos para coibir o tabagismo no Brasil. A cada ano, morre no Brasil 200 mil pessoas com doenças relacionadas ao tabaco. Em 2014, pesquisa aponta que 51% das pessoas estão acima do peso.

24 – No artigo UMA BREVE E ATUAL ANÁLISE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E A SUA PERSPECTIVA DE FUTURO NESTES TEMPOS HIPERMODERNOS, de autoria de Aline Fagundes dos Santos, a autora pretende investigar algumas questões previdenciárias na sociedade atual. Indaga como garantir os frutos dos benefícios futuramente, enfrentando as questões da feminização do mercado de trabalho, a mudança da família, a expectativa de vida e a queda da fecundidade, entre outros. Os dados apontam que em 2050 a pirâmide vai se inverter, entrando em choque o modelo de repartição simples até então suficiente. A questão levantada pela autora é justamente a sustentabilidade do sistema previdenciário.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa (FURG)

Prof. Dr. Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho (UPE)

**O MAGISTRADO, A TUTELA DE URGÊNCIA NOS PEDIDOS DE
MEDICAMENTOS E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL**
**THE JUDGE, IMMEDIATE INJUNCTIONS IN REMEDIES PLEADINGS AND
SOCIAL JUSTICE EFFECTIVENESS**

Rodrigo Gomes Flores ¹
Liane Francisca Hüning Pazinato ²

Resumo

O Brasil é marcado pela desigualdade social e muitas pessoas carentes recorrem ao Poder Judiciário para adquirir medicamentos, sendo a praxe a concessão de liminares contra o Estado ante a alegação de risco de vida. Muitas vezes a alegada urgência nas ações judiciais desta natureza visam burlar as regras do Sistema Único de Saúde. Trata-se de uma delicada questão, considerando a possibilidade de ferir os princípios da igualdade e universalidade. Neste aspecto se exige um estudo mais aprofundado, eis que é preciso buscar um diagnóstico da situação para chegar-se a um sistema público de saúde que atenda aos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Políticas públicas de saúde, Medicamentos, Tutela de urgência, Justiça social

Abstract/Resumen/Résumé

Brazil is marked by social inequalities and many poor people appeal to Judiciary Power to obtain medicines claiming life risk. However, many times alleged urgency is in the service to break the public health rules. That is a sensible question, considering the possibility to violate the principle of equality and universality of the public health system. This aspect demands deeper studies because it needs to diagnose the situation to seek a public health system that attend the constitutional principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public health policies, Medicines, Injunction orders, Social justice

¹ Mestrando em Direito e Justiça Social pela FURG - Fundação Universidade de Rio Grande

² Doutorado em Direito pela PUC/RS (2013) Professora da Universidade Federal do Rio Grande - FURG

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 consagrou a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da nossa República (CF, art. 1º, III, IV) e o direito à saúde foi elencado entre os direitos sociais (CF, art. 6º, caput) 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, caput). Portanto, em princípio, a obrigação do Estado em fornecer o direito à saúde ocorre através de políticas públicas sociais e econômicas que visem a redução de risco de doença e ao acesso universal e igualitário para promoção, proteção e recuperação dos cidadãos.

Como regra geral, as políticas públicas sociais e econômicas são atribuição exclusiva do Poder Executivo. Contudo, a 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.

Esta decisão teve grande influência nas ações em que se pedem medicamentos do Poder Público, o que se denominou 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, que é resultado do Brasil ter uma sociedade marcada pela desigualdade social e acesso aos serviços de saúde.

Diante deste quadro, é possível diagnosticar que existe uma permanente tensão com o direito público à saúde assegurado pela Constituição a todos os cidadãos, a escassez de recursos públicos para oferecer a população o mais elevado padrão de tecnologia e a visão privada e patrimonialista da Medicina, cujo resultado reflete no número de demandas judiciais.

Portanto, este artigo apresenta como problema a concessão das medidas liminares inaudita altera pars¹ deferidas nas ações que buscam medicamentos propostas contra o poder público, com o objetivo demonstrar que para se efetivar a justiça social na distribuição dos medicamentos provenientes dessas ações, necessário se faz a previa oitiva do gestor público tendo em vista a escassez dos recursos existentes na atualidade, ressalvados, os casos de extrema necessidade. Portanto a pesquisa se justifica na escassez dos recursos existentes e demonstra a importância diante do crescente número de ações que abarcam as cadeiras do Poder Judiciário diariamente.

¹ Há controvérsia na doutrina se a grafia correta do termo é “inaudita altera pars” ou “inaudita altera parte”. Plácido e Silva usa o termo “inaudita altera pars” no seu Vocabulário Jurídico (1999, p. 420), enquanto que Cândido Rangel Dinamarco afirma que a grafia correta é “inaudita altera parte” (2009, p. 346).

O método a ser utilizado será o dedutivo partindo-se da descrição da demanda histórica pelo direito à saúde universal no país, analisando-se os princípios que devem reger um sistema público de saúde, investigando-se os princípios do Sistema Único de Saúde no Brasil, fazendo-se uma análise crítica nas decisões judiciais que concedem liminares fundadas na alegação da urgência, refletindo sobre a autoridade apropriada para decidir a urgência do tratamento de um paciente, apresentando-se alternativas de tratamento com a escassez de recursos nas ações judiciais em que se pedem medicamentos e propondo um maior rigor na concessão de liminares inaudita altera pars nas ações em que particulares demandam medicamentos ajuizadas contra o Poder Público, como uma das formas de se efetivar a justiça social na distribuições dos medicamentos junto a população brasileira.

1 HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Durante o período Brasil colônia, o Reino de Portugal não se preocupou com a saúde pública no país. Somente com a chegada da família real ao país é que foram criadas escolas de medicina na Bahia e no Rio de Janeiro.

Com a independência, a Carta Imperial de 1824 reproduziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que classificava os “socorros públicos” como “dívida sagrada”. A Constituição de 1824 declarava no art. 179, inciso XXXI que:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

Os “socorros públicos” por certo aludiam os serviços públicos de saúde. Apesar dito, o liberalismo que na época imperava restringia a atuação do Estado, sendo sua atuação neste campo extremamente tímida.

Entretanto, o movimento sanitarista na Primeira República fez com que o serviço de saúde passasse a ser considerado como uma questão social e política. Assim, foi observada a maior intervenção da autoridade do Estado sobre o território, concomitantemente se criou os fundamentos para a formação da burocracia da saúde pública no Brasil. Foi um período marcado pela agitação política e social, que exigiram ações concretas do Estado em relação ao serviço público de saúde.

Assim, 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 foram limitadas às grandes empresas, cujo fundamento legal era um seguro social. Por sua vez, coerente com as ideias liberais da época, o Estado não contribuía financeiramente, tampouco participava da administração, limitando-se ao reconhecimento jurídico da instituição, o que já ocorria desde o ano de 1910. Os benefícios das CAPs eram socorros médicos, fornecimento de medicação, aposentadorias e pensões para o trabalhador e a família.

Cumprir sinalar duas características do período: primeiro a assistência à saúde era condicionada ao beneficiário possuir o seguro social fornecido pelas empresas. Segundo, a limitação do alcance dos beneficiários, que abrangia pequena parcela da população, restrito aos funcionários das grandes empresas e dependentes.

O governo de Getúlio Vargas realizou uma série de reformas na legislação trabalhista que fizeram parte de uma política de proteção ao trabalhador, concebendo um projeto de Estado, através de uma administração centralizada, atendendo seus interesses econômicos (MATTA; PONTES, 2007, p. 35-37). A geração autoritária se fundava no princípio básico da organização e era mais importante que a participação. Se por um lado Getúlio Vargas implementou uma modernização do aparelho do Estado, criando uma burocracia mais eficiente e dando contribuições diversas à consolidação e codificação dos principais ramos do Direito, também é certo que atribuiu a esta burocracia renovada poderes muito mais amplos que o usual. Em resumo: na total ausência do Poder Legislativo esse poder se transferiu para a tecnocracia, que o exercia na realidade (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 332-333).

Foram assim criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), ampliando as atribuições das CAPs, constituindo o primeiro esboço da seguridade social estatal no Brasil. Os IAPs começaram a incluir em uma mesma instituição uma categoria profissional inteira, 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 Welfare State com a finalidade de reconstruir as economias devastadas pela 2ª Guerra Mundial e instituir sociedades comprometidas com a democracia e a justiça social, numa resposta à expansão comunista do leste europeu e manter as economias europeias no padrão competitivo internacional (MATTA; PONTES, 2007, p. 35-37).

Importante destacar neste período a criação do National Health System (NHS) no Reino Unido em 1946. A partir deste ano, a assistência à saúde passou a ser uma garantia do estado “do berço ao túmulo”. Considerando sua ousadia, o NHS chamou a atenção do mundo, ao coletivizar um vasto segmento da atividade econômica, não deixando de gerar controvérsias, em razão da discussão do direito de escolha do médico ser ou não uma prerrogativa individual do paciente. De toda sorte, o NHS foi modelo para muitos países, sendo adotado logo pelos países escandinavos (exceto Suécia) e pela Irlanda, segundo seguido pelo Canadá. Posteriormente, o modelo do NHS foi seguido por Grécia, Itália, Espanha e Portugal (PINSKY; PINSKY, 2014, p. 251).

O regime militar instaurado em 1964 e a nova organização do Estado, modificou o sistema sanitário brasileiro. Dentre estas mudanças, houve ênfase na assistência médica, o crescimento progressivo do setor privado e maior abrangência de parcelas da população no sistema previdenciário. Neste sentido, a primeira ação importante no sistema de seguridade social no regime militar 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. Ao incluir novas categorias, observou-se aumento da procura por serviços e os gastos no setor de saúde. Com o objetivo de atender a demanda crescente foram contratados serviços privados, resultando na formação do que ficou conhecido como “complexo médico-empresarial”.

Característica importante deste período, é que o INPS manteve a estrutura administrativa das IAPs e oferecia os serviços apenas para quem comprovava o vínculo com a instituição. 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 (MATTA; PONTES, 2007, p. 41)”.

Em 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 ampla participação da comunidade e dos técnicos da área na discussão de uma política do setor. O relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde chegou as seguintes conclusões sobre o direito à saúde (MATTA, G; PONTES A.; 2007, p. 49):

Saúde como direito em seu sentido mais abrangente, a saúde é 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.

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.

O Relatório da VIII Conferência Nacional de Saúde foi instrumento de pressão política no período da Nova República que serviu de base na discussão da Assembleia Nacional Constituinte sobre a política de saúde. Após a VIII Conferência Nacional de Saúde foi instituído o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que constituiu a estratégia para a futura construção do Sistema Único de Saúde em 1987.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal que consagrou a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução 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, caput).

Portanto, analisando o histórico do sistema sanitário brasileiro, verifica-se que houve uma evolução da política de saúde no Brasil, cumprindo notar que as primeiras ações estatais efetivas foram realizadas em 1808, com a vinda da família real ao país. Contudo, considerando o liberalismo da época, a saúde não era considerada um direito fundamental. Numa fase intermediária, ainda com o Estado ausente na política de saúde, grandes empresas forneciam aos seus funcionários e familiares, assumindo a seguridade social uma forma de seguro social. Com a modernização do Estado durante o governo de Getúlio Vargas foram criados os IAPs, com a participação do Estado no financiamento da seguridade social, embora sua abrangência se limitava a determinadas categorias profissionais. O regime militar unificou os IAPs e criou o INPS, neste período observou-se expansão dos serviços da seguridade social para novos segmentos da população, contudo o atendimento à saúde ainda se limitava aos filiados e dependentes que mantinham o vínculo com a instituição. Por fim, a Constituição de 1988 inseriu o direito à saúde dentro do capítulo da seguridade social e consagrou o direito à saúde universal e serviços igualitários, para sua promoção, proteção e recuperação. Hoje basta ser cidadão brasileiro e o direito à saúde é automático, dentro das possibilidades do sistema, sem distinção de renda, idade, raça ou classe social.

2 PRINCÍPIOS QUE REGEM UM SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE

Elencar princípios é fundamental para a elaboração de qualquer política pública. São os princípios que servirão de requisitos de legitimidade para as escolhas discricionárias das ações

concretas, sobretudo quando estamos discutindo políticas públicas de extrema complexidade, que é o serviço de saúde. Neste sentido, princípios se assentam em opções de justiça, conforme Dworkin: “denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (2010, p. 38)”.

Por sua vez, Daniels afirma que o objeto imediato da justiça não é a felicidade ou a satisfação de desejos, mas possuir instituições que propiciem uma estrutura aceitável para que desta forma o indivíduo possa encontrar a felicidade. Mas nesta busca, os indivíduos se mantêm responsáveis pelas suas escolhas e resultados, portanto não há injustiça em não prover os indivíduos de maneira suficiente para encontrar fins extravagantes (1995, p. 38).

Nesta linha, as instituições de saúde devem ser administradas pela justa igualdade de oportunidades obtida através de duas condições: a) uma teoria geral da justiça que inclua o princípio que exija das instituições básicas que assegurem justa igualdade e oportunidade e b) a justa igualdade de oportunidade que agirá como limitação à possibilidade de desigualdade econômica. Uma teoria de um sistema de saúde justa só pode seguir este caminho. A justa igualdade de oportunidade é o princípio apropriado que governa as macros decisões sobre a estrutura do sistema de saúde. Estes princípios definem, da perspectiva da justiça, qual é a função moral que um sistema de saúde deve ter: para ajudar na garantia da justa igualdade de oportunidade do indivíduo (1995, p. 41).

Assim, os princípios, que se tratam de opções de justiça e padrões a serem observados, são pressupostos para a legitimidade das ações de um sistema que executa políticas públicas, em especial no serviço de saúde. Por sua vez, o indivíduo possui o livre arbítrio para suas ações individuais, e se mantém responsável pelas suas escolhas; ao passo que as políticas públicas de saúde devem assegurar as igualdades de oportunidade e impedir que a desigualdade econômica seja empecilho de acessar estas oportunidades.

2.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE BRASILEIRO: SEUS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES

O Sistema Único de Saúde está inserido dentro do contexto da seguridade social brasileira, que abrange a previdência e a assistência social. O modelo de seguridade social adotado na Constituição de 1988 consagrou uma proteção social abrangente, fundada na universalidade e igualdade da cobertura e do atendimento, seguindo a linha de pensamento de Daniels ao se preocupar em oferecer as mesmas oportunidades a todos beneficiários. Importante

citar o NHS do Reino Unido, a primeira instituição de saúde oficial que procurou assegurar o acesso universal e gratuito a todos os súditos do seu país, que serviu de inspiração para o Sistema Único de Saúde do Brasil.

Com efeito, 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 (MATTA, G; PONTES, 2007, p. 51).

Neste sentido, o objetivo de um sistema público de saúde fundado na universalidade e igualdade é a inclusão de todas as pessoas no sistema, sem privilégios em razão da classe social. Sendo cidadão brasileiro, automaticamente será beneficiário do Sistema Único de Saúde. Embora hoje isto pareça natural, a história recente nos mostra que antes da criação do Sistema Único de Saúde o acesso à saúde pública era limitado aos segurados do sistema, por meio de contribuição aos institutos de previdência.

3 DA DISTÂNCIA ENTRE O DISCURSO DA SAÚDE UNIVERSAL E A REALIDADE QUE RESULTOU NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No ano de 2013 os gastos da Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul com medicamentos correspondiam a trezentos e dezesseis milhões de reais, deste valor cento e noventa e dois milhões foram destinados a atender ordens judiciais. Assim, sessenta e quatro por cento do orçamento destinado à compra de medicação no Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2013 era destinado a atender liminares judiciais proferidas em ações individuais. Neste sentido, é coerente afirmar que grande parte do orçamento da área da saúde que deveria obedecer a programação formulada por políticas públicas para atender a população foi capturado por ações individuais que tramitam no Poder Judiciário (ZERO HORA, 2013).

Com efeito, a concretização do direito fundamental à saúde, assim como todo e qualquer direito fundamental, em especial daqueles que exigem políticas públicas complexas e recursos consideráveis do orçamento, não depende apenas de justificativas e boa vontade. São necessárias condições para que aconteçam. Anote-se que o maior problema do nosso tempo em relação aos direitos do homem não é fundamentá-los e sim o de protegê-los. O problema não é filosófico, mas jurídico, mas num sentido mais amplo, é um problema político, ou seja, a

maneira mais segura de garanti-los e assim impedir que, inobstante declarações solenes, eles sejam rotineiramente violados (BOBBIO, 2004, p. 23-28). Anote-se que nem tudo que é desejável e merecedor de ser obtido é realizável. Para a concretização 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 condições para protegê-los. É do conhecimento o enorme problema diante do qual estão os países em desenvolvimento de encontrar condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. Neste sentido, uma discussão sobre os direitos humanos deve hoje levar em conta, para não correr o risco de se tornar acadêmica, todas as dificuldades de procedimento e substantivas, referidas supra. A concretização de uma maior proteção dos direitos do homem está relacionada ao desenvolvimento global da civilização humana. Trata-se de um problema que não deve ser ignorado, quem o ignora, já perdeu (BOBBIO, 2004, p. 43-44).

Por sua vez, o direito constitucional à saúde, como “direito de todos e dever do Estado”, foi o resultado de uma luta que durou quase duzentos anos para assegurar o direito à saúde sem distinção de status social. Assim, a Constituição elegeu um sistema público baseado na igualdade e na universalidade, constituindo um gigantesco desafio torná-lo eficiente numa sociedade tão complexa e desigual como a nossa.

Diante deste quadro, é impossível não relacionar a lição de BOBBIO com a realidade da situação da saúde pública brasileira. Conforme lembra Gustavo Matta e Ana Lúcia Pontes (MATTA, G.; PONTES, A., 2007):

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.

Da resultante das disparidades regionais e sociais entre ricos e pobres, municípios grandes e pequenos, secretários da saúde que viram ministros e outros que mal conseguem escrever o próprio nome, percebe-se o considerável número de demandas judiciais ajuizadas por pessoas carentes requerendo prestações referentes à saúde, das mais diversas áreas, dentre cirurgias, insumos, próteses e remédios do Poder Público. Neste trabalho iremos nos limitar o estudo referente aos pedidos judiciais de antecipação de tutela referentes a medicamentos contra os entes públicos.

4 A CONSAGRAÇÃO DO “PEDIU-LEVOU” NOS PEDIDOS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS

O Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, quando discutia a alocação do orçamento para o atendimento da saúde na Lei nº 10.707/2003 (LDO), 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.

Fundado nesta jurisprudência que autoriza intervenção judicial nas políticas públicas, quando os órgãos estatais “descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem” passou a ser praxe o deferimento de medidas liminares *inaudita altera pars* contra o Poder Público quando particulares demandam ações judiciais pedindo medicamentos alegando “urgência e risco de vida”, sem prévio requerimento na Administração, como se percebe na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. NÃO- APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.494/97, NEM DA LEI Nº 8.437/92. INOCORRÊNCIA DE CARÁTER SATISFATIVO. LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO AO § 2º DO ART. 273 DO CPC NÃO CONFIGURADA. Possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não incidindo as vedações contidas nas Leis nºs 9.494/97 e 8.437/92 ao caso, tratando-se de liminar sem caráter satisfativo, passível de reversibilidade, devendo preponderar o direito da parte que se sentir lesada a resguardar seus direitos, diante da amplitude do direito de ação, observado o princípio da universalidade da jurisdição, não podendo ser excluída de apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mormente quando se trata de direito à saúde, com risco de perigo de dano irreparável. Hipótese em que a não apreciação da tutela antecipada pleiteada impossibilita o direito de ação porque inviabilizaria o próprio direito da parte autora, que pretende o fornecimento de medicamentos, sendo perfeitamente admissível a concessão de liminar *inaudita altera pars*, quando preenchidos os requisitos

legais para tanto, não havendo que se falar em violação a contraditório e à ampla defesa, tendo em vista que a decisão é passível de agravo de instrumento. Inteligência do art. 273 do CPC (...) (Agravo de Instrumento Nº 70061844429, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 26/09/2014)

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência admite a concessão de liminares que fornecem remédios *inaudita altera pars*, invocando a possibilidade de “lesão ou ameaça de direito” e “risco de dano irreparável”, sem a necessidade de acessar o Sistema Público de Saúde e a ouvida do gestor público. Anote-se que nesta lógica, para os leigos, incluindo os próprios julgadores, todo e qualquer pedido de medicamento se tratará de “urgência”, “risco de vida” ou “risco de dano irreparável”.

Assim, diante da alegada “urgência”, “risco de vida” ou “risco de dano irreparável” consagra-se a praxe das liminares sem a oitiva do gestor público. Trata-se do costume “pediu-levou” sem maiores considerações com as consequências das decisões que concedem liminares *inaudita altera pars* nas ações judiciais que pedem medicamentos do Estado.

5 O MITO DA “URGÊNCIA”

As expressões “lesão ou ameaça de direito”, “risco de vida”, “risco de dano irreparável”, “urgência” e “dignidade da pessoa humana” constituíram uma espécie de abracadabra jurídico que abrem exceção contra as limitações de concessão de liminares contra a Fazenda Pública impostas pelas Leis nº 8437/97 e 9494/97. Assim, toda a vez que são usadas estas expressões, são como o uso de uma senha que aciona um autômato, no caso, pedir ao Poder Judiciário conceder liminares *inaudita altera pars* ordenando o Poder Público fornecer medicação, fora do crivo do gestor da saúde e dos critérios da saúde pública, fundado exclusivamente em receitas médicas, muitas vezes fornecidas por médicos particulares, com vínculo negocial com o paciente ou com a indústria farmacêutica.

Neste sentido, na visão majoritária do Poder Judiciário, todos os pedidos de medicamentos devem ser imediatamente deferidos, independente da gravidade da doença, custo ou espécie de medicamento. No entanto, a realidade é muito mais complexa do que a adoção desta simplificada fórmula. Cumpre dizer que esta praxe foi erigida pelos sujeitos do processo e leigos em Medicina. No entanto, segundo BARATA e MENDES (2010, p. 71):

É importante desfazer o mito, gerado pela falta de conhecimento médico científico da maioria da população e do Judiciário, que a não concessão de medicamentos em 24/48 horas para pacientes não hospitalizados traz prejuízos irreparáveis à vida e à

saúde das pessoas. Pacientes que tenham risco de vida se não tomarem seus medicamentos em 24 horas encontram-se, normalmente, hospitalizados e, portanto, recebem os medicamentos de que necessitam nos serviços de urgência e na internação.

As únicas exceções são os imunossupressores que combatem a rejeição dos órgãos transplantados se não tomados por alguns dias e os medicamentos para saúde mental que, se deixarem de ser ingeridos, podem gerar casos graves de agressão contra familiares e suicídio. Os demais medicamentos para pacientes não hospitalizados podem aguardar de duas a quatro semanas sem prejuízo à saúde das pessoas (BARATA; MENDES, 2010, p. 72).

Portanto, conforme BARATA e MENDES (2010, p. 72):

A alegada urgência na concessão de medicamentos dispensados a pacientes não hospitalizados, na maior parte das vezes, está a serviço de burlar as regras estabelecidas e dessa forma conferir alguma vantagem (privilégio) ao burlador, seja ele o médico, a indústria ou o escritório de advocacia, patrono da causa.

Assim, ao judicializar a saúde, a sentença do juiz substitui os critérios técnicos do Sistema Único de Saúde, que são os apropriados para execução das políticas públicas de saúde, pelo discurso não raro malicioso, individualista, que não tem compromisso algum senão com a própria satisfação de interesses privados à custa do Erário Público. Na pior das hipóteses, o Poder Judiciário é usado como instrumento para burlar as regras do Sistema Único de Saúde, que assegura alguma vantagem patrimonial ao que burla, seja o médico, a indústria farmacêutica ou o escritório de advocacia.

6 AUTORIDADE MAIS INDICADA PARA DECIDIR A URGÊNCIA DO TRATAMENTO DO PACIENTE

Juízes trabalham com informações tendenciosas, que são resultado do discurso persuasivo dos advogados, não comprometido com a verdade (muito menos com a verdade científica ou com as políticas públicas), no qual não é raro utilizar da malícia para obter o “bem da vida” litigado nas ações da saúde, em especial naquelas demandas que se requer medicamento alegando “dano irreparável”, “urgência” ou “risco de vida”. Tratando-se de um tema sensível como é a saúde, torna-se tentador aos interessados pelo sucesso do pleito tecer considerações dramáticas acerca da necessidade do pedido liminar, cujas consequências para a coletividade são totalmente desconsideradas. Cass e Sunstein abordam bem a questão (2000, p. 29):

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 a sua disposição (informações 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 mantida aberta para manter uma atividade ou uma prisão para melhorar as condições de vida dos apenados, mas pode um juiz ter certeza que o dinheiro que ele ou ela ordena para estes fins não seria usado de forma mais eficiente para vacinar um bairro contra difteria?

Cumprе ressaltar que a escassez de recursos públicos para o atendimento à saúde é uma realidade, não só no Brasil mas em qualquer sistema de saúde pública. Nenhum sistema de saúde público no mundo é imune ao problema da limitação orçamentária, considerando que as autoridades da saúde trabalham com orçamento limitado para atender necessidades ilimitadas. Neste cenário é que se fala na necessidade discricionária do administrador fazer as “escolhas trágicas”, questão bem abordada no agravo nº 70046360624, no Tribunal de Justiça do RS:

AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FRALDAS DESCARTÁVEIS. (...) 2. As fraldas descartáveis não figuram nas listas elaboradas pelo Ministério da Saúde ou pela Secretaria de Saúde do Estado, que foram estruturadas para, segundo as disponibilidades orçamentárias, atender à saúde das pessoas necessitadas. Por isso, não é exigível do Poder Público, cujas listas de medicamentos, insumos e procedimentos foram elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70046360624, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 01/12/2011).

Neste sentido, considerando que a escassez é uma realidade, essa realidade deve ser a primeira consideração a ser ponderada na atividade jurisdicional quando se pede medicamentos nas ações judiciais, devendo a apreciação do pedido guardar a necessária serenidade sem impressionar-se com o discurso catastrófico das petições que pedem medidas cautelares de medicamentos.

7 LIDANDO COM A ESCASSEZ

Na lição de CASS e SUNSTEIN, a escassez de recursos públicos trata-se de uma discussão que não é bem-vinda, assim um novo obstáculo surge de uma sensibilidade distinta

ou por interesses da profissão legal. O Poder Judiciário, autoproclama-se por si mesmo ser insulado do processo político, seguindo o princípio de que a matéria fiscal compete ao poder legislativo e executivo. Mas na prática, juízes diferem muito pouco do Poder Executivo em assuntos fiscais, porque os direitos que juízes protegem também possuem custos (2000, p. 29).

Observando nossa realidade, anote-se que o Brasil é um país extremamente desigual, o que se reflete na disponibilidade de recursos para a saúde. No Brasil, assim como em qualquer país, não existem recursos para atender a todos ao mesmo tempo e no mais elevado padrão da tecnologia em saúde. Trata-se de uma verdade inconveniente, sobretudo para as justas demandas políticas de melhor atendimento à saúde, assim como para a jurisprudência que autoriza liminares que obrigam o Estado fornecer medicamentos.

Assim, diante deste dilema, o objetivo de um sistema público de saúde não é atender a todos os desejos, mas sim propiciar uma estrutura moralmente aceitável para satisfazer a coletividade. Por sua vez, os indivíduos são responsáveis pelas suas decisões e não há injustiça em não aquinhoar a todos suficientemente para obter objetivos extravagantes, conforme observado supra por Daniels.

Como exemplo de outros países que sofrem com as restrições orçamentárias citemos o caso da Grã-Bretanha, cujo Sistema Nacional de Saúde (NHS) é tido como exemplo para o mundo e motivo de orgulho nacional. Recursos limitados estabelecem uma competição pelos recursos que estão disponíveis, por esta razão, os médicos britânicos frequentemente racionalizam ou redefinem critérios médicos para lidar mais confortavelmente com limitações de recursos. De várias maneiras, médicos e servidores do NHS tentam fazer da negação de serviços uma rotina ou um critério de eficiência. Confrontados por um paciente com falência renal crônica com idade além do limite do corte de tratamento de diálise, o médico fala para o doente ou para a família que nada pode ser feito exceto deixar o paciente confortável com o tempo que lhe resta. O médico nefrologista diz para a família que é difícil de manter o tratamento com a diálise, que seria doloroso, difícil, caro e o paciente ficaria melhor sem isso. Ou diz ao paciente estrangeiro oriundo de um país pobre que ele deve retornar ao seu país de origem para estar com a família e amigos que falam a mesma língua, onde, como normalmente acontece, o paciente falecerá porque não há diálise disponível.

Na Grã-Bretanha, como no Brasil, há possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário requerendo prestação referente à saúde. Por exemplo, se o exame de tomografia, que ainda custava caro em 1984, era recusado, o paciente poderia processar o médico ou hospital para fornecer o serviço. Caso o custo das ações judiciais comesçassem a pesar no orçamento, o governo deveria encontrar uma maneira de adquirir mais tomógrafos do que continuar a pagar

a conta dos processos judiciais. Contudo, na prática, há pouquíssimas demandas com este objetivo. O custo de um processo judicial é caro e os advogados são pagos por hora de trabalho e se o paciente perder a ação terá que pagar também os honorários do advogado do réu. Por outro lado, a assistência judiciária gratuita abrange apenas pessoas realmente indigentes, a ponto que poucas pessoas podem usufruir deste benefício (AARON; SCHWARTZ, 1984, p. 100-108).

Portanto, a escassez de recursos na saúde, ou em qualquer outro setor que dependa do orçamento do governo para implantar políticas públicas, é uma realidade não só no Brasil, como em toda a parte, sujeita às intempéries da economia, razão pela qual, maximizar os recursos através de um uso racional deveria ser a prioridade de qualquer administração ou hospital, desde uma prefeitura perdida no interior do Brasil a uma metrópole cosmopolita, desde um hospital de beira de estrada até um centro de referência de alta complexidade.

8 RACIONALIZAR OS RECURSOS DA SAÚDE NAS AÇÕES JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS COMO FORMA DE MELHOR DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA SOCIAL

Conforme Cass e Sunstein, direitos são familiarmente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Mas isto evidentemente é uma figura retórica. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cujo cumprimento pressuponha um gasto seletivo do contribuinte pode ser unilateralmente protegido pelo Poder Judiciário sem levar em conta as consequências do orçamento as quais os órgãos do governo têm a última responsabilidade. Direitos são relativos, não exigências absolutas. Atenção ao custo é apenas um simples passo, para melhor entender a natureza qualificada dos direitos. Isto não significa que as decisões devem ser feitas por contadores, mas apenas por autoridades e cidadãos que acreditam na democracia e que devem levar o orçamento em consideração. A teoria legal seria mais realista se examinasse abertamente a competição entre recursos escassos que se esvaem diversos direitos fundamentais e também através de outros valores sociais (2000, p. 97-98).

Pensando no número expressivo de ações que pedem uma prestação referente à saúde perante o Poder Judiciário e o forte impacto nos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos o Conselho Nacional de Justiça promoveu a “I Jornada de Direito da Saúde”, que ocorreu em maio de 2014. Como resultado, foram aprovadas diversas súmulas, referentes ao direito à saúde pública e privada. No que diz respeito ao objeto desta pesquisa, isto é, o deferimento de liminares *inaudita altera pars* nas ações que pedem medicamentos ao Poder Público, a Súmula nº 13 recomendou que:

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 (I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 2014).

Assim, o Conselho Nacional de Justiça recomenda, sempre que possível, a prévia oitiva da autoridade do Sistema Único de Saúde, com o objetivo de identificar a solicitação administrativa prévia do autor da ação e as alternativas terapêuticas fornecidas pelo sistema público. Embora a Súmula nº 13 recomenda “sempre que possível” a prévia oitiva do gestor, abrindo espaço neste sentido para a margem discricionária do julgador, é preciso ponderar que, conforme já exposto, os pedidos de medicamentos *inaudita altera pars* baseados no argumento do “risco de vida” e “perigo de dano irreparável” são muito mais figuras de retórica usadas no discurso dos advogados do que fundados em evidências científicas, servindo não raras vezes com o fim de burlar o sistema. Neste sentido, o discurso usado na argumentação dos autores da ação que pede medicamentos não é razão para a concessão de medida liminar sem a ouvida do gestor público.

Assim, como forma de se efetivar a justiça social na distribuição dos recursos frente aos inúmeros pedidos de medicamentos e frente as inúmeras necessidades da população, em contraponto com a escassez do orçamento público, busque-se, sempre que possível, a oitiva do gestor, ressalvados por óbvio as situações extremas em que o julgador deixa de ouvir o gestor da saúde.

No mesmo sentido a própria Súmula nº 13 reforça o princípio de que a parte tem o direito público à saúde nos termos estatuídos na Constituição Federal, ou seja, a saúde é fornecida através de prestações estatais, que são concretizadas por políticas públicas e não através de pedidos individuais perante o Poder Judiciário. Neste sentido, se as prestações da saúde são fornecidas mediante políticas públicas estatais, quando a parte pede alguma medicação perante o Poder Judiciário, nada mais lógico que primeiramente ouvir o gestor do Sistema Único de Saúde para conhecer as alternativas fornecidas pelo sistema público, que normalmente são menos onerosas que os pedidos de medicação fora da padronização do SUS, por exemplo.

No entanto, o efeito destas súmulas ainda não chegou à jurisprudência, salvo na Justiça Federal, a jurisprudência é maciça no deferimento de medidas liminares sem a oitiva do gestor da saúde, entendendo o direito à saúde como absoluto e invertendo a ordem das coisas ao colocar os interesses individuais em primeiro lugar, com vantagens subjacentes nem sempre bem motivados consoante o bem comum. Ocorre que decisões desta natureza, são predatórias ao

Sistema Único de Saúde, esse entendido como um sistema público e não sujeito à apropriação individual.

CONCLUSÃO

Ao longo da história o direito à saúde deixou de ser um direito que dependia de contribuição para se transformar num direito público, que tem por objetivo a igualdade e a universalidade, sem privilégios ou distinção conforme a classe social do indivíduo. Assim, se antes o direito à saúde dependia das contribuições do beneficiário, hoje a filiação é automática, independente da classe social, o que evidencia o caráter inclusivo do sistema. Com efeito, o acesso universal e igualitário ao Sistema Único de Saúde visa a inclusão social do indivíduo, que antes não tinha direito algum, ao direito fundamental à saúde por meio de políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo. Por sua vez, o Estado tem o dever de propiciar uma estrutura aceitável para que desta forma o indivíduo possa se realizar e encontrar a felicidade através da justa igualdade e oportunidade para todos no âmbito de suas políticas públicas, incluída a política da saúde universal.

Neste sentido, o Estado de Direito se caracteriza por ser uma ordem jurídica que define os direitos do cidadão e limita o poder político do Estado através de um controle judicial da aplicação das regras de direito.

Numa sociedade marcada pela desigualdade como a brasileira, as pessoas começaram a recorrer ao Poder Judiciário pedindo medicamentos, alegando “risco de vida” e “perigo de dano irreparável” passando a ser praxe a concessão de medidas liminares *inaudita altera pars* sem a oitiva da Administração Pública. Ocorre que o discurso do “risco de vida” e “perigo de dano irreparável” muitas vezes está a serviço de quem pretende burlar as regras do sistema de saúde, porquanto quem necessita utilizar medicação em regime de risco de vida ou urgência deve de imediato ser ou já estar internado em um hospital, e não, como por ventura acontece, estar aguardando resposta a uma liminar judicial.

Por outro lado, ao par do discurso catastrofista das petições iniciais de quem recorre ao Poder Judiciário requerendo remédios do Poder Público há uma verdade óbvia: direitos custam dinheiro. Assim, observa-se uma tensão entre “necessidades ilimitadas” da população e o orçamento limitado que obriga a todos os entes estatais responsáveis por políticas públicas racionalizar o uso dos recursos públicos. Com efeito, nenhum direito é absoluto, sobretudo quando depende do orçamento público, o que não significa a defesa da instauração de um regime político da “ditadura dos contadores”, mas a necessidade de que os agentes públicos sejam devotados à ideia da democracia e da limitação do orçamento, cabendo lembrar, ainda,

que a limitação de recursos no orçamento e a racionalização dos recursos públicos é uma necessidade não só no Brasil como em qualquer outro lugar do mundo.

Diante deste quadro, o Conselho Nacional de Justiça promulgou a Súmula nº 13, recomendando ao Juiz, sempre que possível, ouvir a Administração nas ações em que se pedem medicamentos. Destarte, há inúmeras situações que podem ser resolvidas com a ouvida do gestor da saúde, principalmente para elucidar situações em que as partes procuram o Poder Judiciário sem antes protocolarem o pedido administrativo. Muitos remédios são pedidos no Poder Judiciário com o nome comercial (muito mais caro), ao passo que o Sistema Único de Saúde fornece a medicação gratuitamente através da lista oficial de medicamentos. Anote-se que, muitas vezes estas situações poderiam ser resolvidas confortavelmente na via administrativa sem precisar instaurar o contraditório na via processual, e assim evitaria lides demoradas e dispendiosas, numa necessária racionalização dos recursos públicos.

Com efeito, diante do problema que surge a forma de concessão das medidas liminares *inaudita altera pars* deferidas nas ações que busca medicamentos propostas contra o Poder Público para uma efetiva justiça social na distribuição dos medicamentos a cargo do Estado, como resposta buscou-se demonstrar que o Poder Judiciário precisa empregar cautela na concessão de liminares *inaudita altera pars* nas ações que demandam medicamentos do Estado, ressalvados os casos de extrema necessidade. Por mais catastrofista que possam parecer as petições iniciais nos pedidos de medicamentos, deve-se relativizar o tradicional discurso do convencimento utilizado por médicos e advogados, eis que estes não têm compromisso com a coletividade e sim a satisfação individual do cliente.

Portanto, por mais frio que possa parecer a necessidade de racionalizar o emprego dos recursos públicos numa área tão sensível que é a distribuição de medicamentos, o objetivo deste trabalho é justamente o de demonstrar a necessidade de levar-se em conta a escassez de recursos para que seja possível atender o maior número de pessoas com o fim de corrigir desigualdades e atingir-se o objetivo de se efetivar a justiça social na distribuição de medicamentos quanto as ações interpostas diretamente ao poder judiciário buscando assim construir um sistema de saúde verdadeiramente público e efetivamente justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARON, Henry; SCHWARTZ, William. **The painful prescription: rationing hospital care.** Washington: The Brookings Institution, 1984.

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

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

BLIACHERIENE, Ana; SANTOS, José. **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **Histórica Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em 11 de março de 2016.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (de 25 de março de 1824). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em 1º de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm Acesso em 11 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.494 de 10 de setembro de 1997**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm Acesso em 11 de março de 2016.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. ADPF nº 45 MC/DF

Informativo STF nº 345. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> Acesso em 11 de março de 2016.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE**.

Disponível em

http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf Acesso em 6 de março 2016.

DANIELS, Norman. **Just health care**. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José. (org.) **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, José. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MATTA, Gustavo; PONTES Ana (Org.). **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2007. Disponível em http://rededeescolas.ensp.fiocruz.br/sites/default/files/Políticas-de-Saude_organizacao-e-operacionalizacao-do-Sistema-Unico-de-Saude.pdf Acesso em 1º de março de 2016.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla. **História da Cidadania**. 6ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

RAWLS, John. **Justice as fairness**. 3ª Ed. United States: Erin Kelly, 2003.

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

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

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

SILVA, De Plácito e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

ZERO HORA. Disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/11/com-113-mil-processos-rs-e-campeao-nacional-em-aco-es-judiciais-na-saude-4336052.html> Acesso em 3 de março de 2015.